



**PROYECTO DE INVESTIGACION  
SOBRE LA MEDIACION PENAL  
PARA LA DEFENSORIA PENAL PUBLICA**

Consulta sobre la versión oficial de este documento a:  
[estudios@defensoriapenal.cl](mailto:estudios@defensoriapenal.cl)

***“El futuro de la Mediación Penal Restaurativa en Chile  
y su aporte al acceso a la justicia”***

*El Derecho Penal en Chile, está inspirado en la justicia distributiva y su aplicación, en un procedimiento que debe necesariamente ser selectivo, no logrando cumplir integralmente con las expectativas y necesidades de justicia de las personas, ya que deja algunos conflictos penales sin resolver en forma satisfactoria para los ciudadanos. En este contexto, uno de los desafíos para mejorar el acceso a la justicia en nuestro país es avanzar hacia una justicia restaurativa que, además de los avances obtenidos con la Reforma Procesal Penal, permita la aplicación de técnicas innovativas y colaborativas de solución a los conflictos penales.*

**DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS**

Isabel González Ramírez

Santiago Abril 2007

## I.-

### **Formulación de Problemas para un proyecto de tesis**

*¿Es el Derecho Penal una herramienta para resolver los conflictos penales, que previene el delito, promueve el ejercicio de derechos humanos?*

*¿El proceso penal en Chile, considera la participación y necesidades de la víctima, protege las garantías y el derecho a reinserción social de los imputados o sólo se trata de una disciplina que define las conductas delictivas y la forma del Estado para sancionarlas?*

*¿Cuáles son los efectos que distinguen la aplicación de un modelo de justicia distributiva de una restaurativa en la sociedad?*

*¿Es la mediación penal en otros países una herramienta social útil para solucionar conflictos penales, prevenir el delito, evitar la reincidencia, promoviendo una justicia restaurativa? ¿Cómo ha evolucionado su proceso de desarrollo?*

*¿Es la mediación penal una herramienta utilizada en nuestro país?, ¿en que espacio institucional se inserta?, ¿cuál es su ámbito de aplicación?, ¿debe ser su aplicación sustitutiva o complementaria?, ¿quiénes son sus protagonistas, actores y usuarios?, ¿cuales son sus principales falencias?*

*¿Que requerimientos necesitaría en nuestro país la mediación penal para su aplicación como herramienta eficaz y aceptada socialmente?, ¿institucionalidad en que debiera insertarse?, ¿tipo y etapa del proceso penal en el que es posible incorporarla?, ¿requerimiento de modificación legislativa que requiere?, ¿modelo de mediación penal aplicable en Chile a mediano plazo? ,¿dificultades, amenazas, posibilidades y oportunidades en su aplicación?¿ ¿perfil y formación del mediador?, ¿qué tipo de difusión requiere? ¿desafíos futuros?.*

## II.-

### Hipótesis

El Derecho Penal en Chile, está inspirado en la justicia distributiva y su aplicación en un procedimiento que debe necesariamente ser selectivo, dejando muchos conflictos penales sin resolver y aquellos resueltos no siempre lo son de una forma satisfactoria para los ciudadanos, especialmente por la falta de participación colaborativa de la víctima e imputado en su proceso de resolución, no logrando cumplir con las expectativas y necesidades de justicia de las personas. Por esta razón, uno de los desafíos para mejorar el acceso a la justicia en nuestro país es avanzar hacia una justicia restaurativa que permita la aplicación de técnicas innovativas del tratamiento colaborativo de solución del conflicto penal.

Al referirse al Derecho Penal, los estudiosos de esta disciplina sólo parecen considerarlo sinónimo de una pena o de una ley penal, que define las conductas delictivas de las personas, garantizando al Estado el derecho a castigarlas, mediante la determinación y aplicación de la pena, limitando a su vez al Estado frente a las garantías propias del imputado sin considerar su valor como forma de resolver conflictos penales y la participación activa de la víctima e imputado.

La ciencia penal parece tener objetivos más trascendentes e integradores de las realidades del ser humano que los que le asignan hoy las diversas doctrinas.

Frecuentemente se identifica la pena con el derecho penal, al referirse por ejemplo al Derecho Penal como "*última ratio*", lo que impide encontrar en esta disciplina, soluciones al conflicto penal más humanas e integrales, limitándose a abordar esta amplia ciencia desde paradigmas represivos, retributivos, abolicionistas, funcionales, y simbólicos. Así mismo, se habla de tendencias expansivas del derecho penal, del derecho penal del enemigo, del derecho penal de autor y del acto, entre otros. ¿No se le estará confundiendo el derecho penal con la pena y su aplicación?. De ser así, ¿no podríamos buscar en el derecho penal, además de los

tópicos hasta hoy impulsados, la participación de la víctima y del imputado en el proceso penal, en la solución de un conflicto que les es propio, reconociendo el imputado su responsabilidad en el daño causado a la víctima y su forma de reparación de acuerdo a las necesidades de ésta, sin perjuicio del rol que le corresponde a la sociedad como una tercera cara en esta disputa?.

Años de estudio, reflexión y elaboración de teorías sobre los fines de la pena, se acercan a la conclusión que la respuesta punitiva no es la solución al conflicto penal, al menos no como una forma de prevención general o especial y menos como retribución al daño causado. El delito o el conflicto penal son realidades cotidianas, el conflicto es propio de la interrelación social de los seres humanos, por lo cual nunca va a desaparecer, razón por la cual debemos encontrar la mejor manera de convivir con el.

Entonces, por qué no orientarnos a una justicia restaurativa, en que la sociedad representada por el poder público, no arrebate a las partes un conflicto que le es propio, excluyéndolas de las decisiones determinantes del mismo, respetando en cambio la voluntad de las partes, facilitando instancias protegidas en que víctima e imputado puedan resolver su controversia, responsabilizándose la sociedad de ofrecer alternativas reparadoras y de integración social para las partes.

En Chile, se requiere definir un modelo de mediación penal, apropiado a la cultura nacional, que sea validado socialmente, no dejando la sensación a los ciudadanos de impunidad del delito, ni de victimización y estigmatización innecesaria al imputado, que repare a la víctima y reintegre a la sociedad al ofensor, restaurando el quiebre social que se ha producido con el delito.

### III

#### Introducción

1.- En **esta investigación relativa a la parte general y procedimental del Derecho Penal, pretendo elaborar** una tesis la que realizando un análisis crítico de los conceptos, principios y fines de esta rama del derecho, pueda contribuir al Derecho Penal, determinando si le son propios sólo los objetivos centrados en la base conceptual de la justicia distributiva, esto es la definición del delito, la determinación de los responsables y la aplicación de una pena, o bien debiera estar centrado también en una mirada de futuro, en la resolución de conflictos penales, el reconocimiento de daño, arrepentimiento del infractor y la reparación de los daños causados con el delito, como lo plantea la **base conceptual de la justicia restaurativa**, la que pretendo fortalecer, con una propuesta de modelo aplicable a Chile, basado en experiencias ya probadas en sistemas penales comparados y adecuado a nuestra cultura nacional.

En la presente propuesta, no se sostiene una postura abolicionista frente al delito, ni tampoco represiva, sino que da cabida a una nueva justicia, en la cual su intervención no sea tan temprana que impida ejercer las garantías del debido proceso al imputado y aclarar los hechos a la víctima, ni tan tarde que estigmatice por el delito cometido. Así mismo, que no aparezca el delito como impune ni que tampoco se victimice innecesariamente a las partes.

**2.- El aporte de esta investigación** pretende fortalecer el acceso a la justicia, ampliando las formas de solución del conflicto penal y humanizando sus consecuencias, de tal forma de propender al cumplimiento de las garantías constitucionales asegurando a todos los habitantes de nuestro país un acceso igualitario a la justicia, y que así mismo, asegure el respeto a las normas del debido proceso en materia penal.

En este sentido, el proyecto consiste en proponer un modelo de justicia restaurativa, adecuado a las condiciones y cultura nacional, que mediante la aplicación de un proceso de mediación penal, colabore a la sensación de mayor seguridad para los ciudadanos y una solución real a sus conflictos penales, conforme a las necesidades de las personas, mediante la reparación del daño causado, una transformación de la mirada del infractor frente al delito, de forma que evite su reincidencia y la restauración del orden social.

**3.-** Para el logro de mis objetivos, comenzaré por analizar la evolución de los conceptos formales y operacionales del Derecho Penal, usaré como **método de investigación** un enfoque dialéctico, con análisis bibliográfico, documental, estadístico y experiencial. Con este propósito partiré por analizar la postura de grandes tratadistas del Derecho Penal, sobre su concepto, objetivos y fines, revisaré los paradigmas que se encuentran insertos en las nuevas tendencias del Derecho Penal, avanzando luego a las doctrinas que apoyan el Derecho Penal de alternativas, para avocarme con posterioridad a analizar las reflexiones y propuestas que hace algunos años viene promoviendo la justicia restaurativa, en donde además presentaré modelos de intervención aplicados en esta materia, especialmente en Chile, replicando experiencias provenientes de Argentina, España, Canadá y Nueva Zelanda.

En este sentido, tomaré algunos elementos de comparación entre la forma clásica en que se ha venido analizando el Derecho Penal y una mirada más amplia e integradora de este, que incluye al Derecho Penal de Alternativas, para proponer a esta importante rama del derecho, la aplicación gradual pero en permanente crecimiento de sistemas de mediación penal, como un proceso colaborativo de resolver aquellos conflictos penales, que cumpla con determinados requerimientos respecto al tipo de delito y a las características de las partes, con objetivos más cercanos a las necesidades del ser humano que la óptica que hasta ahora se ha usado para dar respuesta al delito.

Analizaré la forma como se resuelven los conflictos penales en Chile, comenzando con los avances que hemos tenido en esta materia con la Reforma Procesal Penal, revisando luego estadísticas sobre formas actuales de tratamiento y terminación de los conflictos penales.

Evaluaré luego el sistema procesal en que se inserta la posibilidad de la mediación penal en nuestro país, analizando los resultados que hasta la fecha han tenido las salidas alternativas y especialmente los acuerdos reparatorios.

Revisare en la experiencia nacional y extranjera las percepciones y consecuencias que el transitar por un proceso de mediación penal ha dejado en las víctimas y especialmente en los ofensores, evaluando niveles de reincidencia de éstos.

Compartiré con la comunidad de la Defensoría Penal Pública, las posibilidades de aplicación de este modelo de justicia restaurativa y sus alcances en cuanto al tipo de delito y características de las partes.

Finalmente, analizando modelos de aplicación de la mediación penal nacionales y extranjeros propondré un modelo de mediación penal para la Defensoría Penal Pública.

**4.-** La presente investigación estará basada en **fuentes formales** tales como el análisis bibliográfico, reflexiones y doctrina de los principales tratadistas del Derecho Penal nacionales y extranjeros, la normativa jurídica nacional sistematizada en la materia, tales como el código penal, procesal penal y orgánico.

Estudios y evaluación teórica, estadística y cualitativa sobre formas de resolución de los conflictos penales en Chile y sobre experiencias de justicia restaurativa y mediación penal aplicadas a nivel nacional e internacional y sus consecuencias en víctimas y ofensores, especialmente en materia de reincidencia. Lo que obtendré recogiendo datos bibliográficos, de la literatura que sobre este tema se ha escrito,



estudios, publicaciones de prensa, conclusiones obtenidas en exposiciones, foros y trabajos Internacionales.

Así mismo, incorporaré a esta investigación, las conclusiones de una mesa de trabajo que me correspondió coordinar en el Ministerio de Justicia, con integrantes de todas las áreas del sector público, privado y de la sociedad civil, sobre la mediación penal, la que durante un año y medio, funcionó con el objeto de proponer políticas públicas, basadas en experiencias de terreno, sobre la forma más humana y democrática de resolver los conflictos penales en nuestro país.

Adicionalmente, trabajaré con algunas **fuentes informales**, mediante entrevistas a quienes sobre esta materia han tenido experiencia en Chile y en el Extranjero, vivenciaré algunas pasantías sobre la materia, recogeré estadísticas sobre su aplicación, resultados y reincidencia en personas que han pasado por este tipo de proceso, recogiendo percepciones de quienes vivieron esta experiencia.

Finalmente, prepararé un taller informativo al interior de la Defensoría Penal Pública, con el objeto de abrir un debate sobre la pertinencia, necesidad y beneficios de aplicar un modelo de mediación Penal en Chile y cuales serían sus alcances y requerimientos, para terminar con la propuesta de un modelo de mediación penal para la Defensoría Penal Pública.

##### **5.- ¿A quién beneficia y a quién perjudica eventualmente este proyecto?**

Esta investigación espero beneficie tanto a las víctimas como a los imputados de delito, a su familia y entorno, además, como efecto dominó o expansivo a toda la sociedad, en torno a la disminución del temor por el delito y a la prevención de éste.

Como consecuencia de contribuir este proyecto a institucionalizar la aplicación de la mediación penal en Chile, beneficiaría al Estado, en este caso representado

especialmente por el Ministerio de Justicia, la Defensoría Penal Pública y la Fiscalía, al mejorar el acceso a la justicia en forma más eficaz, rápida y con menores costos, tanto de recursos humanos, económico, tiempo y desgaste psicológico de las personas, que los que implica la aplicación de la justicia tradicional en materia penal.

Adicionalmente, este proyecto debiera beneficiar a los abogados dedicados al ejercicio penal, dado que facilitaría su actuar profesional y les otorgaría un margen más amplio para encontrar soluciones al conflicto penal.

Finalmente, en mi opinión y la de aquellos que han practicado la mediación penal en otros países, la justicia restaurativa aporta herramientas y ventajas a todos los operadores jurídicos del sistema, al obtener resultados de mejor calidad, más ágiles y satisfactorios tanto para las necesidades de usuarios como para quienes entregan servicios.

En cuanto a quienes eventualmente perjudicaría este proyecto, podríamos mencionar, a quienes lucran indebidamente en su ejercicio profesional privado de la permanencia y dificultad de resolución de los conflictos penales, especialmente de los más simples de solucionar.

## **6- Propósito del presente proyecto**

Aportar a mejorar el acceso a la justicia en Chile, poniendo a disposición de los ciudadanos, formas pacíficas y colaborativas de resolver sus conflictos penales, que tiendan a satisfacer las necesidades de la víctima, a reinserter al infractor y a prevenir el delito.

### **Objetivo general de la investigación**

El objetivo general de este trabajo será que la Defensoría Penal Pública disponga de un modelo de mediación penal restaurativo posible de implementar y adecuado a la cultura y necesidades del país.

#### **1.- Objetivo específico**

Que los operadores del derecho penal dispongan de un diagnóstico útil para evaluar si la resolución de los conflictos penales es una función del Derecho Penal y la forma como se resuelven en Chile.

#### **Producto**

Estudio sobre si la resolución de conflictos penales es una función propia del Derecho Penal y diagnóstico de la forma de resolución de conflictos penales en Chile.

#### **Meta**

La 3º semana de marzo del presente año, entregar diagnóstico con los principales elementos de doctrina, comparaciones conceptuales y formas de resolución de conflictos penales Chile.

#### **2.- Objetivo específico**

Que los operadores del sistema penal dispongan de información procesada sobre la aplicación y resultados de la mediación penal restaurativa, en los países donde ésta ha tenido más desarrollo y en Chile.

#### **Producto**

Informe sobre la aplicación y resultados de la mediación penal restaurativa, en los países donde ésta ha tenido más desarrollo y en Chile.

### **Meta**

La primera semana de Abril del presente año, informe aprobado con la aplicación y resultados de la mediación penal, especialmente sobre su impacto en las partes y la reincidencia. Adicionalmente se presentarán los principales modelos de mediación penal conocidos a nivel nacional e internacional y sus resultados.

### **3.- Objetivo específico**

Disponer de criterios sobre utilidad, aplicación, campo de acción, y criterios de impacto de la mediación penal en Chile, aportados por los integrantes de la Defensoría Penal Pública.

### **Producto**

Criterios sistematizados, recogidos del personal de la Defensoría Penal Pública, sobre la aplicación de la mediación penal en Chile.

### **Meta**

Al 30 **de abril del presente año**, entrega de informe de sistematización de las conclusiones, del encuentro del personal de la Defensoría Penal Pública, en el que se debatirá sobre la aplicación de la mediación penal en Chile.

### **4.- Objetivo específico**

Que la Defensoría Penal Pública cuente con un modelo de mediación penal adecuado a la realidad nacional.

### **Producto**

Modelo de Mediación Penal para ser aplicado en Chile.

### **Meta**

Al 5 de Mayo del presente año, entrega de un modelo de mediación penal para ser aplicado por la Defensoría Penal Pública.

**7.- La estructura de la presente investigación estará constituida de la forma que a continuación describo:**

Con objeto de obtener los logros propuestos, este trabajo partirá por un **primer capítulo** en que se analiza y reflexiona sobre: **acápites** 1.- El concepto de Derecho Penal; 2.- Sus características; 3.- Paradigmas y principios en que se inspira; y 4.- Objetivos y fines.

En un **segundo capítulo**, expondré y analizaré las nuevas tendencias del Derecho Penal. El que se dividirá en los siguientes **acápites**: 1.- La expansión del Derecho Penal; 2.- El Derecho Penal del riesgo; 3.- El Derecho Penal del enemigo; 4.- El Derecho Penal de actor y de acto; 5.- El Derecho Penal simbólico.

En el **tercer capítulo** trataré sobre el Derecho Penal de alternativas

**Los tres capítulos anteriores tienen por objeto responder a la pregunta** ¿Es el Derecho Penal una herramienta para resolver los conflictos penales, que previene el delito, promueve el ejercicio de derechos humanos?

En el **cuarto capítulo**, trataré sobre la justicia restaurativa y realizaré una exposición comparativa entre los diversos aspectos de aplicación de la justicia distributiva y restaurativa en el Derecho Penal.

¿El proceso penal, considera la participación y necesidades de la víctima, protege las garantías y el derecho a reinserción social de los imputados o sólo se trata de una disciplina que define las conductas delictivas y la forma del Estado para sancionadas?

¿Cuáles son los efectos que distinguen la aplicación de un modelo de justicia distributiva de una restaurativa en la sociedad?

Para responder a las interrogantes planteadas, este capítulo se dividirá en los siguientes **acápites**: 1. filosofía de la justicia restaurativa; 2.- Concepto e historia de la justicia restaurativa; 3.- Objetivos de la justicia restaurativa. 4.- Principios; 5.-

Justicia restaurativa y sistema penal. 6.- Beneficios de la justicia restaurativa; 7.- Requerimientos.

8.- Comparación de los efectos de la aplicación de un modelo de justicia distributiva y restaurativa en la sociedad. 9.- Justicia restaurativa y mediación penal.

En el **quinto capítulo**, trataré sobre: **La resolución de conflictos penales en Chile**.

Este capítulo pretende responder a las preguntas; ¿el Derecho Penal da respuesta a los conflictos penales en Chile?, ¿satisface las necesidades de las víctimas?, ¿aporta a la sensación de seguridad ciudadana?, ¿previene el delito?, ¿evita la reincidencia?.

Para responder a las interrogantes planteadas, este capítulo **La resolución de conflictos penales en Chile**, se dividirá en los siguientes **acápites**: 1.- La Reforma Procesal Penal en Chile. 2.- Resultado estadístico de los procesos penales en Chile. 3.- Salidas alternativas; suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios en nuestro país 4.- impacto de las formas de término de las causas penales, especialmente de salidas alternativas, en la reincidencia.

En el **sexto capítulo**, daré cuenta sobre la experiencia de la mediación penal en Chile y los modelos utilizados.

Capítulo que **responde a las preguntas**: ¿Es la mediación penal una herramienta utilizada en nuestro país?, ¿procedimiento penal y mediación penal en Chile?, ¿cuál es su ámbito de aplicación?, ¿debe aplicarse en forma sustitutiva o complementaria a la sanción penal?, ¿quiénes son sus protagonistas, actores y usuarios? y ¿cuáles son sus principales falencias?

Para responder a las interrogantes planteadas, este capítulo se dividirá en los siguientes **acápites**: 1.- Mediación Penal y procedimiento penal en el que se inserta; 2. Modelos de mediación penal en Chile; espacio institucional en que se

inserta, ámbito de aplicación, sustitutiva o complementaria al proceso penal y sanción penal; a que tipo de delitos se aplica y que criterios se usan para determinar su aplicación. 3.- Los protagonistas, actores y usuarios en la mediación penal; 4.- las principales falencias de la mediación penal en Chile.

En el **séptimo capítulo**, daré cuenta de la experiencia comparada sobre la aplicación de la mediación penal en la solución de los conflictos penales.

**Este capítulo intentará responder a las preguntas:** ¿es la mediación penal en otros países una herramienta social útil para solucionar conflictos penales, prevenir el delito, evitar la reincidencia, promoviendo una justicia restaurativa?, ¿cómo ha evolucionado su proceso de desarrollo?

Para responder a las interrogantes planteadas, este capítulo se dividirá en los siguientes **acápites**: 1.- La mediación penal y su aplicación en otros países, como contribución a mejorar el acceso a la justicia; 2.- Impacto de la mediación penal en la prevención del delito y evitar la reincidencia.- Modelos de mediación penal

En el **octavo capítulo**, Expondré sistematizadamente los criterios, recogidos del personal de la Defensoría Penal Pública, sobre el impacto que tendría una aplicación masiva de la mediación penal en Chile, recogidos de debate sobre la pertinencia, necesidad y beneficios de aplicar un modelo de mediación penal en Chile y cuales serían sus alcances y requerimientos.

Este capítulo pretende responder a las preguntas ¿es considerado beneficioso para la defensa penal y los imputados la aplicación de la mediación en Chile?, ¿cuáles son los criterios, requerimientos y alcances, que considera apropiado la Defensoría tener en cuenta en su aplicación?

Para resolver las interrogantes planteadas, este capítulo se dividirá en los siguientes acápites: 1.- ¿Es considerada beneficiosa para la defensa penal y los imputados la aplicación de la mediación en Chile?. 2.- Criterios, requerimientos y alcances a tener en cuenta en su aplicación según la defensa.

**En el noveno capítulo**, haré una propuesta sobre el modelo de mediación penal que me parece más apropiado para ser aplicado en Chile.

Este capítulo **responderá a las preguntas**: ¿que requerimientos necesitaría en nuestro país la mediación penal para su aplicación como herramienta eficaz y aceptada socialmente?, ¿institucionalidad en que debiera insertarse?, ¿tipo y etapa del proceso penal en el que es posible incorporarla?, ¿requerimiento de modificación legislativa que necesita?, ¿modelo de mediación penal aplicable en Chile a mediano plazo?, ¿dificultades, amenazas, posibilidades y oportunidades en su aplicación?, ¿costos?, ¿perfil y formación del mediador?, ¿que formas de reparación son más adecuadas en nuestro país?, ¿qué tipo de difusión requiere?

Para responder a las interrogantes planteadas, este capítulo se dividirá en los siguientes **acápites**:

1.- Modelo mediano plazo 2.- Institucionalidad; 3.- Ámbito de aplicación; 4.- Requerimientos; 5.-Evaluación de modificación legislativa; 6.-Fortalezas, oportunidades, dificultades y amenazas en su aplicación; 7.-Perfil y formación del mediador; 8.- Formas de reparación; y 9.- Difusión.

Terminando finalmente por un acápite de **conclusiones**, donde verificaré si el resultado de la investigación dio respuesta a las interrogantes planteadas y si se confirma la hipótesis propuesta, de tal manera de evaluar positivamente la urgente necesidad de contar con un modelo de mediación penal, como herramienta útil para transformar nuestro sistema nacional de justicia penal, de una orientación puramente distributiva y represiva, a una justicia restaurativa. Definiendo finalmente cuales son los principales desafíos que se nos plantean a futuro para su implementación.



## DERECHO PENAL

### Concepto, carácter, principios, objetivos y fines del Derecho Penal

#### 1.- Concepto

El derecho penal, según lo que sostiene el profesor don Enrique Cury Urzua,<sup>1</sup> “está constituido por el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a ciertos hechos, estrictamente determinados por la ley, teniendo como presupuesto, una pena o una medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto por los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica”.

Afirma que los hechos a que se aplica este derecho deben estar *determinados legalmente en forma rigurosa y que* el derecho penal tiene que ser un recurso de *última ratio*. “La selección de los valores a que se otorgará tutela penal debe ser rigurosa, sólo deben protegerse de esta manera los de umbral más bajo”.

Distingue entre el *derecho penal subjetivo* “*ius puniendi*” del *objetivo* “*ius poenalis*”. El primero consiste en una facultad del Estado de prohibir o mandar ciertos hechos bajo la amenaza de sancionar la trasgresión con una pena. El segundo, en la manifestación de ese poder en el derecho positivo.

La definición del Derecho Penal que utiliza el profesor Labatut, parece ser más amplia, al decir: “es la rama de las ciencias jurídicas, plenamente autónoma, que consagra normas encargadas de regular las conductas que se estiman capaces de producir un daño social o de originar un peligro para la comunidad, bajo la amenaza de una sanción”. Aunque el concepto de sanción es más amplio que el de pena, Labatut los identifica.<sup>2</sup> Y en teoría no incorpora las medidas de seguridad y corrección.

---

<sup>1</sup> Enrique Cury Urzua, Derecho Penal, Parte General, Capítulo I, Ediciones Universidad Católica de Chile.

<sup>2</sup> Labatut Glenda Gustavo, 9ª edición, actualizada por Julio Zenteno, Santiago 2000. I, I pág 3.

El profesor Novoa, define el Derecho Penal como “la parte del derecho público que trata del delito y del delincuente, desde el punto de vista del interés social y que establece las medidas legales apropiadas para prevenir y reprimir el delito”. Esta definición no concuerda con el derecho penal de actos que impera en nuestra doctrina y ordenamiento jurídico, tal como lo expresa el profesor Cury, ya que el delincuente como tal, no forma parte directa de la regulación, por que las normas mandan o prohíben acciones u omisiones y no enjuician la personalidad de su autor.

El profesor Cury,<sup>3</sup> respecto de esta definición manifiesta, que no siempre las medidas de prevención tienen por objeto evitar la comisión de delitos en sentido estricto, sino de acciones típicamente antijurídicas. Restricción con la que no concuerdo, dado que en mi parecer debemos ampliar más que limitar el objeto del Derecho Penal y uno de sus objetivos propios de mayor proyección es la prevención del delito.

El profesor Garrido Montt,<sup>4</sup> sostiene que el Derecho Penal “es una parte del sistema jurídico constituido por un conjunto de normas y principios que limitan el poder punitivo del Estado, describiendo qué comportamientos son delitos y la pena que les corresponde y cuándo se deben aplicar una medida de seguridad”.

En la definición de Derecho Penal del profesor Santiago Mir Puig,<sup>5</sup> se incorporan elementos tales como valores, principios y medidas de seguridad, pero como en la mayoría de las otras definiciones no se incluye la reparación, dice que “es el conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuestos, penas y /o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica”. Sin embargo, lo valioso es que se cuestiona si pertenece al Derecho Penal la responsabilidad civil, el daño

---

<sup>3</sup> Enrique Cury Urzua, Derecho Penal, Parte General, Capítulo I, pág. 38. Ediciones Universidad Católica de Chile

<sup>4</sup> Mario Garrido Montt, Derecho Penal, 1997-2000.

<sup>5</sup> Santiago Mir Puig Derecho Penal, parte general, 7° edición, 2005.

patrimonial y/o moral causado a la víctima por el delito, aunque concluye a diferencia del Código Penal Español que éstos elementos son propios del Derecho Civil.

Finalmente, el profesor Raul Zaffaroni, sostiene que sólo se obtiene una definición después de haber transitado por todo el terreno del saber, pero aún así, enuncia una definición del derecho Penal diciendo que “es la rama del saber jurídico, que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”.<sup>6</sup> Sin perjuicio de la mayor amplitud de contenidos que trae aparejada la definición de Derecho Penal de este autor, lo limita al judicializar innecesariamente, según mi parecer, el aporte de este saber jurídico.

El Doctor **Alessandro Baratta**, en su obra Principios del Derecho Penal Mínimo, plantea que los derechos humanos son el objetivo y límite de la ley penal. Pretende responder con esto a los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal. Los derechos humanos asumen una doble función, negativa en orden a los límites de la intervención penal y una positiva respecto al objetivo posible, pero no necesario, de la tutela por medio del derecho penal<sup>7</sup>.

En mi opinión, las definiciones o conceptos usados por la doctrina sobre el Derecho Penal, sin perjuicio de contener elementos valiosos y acertados, suelen incorporar en general elementos que lo identifican con la pena o formas de sanción y su aplicación, incorporándose en escasas definiciones aspectos que digan relación con la paz social y la solución de los conflictos penales, a pesar de que en definitiva como política criminal se espera este tipo de resultados de este instrumento jurídico.

---

<sup>6</sup> Eugenio Raul Saffaroni, Manual de Derecho Penal, parte general, pág. 24.

<sup>7</sup> El Doctor Alessandro Baratta, Principios del Derecho Penal Mínimo, Criminología y Sistema Penal, ed. Buenos Aires, 2004. p.299-333.

Personalmente, aventuraré un concepto de lo que según mi modesto parecer debiera entenderse por Derecho Penal: “ Es una rama del derecho, que tiene como objetivo mantener la paz social y convivencia armónica entre las personas, respetando su dignidad humana, mediante herramientas consistentes en; valoraciones, principios jurídicos y normas que eviten la comisión de hechos delictivos y colaboren en la solución de conflictos producidos por estos, protegiendo a la víctima y a la comunidad, permitiéndoles aclarar el injusto cometido y reparar los daños sufridos y a su vez promover la identificación, y arrepentimiento del infractor por el delito cometido y cautelando a éste, el ejercicio de las garantías del debido proceso”.

## **2.- Características**

### **Carácter público del Derecho Penal**

Conforme al principio que impera el Derecho Penal “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” y con la función garantista de éste, en el ordenamiento punitivo no debieran existir figuras “innominadas” creadas por la voluntad de los particulares. Lo que para la ley no es delito, no lo es para nadie afirma el profesor Cury; asimismo, la pena que la ley no establece no puede imponerse en ningún caso.

Eugenio Raul Saffaroni, expresa que en principio, el Derecho Penal es una rama del derecho público y desde su perspectiva contenedora debe ser considerado como un apéndice del Derecho Constitucional, encontrando en este sus principales fundamentos.

### **Carácter subsidiario del Derecho Penal**

El carácter secundario del Derecho Penal se refiere a que la pena sólo deber ser empleada cuando el ataque al bien jurídico no pueda sancionarse de manera

apropiada, acudiendo a los medios de solucionarlo de que disponen las otras ramas del ordenamiento jurídico.

### **Carácter fragmentario del Derecho Penal**

El carácter *fragmentario* del derecho penal, significa que éste no pretende alcanzar con sus efectos a toda la gama de conductas ilícitas, sino sólo a aquellas que constituyen ataques intolerables en contra de bienes jurídicos cuya subsistencia es capital para la preservación de la convivencia pacífica. No todo lo que infringe las normas ha de ser castigado con una pena y, por el contrario, sólo sectores reducidos y acotados de lo que es ilícito justifican su empleo.

Eugenio Raul Saffaroni, sin embargo aclara que en principio el Derecho Penal, (saber penal) no es discontinuo ni fragmentario, dice que éste es continuo y fragmentador, por que su saber debe contener todo el ejercicio del poder público para determinar cual es punitivo, en tanto el ejercicio del poder punitivo habilitado por las leyes penales manifiestas debe mantenerse discontinuo y fragmentario. El Derecho Penal debe ser un saber sin fracturas, que abarque toda la tendencia a la continuidad del poder punitivo, para eliminar el que se ejerce sin el presupuesto de un delito y obtener la fragmentación del ejercicio del poder punitivo.

### **Carácter personalísimo del Derecho Penal**

El Derecho Penal es *personalísimo*, las penas o las medidas de seguridad y corrección en su caso sólo pueden *imponerse* al que ha participado en el hecho punible, y no deben afectar a terceros. El carácter de autor no admite representación.

Las *personas jurídicas* no pueden ser sujetos activos de un delito, un ente o figura ficticio (*teoría de la ficción SAVIGNY, WINSCHELD*), niegan su capacidad delictual, los actos que realiza no son el producto de su voluntad, sin perjuicio de los directorios, consejos, juntas de accionistas, que puede ser objeto del juicio de desvalor personal. Algunos autores (minoría doctrinaria) le atribuyen también la capacidad de cometer culpablemente un hecho injusto y, por tanto, un delito

punible. En Chile según el artículo 39 del C.P.P. la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales, por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible. Excepcionalmente, sin embargo, algunas leyes abandonan este criterio, ej. la Ley Antimonopolios, N°13.305 remplazada por le D:L: 211 de 1973 consagró la posibilidad de imponer a las personas jurídicas la pena de disolución.

### **3.- Principios del Derecho Penal**

Para efectos de mencionar los principios del Derecho Penal, citaré la descripción que hace el profesor Baratta,<sup>8</sup> por considerarla una de las más amplias e integradoras:

#### **1.- Principios de limitación formal:**

**a.- el Principio de la reserva legal o de la legalidad:** Impone limitar el ejercicio de la función punitiva sólo a las acciones previstas por la ley “nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine”.

**b.- Principio de la taxitividad:** La pena es aplicable solo a tipos de conducta expresamente previstos por la ley, con elementos descriptivos y normas.

**c.- Principio de la irretroactividad:** que excluye la aplicación de penas, de agravantes de penas, de cualquier condición más desfavorable al imputado que no haya sido prevista por la ley con anterioridad al hecho.

**d.- Principio de la supremacía de la ley penal sustantiva,** que tiene la finalidad de asegurar la extensión de las garantías contenidas en el principio de legalidad, a la posición del individuo en cualquiera de los subsistemas en que puede ser dividido el sistema final.

**e.- Principio de representación popular:** el que garantiza el proceso de formación de la ley penal frente a las violaciones, de hecho y de derecho, del régimen mínimo de representatividad en la asamblea legislativa, e impone la

---

<sup>8</sup> El Doctor Alessandro Baratta, Principios del Derecho Penal Mínimo, Criminología y Sistema Penal, ed. Buenos Aires, 2004. p.299-333.

participación popular en la formación de la voluntad del legislador, a través de elecciones libres y secretas, y la libertad de organización de partidos y de movimientos políticos.

## **2.- Los principios de la limitación funcional son:**

**a.- Principio de la respuesta no contingente.** La ley penal es una respuesta solemne a conflictos y problemas sociales graves, individualizados como generales y constantes en el tiempo.

**b.- Principio de proporcionalidad abstracta:** Solo las violaciones a los derechos humanos fundamentales pueden ser objeto de sanción penal. La pena debe ser proporcional al daño social causado por dicha violación.

**c.- Principio de idoneidad:** Este principio solo permita aplicar la pena en situaciones en que aparece probado un efecto útil en relación a situaciones de amenaza grave a los derechos humanos.

**d.- Principio de la humanidad:** prohíbe penas que violen el derecho a la vida y a la dignidad de cada individuo, en particular la pena de muerte, la tortura y las penas que impliquen condiciones infamantes de vida. Los principios de idoneidad abstracta y de humanidad, solamente brindan condiciones necesarias pero no suficientes para la conminación de penas.

**e.- Principio de la lesividad:**<sup>9</sup> Como expresión del principio personalista, mientras no hay una lesión no hay un conflicto, mientras no hay un conflicto no puede haber un delito, por tanto el poder punitivo no podría operar, este principio se introdujo con el concepto de bien jurídico.

**f.- Principio de subsidiaridad:** Una pena puede ser conminada sólo si está comprobado que no existen otras intervenciones fuera de la penal, para controlar situaciones típicas de violación de derechos humanos.

---

<sup>9</sup> ZAFFARONI EUGENIO RAUL, Manual de Derecho Penal, parte general, pág 110, 2° edición, Ediar, Buenos Aires, 2006.

**g.- Principio de la culpabilidad<sup>10</sup>:** Puede dividirse en dos principios; la exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación de este y la prohibición de ejercicio de poder punitivo cuando no sea exigible otra conducta adecuada al derecho.

**h.- Principio de proporcionalidad concreta o adecuación del costo social:**

Es un hecho que la intervención penal en los conflictos interpersonales habitualmente en lugar de ayudar a su solución se los agrava, como se puede comprobar, por ejemplo, en conflictos dentro de la familia y en casos de injurias y lesiones. A “*contrario sensu*”, la penalización de ciertas conductas produce en determinadas áreas de problemas sociales, mayores y más graves situaciones delictivas.

**i.- Principio al respeto de las identidades culturales:** respeto a las costumbres y valores de las minorías.

**j.- Principio de la primacía de la víctima:** Sustituir en parte, el derecho punitivo por el derecho restaurativo, otorgar a la víctima y en general, a ambas partes de los conflictos mayores prerrogativas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer el vínculo perturbado por el delito, asegurará en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas.

**k.- Principio de la imputación personal o principio de personalidad:** La pena puede ser aplicada solamente a la persona natural autoras de la acción delictiva. Excluye toda forma de responsabilidad objetiva, o por el hecho de otro, y, por ende, la aplicación de sanciones penales por violaciones a los derechos humanos que no puedan ser reconducibles mediante una relación causal directa al comportamiento de personas natural. De allí derivan límites a las figuras penales de peligro abstracto. Excluye, por lo mismo, toda forma de responsabilidad de personas jurídicas y entes morales.

**l.- Principio de la responsabilidad por el hecho:** Enunciando este principio se rechaza toda forma de derecho penal de autor y se mantiene solamente el derecho penal de acto.

---

<sup>10</sup> ZAFFARONI EUGENIO RAUL, Manual de Derecho Penal, parte general, pág 120, 2° edición, Ediar, Buenos Aires, 2006.



#### **4.- Objetivos y fines del Derecho Penal**

Existe acuerdo en que el Derecho Penal tiene como finalidad; evitar hasta donde sea posible la proliferación de actos que atenten contra valores elementales sobre los que descansa la convivencia humana, con el objeto de asegurar la continuidad de la vida humana.

También existe consenso en cuanto a que la naturaleza de los valores dignos de protección es cambiante en conformidad a la variación de la estructura social y que la posibilidad de erradicar totalmente conductas contrarias a la convivencia social es imposible, dado que el conflicto es propio de la naturaleza humana.

Se aspira por lo tanto, a mantener un estado de situación tolerable para la convivencia humana, una situación de paz, en el cual las personas puedan desarrollar sus capacidades y la dignidad de la naturaleza humana sea reconocida. Además, se refiere al derecho del Estado de reprimir y castigar conductas dañinas, cuando otras áreas del derecho sean insuficientes para reprimirlas y así evitar su proliferación.

Los temas debatidos se refieren a si el Estado tiene derecho a emplear reacciones suplementarias tan gravosas como la pena y las medidas de seguridad y resocialización para obtener los objetivos descritos, esto es si el “Jus puniendi”, además de existir como tal y encontrarse limitado, está además justificado y la forma concreta como opera el derecho Penal para su lograr su fin.

Roxin<sup>11</sup>, “En el Estado moderno junto a la protección de bienes jurídicos, previamente dados, aparece la necesidad de asegurar, si es necesario, con los

---

<sup>11</sup> Roxin, Sentido y límites de la pena estatal, B. 1., pag 21.

medios del derecho penal, el cumplimiento de las prestaciones públicas de que depende el individuo en el marco de la asistencia social, por parte del Estado”.

La fase, a la que se puede denominar como la del constitucionalismo social, fue la que despertó y alentó la necesidad de llevar la intervención punitiva de los Estados democráticos a proteger aquellas necesidades sociales que se consideran actualmente como básicas para el desenvolvimiento de las fuerzas colectivas.

En relación a las funciones que cumpliría el derecho, varias han sido propuestas. Entre las más usuales se habla del derecho como forma de *orientación social*, lo cual le atribuye a las reglas jurídicas una tarea de carácter organizativo, anterior al momento en que éstas deben intervenir cuando ya se hace necesario su empleo.

La concepción tradicional que imperó desde la segunda mitad del siglo pasado, enfatizó que la misión del Derecho Penal consiste en evitar que se produzcan ciertos resultados. El carácter de injusto del delito radicaba en que lesionaba un bien jurídico o se le ponía en peligro. Obteniéndose un concepto de ilícito que se fundaba por entero en un acontecimiento objetivo, perceptible por los sentidos, asegurando la prueba cierta de sus componentes y garantizando al procesado contra apreciaciones arbitrarias del juzgador sobre su actitud.

Para Welsel, la misión principal del Derecho Penal no es de índole preventiva sino ético social, más que el amparo de los bienes jurídicos concretos es el asegurar en los ciudadanos el permanente acatamiento legal ante los bienes jurídicos, es decir la fidelidad frente al Estado.

En opinión del profesor Cury, el Derecho Penal cumple con la misión de preservar los valores elementales sobre los que descansa la convivencia amenazando con una pena a quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico mediante la realización de una acción o incurriendo en una omisión inadecuada a sus prohibiciones y

mandatos. Por consiguiente, para la constitución del injusto penal, se requiere tanto del desvalor de resultado, como el desvalor de la acción.

Así mismo, el Derecho Penal por la naturaleza de las funciones que debe cumplir, constituye un sistema de control social. Su misión es obtener que los integrantes de la sociedad se comprometan de un cierto modo y no de otro, con el objeto de asegurar la convivencia pacífica. Esto es de solucionar los conflictos que se producen entre ellos, e impone su respeto sirviéndose de la amenaza de la pena o recurriendo a la medida preventiva. Pero el orden que defiende depende de las particularidades de la estructura social.

El Derecho Penal es un sistema de control social más enérgico, y a causa de ello, se ha impuesto la necesidad de formalizarlo para proteger al ciudadano contra los excesos de poder estatal. Sin embargo, existen muchos otros sistemas de control social informales, tan efectivos como el penal, pero en otros ámbitos.

*El profesor Cury, establece como objetos de la regulación del Derecho Penal: los hechos que son o pueden ser objeto de una de sus reacciones características; por la otra, las formas de reacción mismas. Las penas y las medidas de seguridad y corrección, las que se imponen, como consecuencias de la ejecución de un delito, de allí se desprende la teoría del delito, teoría de la pena, teoría de la reacción penal, y teoría de la reacción social.*

Los postulados de Beccaria, respecto de los atributos de la ley penal, son la prevención y la necesidad, son los pilares de los esfuerzos reformadores del Estado de Derecho. En este sentido, los límites propios del Derecho Penal surgen tanto de las consideraciones del Estado como tal, como de su configuración jurídico constitucional, distinguiendo entre límites materiales y formales, los materiales se refieren a la necesidad de intervención, la protección de los bienes jurídicos y la dignidad de la persona.

En relación a las funciones que cumpliría el derecho, dice el profesor Roberto Bergalli, varias han sido propuestas, entre las más usuales se habla del derecho como forma de *orientación social*, lo cual le atribuye a las reglas jurídicas una tarea de carácter organizativo, anterior al momento en que éstas deben intervenir cuando ya se hace necesario su empleo.

La concepción más tradicional de la pena ha sostenido la necesidad de asignarle la función de retribución exigida por la justicia, responde a la convicción de que un mal no debe quedar sin castigo, y el culpable debe encontrar en el derecho su merecido, fundamentándose en razones religiosas, éticas y jurídicas. La concepción retribucionista de la pena no ha sido seguida en forma estricta por la ciencia penal ni por las legislaciones, las que casi siempre han atribuido a la pena fines sociales de prevención, trascendentes a la sola función de realización de la justicia en si misma.

Mientras que las teorías absolutas o retributivas parten en su sentido estricto, de que la pena debe imponerse para realizar la justicia, sin consideración a otros fines de utilidad social, la teoría de la prevención, se designa como relativa por que sus necesidades son circunstanciales y asigna a la pena y al Derecho Penal la función de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Función utilitaria, que no se funda en principios éticos o religiosos sino en que la pena es necesaria para mantener ciertos bienes sociales, tiende a prevenir delitos futuros, contrariamente a la teoría retributiva que mira al pasado. La teoría relativa se bifurca a partir de Feuerbach 1775-1833 en prevención general y especial.

La lucha de escuelas que tuvo lugar a principios del siglo XX en Alemania, dio paso a una dirección ecléctica iniciada por Merkel, la que ha sido la opinión generalizada en ese país y en el nuestro, entendiendo que la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo que es la pena y que el Derecho Penal tiene una función de protección social.

El modelo punitivo ni siquiera resuelve los conflictos más graves como el homicidio según el profesor Zaffaroni. Se limita a imponer una pena, sin tener en cuenta las necesidades de la víctima, no será preferible por ejemplo que el culpable trabaje y pague a la familia de la víctima. El conflicto queda colgado por años hasta que se disuelve dice él, por que no se resuelve. Da lo mismo a la víctima y su familia en este caso, la gravedad de la pena que se impuso al culpable. Opinión con la que concuerdo absolutamente, salvo en cuanto a que existe una necesidad de los afectados de sentir que no hubo impunidad por el mal causado.

Según mi observador, los objetivos y fines del Derecho Penal dicen relación con mantener la paz social, mejorar la convivencia humana, permitir que se respeten los derechos humanos de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Para esto debe prevenir la comisión de hechos injustos que causen graves consecuencias a las personas o a la comunidad, promoviendo el derecho y lo negativo de los hechos considerados ilícitos, trabajando de esta manera en la transformación y educación de la sociedad.

En una segunda etapa, cuando los hechos injustos ya se han cometido interviene también el Derecho Penal, solucionando los conflictos producidos por éstos, permitiendo a las partes participar en un proceso en que se aclaren los hechos, se determine al culpable, se reconozcan los daños, se establezcan las necesidades de reparación y procure el restablecimiento de la víctima y comunidad al estado anterior a ocurrido los hechos, se tomen las medidas para lograrlo y para evitar la reincidencia del delito. Proceso penal que debe respetar las garantías del imputado y que debe procurar aportar a la víctima y comunidad, las medidas de seguridad necesarias para que no sienta temor y no vuelva a vivir esta experiencia traumática.

## IV

### Capítulo II

#### Nuevas tendencias del Derecho Penal

En tiempos de la primera guerra mundial (1914-1918), Europa se enfrascó en un período de afán expansionista, de totalitarismo y holocausto que desembocó en la segunda guerra mundial. En este contexto, se desplaza la responsabilidad criminal hacia el concepto de peligrosidad social y la ampliación del derecho a castigar del Estado, sustentado en la teoría del **Positivismo criminológico**, permitiendo adoptar medidas pre y post delictuales, provenientes de políticas autoritarias, que piden respuestas penales a la necesidad de orden.

##### 1.- La expansión del Derecho Penal

**La expansión del Derecho Penal**”, se vincula a una política criminal con tendencia a no respetar el “Derecho Penal Mínimo”, entendido como un esfuerzo vital por mantener la máquina pesada del Estado dentro de los límites racionales, fijados por un ordenamiento legal penal, de “última” o “extrema ratio”, acotado por los principios limitativos de fragmentariedad, subsidiaridad, proporcionalidad, culpabilidad, lesividad y otros postulados fundamentales.

**La expansión del Derecho Penal se vincula al Derecho Penal del Riesgo**, que es un conjunto de modificaciones al Derecho Penal para adaptarse al fenómeno de la sociedad del riesgo. La expansión del Derecho Penal, como medio de protección en la sociedad del riesgo, es advertida como una tendencia autoritaria. Silva Sánchez,<sup>12</sup> afirma que trae consigo la creación de nuevos tipos penales, agravación de los ya existentes, no respeto de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho Procesal Penal y creación de nuevos bienes jurídicos protegidos. La transformación de la “última ratio” en “prima ratio”, va del

---

<sup>12</sup> Silva Sánchez, op,cit. 4.

Derecho Penal mínimo en Derecho Penal máximo, promueve el desprecio a los principios y límites al “ ius puniendi”.

La “**expansión del Derecho Penal**” es un fenómeno que se presenta indisolublemente atado a la globalización. Según lo expresado por el tratadista **Silva Sánchez**,<sup>13</sup> la comunidad social exige al Estado otorgar seguridad demandándole un mayor y más intenso control penal. En otras palabras, el Derecho Penal se transforma en un mecanismo puramente simbólico, que sirve para dar la impresión a la sociedad de seguridad.

Co-existen hoy dos clases de ordenamientos punitivos, con dos modelos de Derecho Penal, uno liberal-garantista, otro menos garantista, más flexible y, por sobre todo más eficiente, denominado “**Derecho Penal de dos velocidades**”. El Derecho Penal clásico, se acepta en la “criminalidad cotidiana”, “tradicional”, como el hurto, el robo, el homicidio, la violación, etc.; pero es rechazado, por inoperante, por su carácter mínimo, de recurso extremo y subsidiario, como por su excesiva formalidad, en cuanto instrumento “eficaz” de lucha utilizable frente a los delitos de mafia, el tráfico internacional de personas o de drogas, la explotación de la pornografía infantil, entre otros.

Como señala **Prittwitz**,<sup>14</sup> la diferencia entre “viejo” y el “nuevo” Derecho Penal, está en que el nuevo Derecho Penal del control global, protege una mayor cantidad y diversidad de bienes y, además, los protege antes, es decir, se aprecia un **adelantamiento del Derecho Penal** en un ámbito previo a la lesión o daño del bien jurídico. Por lo tanto, la política criminal de los últimos años tendría un sentido más criminalizador que despenalizador, más “prima ratio” que “última ratio”, propone, en consecuencia, un Derecho Penal claramente “principal” en vez de “subsidiario”.

---

<sup>13</sup> Silva Sanchez “Eficiencia y Derecho Penal” ,ADPCP,T. XLIX N°1, 1996,pp.119-120.

<sup>14</sup> Prittwitz, op. Cit. 14,p. 45; Seelmann, Iuris, n°1, 1994, pp.274 y ss

El “núcleo básico” del Derecho Penal ha estado tradicionalmente constituido por lo que se considera “el injusto originario”, esto es, las conductas a cuya sanción se dirige de modo prioritario el instrumento sancionador; el “ámbito previo”, en cambio, estará configurado por los comportamientos en un estadio más distante del objeto jurídico.

## **2.- Derecho Penal de actos y Derecho Penal de autor**

Se dice, que un derecho penal es de actos cuando lo que en él se castiga son las conductas ejecutadas por el sujeto, con prescindencia de las características personales de este. Así, se sanciona “el homicidio”, la “violación”, el “robo”, la “injuria”, describiendo los hechos y no a las personas que los cometen o tienen tendencia a cometerlos.

El profesor Cury, dice que una personalidad defectuosa no es fundamento suficiente para la irrogación de un castigo. Sin embargo, la consideración del autor ha cobrado cada vez más importancia y se aplica la pena como reproche que se puede dirigir al sujeto, por su medio, formación, educación, salud psíquica y corporal, posibilidades de trabajo, etc.

Se debe castigar lo que el sujeto hace u omite hacer, no lo que es, sostiene el profesor **Künsemuller, inclinándose** por un derecho penal de acto, y no por un derecho penal de autor.

Según Silva Sánchez, sostiene que no habría ninguna dificultad para admitir un modelo de menos garantías dentro del Derecho Penal, siempre y cuando las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran privativas de libertad.<sup>15</sup> Esto es, en un sistema en el cual las sanciones se traduzcan, por excelencia, en penas pecuniarias y privativas de derechos, y también en la reparación del daño, alejadas de una privación de libertad.



### 3.- El Derecho Penal Simbólico

El Derecho Penal simbólico, sostiene **Silva Sánchez**, es “reactivo”, entendido como un Derecho transitorio y efectista, que busca dar ilusión general de solución a los requerimientos de seguridad y justicia imperantes, que sirve para calmar los espíritus, contener la ira y la indignación social. Es un Derecho Penal, propio de la “sociedad del riesgo”.

El “*ilusionismo penal*” de que habla **Tocara**, que actúa más que nada en el mundo de la imagen o la apariencia- “Derecho Penal Simbólico”- <sup>16</sup> .

**Manuel Cancio Meliá**, dice: “que como ha señalado *Hassemer*, los sostenedores del Derecho Penal simbólico, no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal.” <sup>17</sup>

El Derecho Penal simbólico, tan sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”. <sup>18</sup>

En la “parte especial” de este Derecho Penal simbólico, se plantean tipos penales en los que se criminalizan meros actos de comunicación, como, por ejemplo, los delitos de instigación al odio racial. <sup>19</sup>

#### El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena

El Derecho Penal simbólico, es el predominio que se produce en el Derecho Penal, de los efectos simbólicos sobre los efectos instrumentales.

---

<sup>15</sup> Silva Sánchez, op. Cit. 4, pp.115 y ss.

<sup>16</sup> Tocara, op.cit. 23.

<sup>17</sup> *Manuel Cancio Meliá*, trabajo publicado en: Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 57 a 102

<sup>18</sup> Silva Sánchez, Aproximación, (nota 6), p. 305.

<sup>19</sup> Jakobs, AT2, 1/4 y ss.; vid. también Baratta, ... Sánchez García de Paz, Anticipación (nota 2), pp. 90 y ss

De este modo, los efectos **instrumentales**, vinculados al fin o la función de protección de bienes jurídicos, tendrían capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los efectos **simbólicos**, por su parte, estarían conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales.<sup>20</sup>

El aprecio que se tiene por los efectos simbólicos es muy limitado, dado que no atienden primariamente a la protección de bienes jurídicos ni producen modificaciones del comportamiento. Así, varía su aceptación según la importancia que se atribuya a los fines o funciones preventivo generales de la pena.<sup>21</sup>

Por efecto instrumental, entenderíamos aquel que supone cierta modificación de los comportamientos humanos; consideraríamos efecto expresivo al que suscita emociones o sentimientos en las conciencias; y estaríamos ante un efecto integrador cuando se generan determinadas representaciones valorativas en las mentes. Los efectos simbólicos guardan una estrecha relación con los efectos expresivos e integradores.<sup>22</sup>

#### **4.- El Derecho Penal del Enemigo**

Esta teoría recoge posturas del pacto social de la sofística griega del siglo V a. C., de Pitágoras, Anónimo de Jámblico, Rousseau, parece reconocer como

---

<sup>20</sup> Silva Sánchez, pp. 304-306; id., "Eficiencia y derecho penal", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1996, pp. 119 y 120; Terradillos Basoco, "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", en varios autores, op. cit., nota 6, pp. 10 y 11, 15 y 16; Melossi, "Ideología y derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?", en varios autores, op., pp. 57, 62.; Bustos Ramírez, "Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico: medio ambiente", pp. 101, 107-109.

<sup>21</sup> Véanse Silva Sánchez, Aproximación..., cit., nota 6, pp. 306 y 307; Baratta, op. cit., nota 7, pp. 52-55; Melossi, op. cit., nota 7, pp. 62-64.

<sup>22</sup> Voss, op. cit., nota 6, pp. 1-4, 25-35, 39, 40-42, 77 y 78, 138 y 139, 194 y 206-208; Terradillos Basoco, op. cit., nota 7, pp. 11 y 15; Silva Sánchez, Aproximación..., cit. nota 6, pp. 305-307; Hassemmer, "Derecho penal simbólico...", cit., nota 6, p. 27.

“enemigos”, negándoles la condición de personas morales o de ciudadanos, a determinados delincuentes.

También *Kant* hace afirmaciones que apuntan a considerar a algunos individuos como enemigos, justificando que la mera circunstancia de encontrarse un hombre en estado de naturaleza le convierte en enemigo, y ello es suficiente para legitimar la *hostilidad*.

En el *Contrato Social*, **Rosseau**, hace consideraciones sobre el Derecho Penal en las que introduce el concepto de enemigo, que hoy resulta tan discutido en la dogmática penal. Precisamente alude a él al justificar la pena de muerte.

*Hobbes*, hace una división entre dos derechos penales: el Derecho Penal del Ciudadano y el Derecho Penal del Enemigo, fundado en que los enemigos son individuos que se encuentran en el estado de naturaleza, por lo que en un concepto actual, le faltaría seguridad cognitiva. El bien supremo del hombre es su propia existencia, y en el estado de naturaleza no está asegurada, sino en permanente peligro<sup>23</sup>.

En la doctrina, este Derecho penal del enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal.

El Derecho Penal del enemigo, es introducido en el discurso penal teórico actual por **Jakobs** en 1985, y desarrollado y perfilado con posterioridad por él mismo y por un sector de la doctrina alemana, como una manifestación del Derecho Penal *moderno*, tendencia expansiva que da lugar, a una ampliación de sus ámbitos de

---

<sup>23</sup> Reflexiones del profesor Carlos Pérez Del Valle, en su artículo sobre el “Derecho Penal del Enemigo” en torno a Hobbes y Rosseau.

intervención, flexibilizando los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho expresa<sup>24</sup>.

**Jakobs Günther**, en su obra «*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*», relativiza las garantías debidas por el Estado, mediante la recomendación de que no se atenga a ciertas ataduras, que describe, cuando resulte oportuno. El Derecho Penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho Penal de emergencia que rige excepcionalmente. Sus preceptos penales tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho Penal de ciudadanos<sup>25</sup>.

Para *Jakobs*, habría individuos que tendrían que ser diferenciados como enemigos, y esa diferencia se establecería con respecto a los ciudadanos, los cuales se regirían por derechos distintos.

Diferentes de los ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los enemigos. Estos son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran este déficit por medio de su comportamiento.

El tránsito de 'ciudadano' al 'enemigo' se iría produciendo mediante la reincidencia, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones contrarias al derecho.

---

<sup>24</sup> Luis Gracia Martín, revista electrónica de ciencia penal y criminología. Artículos issn 1695-0194, 2005. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo" .

<sup>25</sup> Jakobs, Günther, «*Estudios de Derecho Penal*», UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324

*Jakobs*, distingue entre *individuos* y *personas*. El individuo como tal pertenece al orden natural; La persona, en cambio, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social. Ser persona significa tener que representar un papel. Los enemigos, tampoco son personas y, por lo tanto, el Estado no puede ni debe tratarles como tales.

El Derecho Penal del enemigo se apartaría de los fines ordinarios del Derecho Penal, de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social. Se trataría más bien de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión.

En este Derecho Penal del enemigo, se renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho Penal de normalidad.

Una segunda característica del Derecho penal del enemigo sería la desproporcionalidad de las penas.

En el caso de los enemigos está justificado el daño desproporcionado, y no es necesario respetar el principio de subsidiariedad y de "*ultima ratio*".

**Doctrinas contrarias al Derecho Penal del enemigo** objetan; que el discurso del Derecho Penal del enemigo encuentra en el concepto de no-persona su justificación.

**El Profesor Silva Sánchez**, ha sostenido en sus diversas intervenciones sobre el tema<sup>26</sup>, que en el momento actual se están diferenciando dos "velocidades" en el marco del ordenamiento jurídico-penal: la **primera velocidad** sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, deben mantenerse de modo estricto los principios procesales clásicos. La

---

<sup>26</sup> Fuente, apuntes de Clase Magistral dada en conferencia organizada por el Ministerio de Justicia de Chile, 2006.

**segunda velocidad** vendría constituida tratándose de figuras delictivas nuevas, como los delitos contra; el medioambiente, informáticos, en que cabría flexibilizar de modo proporcionado esos principios y reglas del Derecho penal tradicional.

En tercer lugar estaría la **tercera velocidad**, en que determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas, frente al considerado enemigo. Un ejemplo de esto podría estar en el Derecho Penal antiterrorista español.

## **5.- El punitivismo**

Se advierte la existencia en el debate político de un verdadero "*clima punitivista*", incrementado cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal<sup>27</sup>, en posturas de derecha, que exigen al Estado, tolerancia cero con el delito y mayor seguridad ciudadana y a su vez en pretensiones de neo-criminalización, vinculadas a posturas de izquierda, en delitos de discriminación y en la que las víctimas son mujeres maltratadas, entre otros.

***El Derecho penal simbólico, el Derecho Penal de autor y el punitivismo mantienen una relación fraternal. Surgiendo de su unión: el Derecho penal del enemigo.***

## **6.- Derecho Penal de la Democracia v/s seguridad pública**

Algunos puntos mínimos de consenso a los que se debe llegar para delinear un nuevo modelo de Política Criminal integral:<sup>28</sup>

- Ante todo reconocer que la misión del Derecho Penal en estos momentos es modesta, porque el fenómeno criminal trasciende sus fundamentos, ya

---

<sup>27</sup> Cancio Meliá, en: Jakobs/Cancio Meliá, Conferencias (nota 13),pp. 131 y ss, 135 y ss.

<sup>28</sup> Fuente, apuntes de clases de Magíster de Derecho Penal Sustantivo y Procedimental, Universidad Central, que citan a Berdugo Gomez de la Torre y Nieves Sanz Mulas

que sólo con una concepción interdisciplinaria del mismo se puede realizar una efectiva prevención.

- La política criminal, va a ser el lugar de desarrollo de una propuesta integral sobre un determinado fenómeno criminal, porque se encargará de seleccionar los instrumentos idóneos para prevenirlo, bajo el principio de subsidiariedad.
- Concebir el delito desde el prisma más amplio de la política criminal, permite verificar la respuesta penal, dando lugar a propuestas distintas según cada tipo de fenómeno criminal.
- La propuesta integral de Política Criminal, en la que se incluye la propuesta penal, como uno de los tantos instrumentos de prevención, debe ser verificada en la realidad.

Frecuentemente la doctrina ha identificado la pena con el Derecho Penal, lo que impide encontrar en éste, soluciones al conflicto penal más humanas e integrales, limitándose a abordar esta amplia ciencia desde paradigmas represivos, retributivos, abolicionistas, preventivos (especial o general), funcionales o simbólicos, teniendo como parámetro sólo a la pena. Evitando considerar el objeto de esta disciplina como la búsqueda de solución al conflicto penal.

### Capítulo III

#### Una Justicia de Alternativas

Recién comienzan a aparecer, según mi parecer, con el **Doctor Albin Eser**, en su artículo “Una justicia penal a la medida del ser humano” una visión más humana e integral del Derecho Penal.

A su propuesta de arbitraje e indemnización de perjuicios como medio para solucionar conflictos penales, le faltaría según mi consideración, incorporar el **proceso** por el que deben pasar las partes como protagonistas en la solución de su conflicto, el que debe tratarse de una especial metodología, que contemple la participación de las partes, su protección y cuente con las herramientas necesarias para reparar a la víctima y reconciliar socialmente al ofensor.

El **Doctor Albin Eser**, pretender esbozar un "sistema de justicia a la medida del ser humano", no sólo, dice él, en relación a los presupuestos materiales de la punibilidad y la sanción, sino también en lo concerniente al proceso penal “¿necesitamos - tanto el ser humano, como la sociedad o el Estado - la justicia penal?, se pregunta, y si así fuera, ¿cómo debería configurarse ésta para que se adecue de la mejor manera posible a la persona?”<sup>29</sup>,

Parte considerando, hasta qué punto se precisa la intervención de una instancia superior (como el propio Estado) en lo concerniente a la resolución de los conflictos interpersonales e infracciones jurídicas. Se cuestiona si **no sería posible restringir la actuación estatal a la indemnización de daños y perjuicios y al arbitraje del conflicto**. En el supuesto de que fuera imprescindible una sanción más intensa, se pregunta si, y en qué medida, la **sanción debe ser específicamente jurídico-penal, lo que nos** conducirá finalmente a la problemática de los fines de la pena.



Sostiene este autor que: en primer lugar: la protección y el respeto por el *ser humano* deben erigirse en piedra angular también en lo relativo a la concepción y construcción del Derecho Penal y procesal penal.

En segundo lugar: el ser humano tiene que ser objeto de contemplación no sólo como individuo sino simultáneamente como *miembro de la comunidad humana*. Precisamente a partir de este hecho se derivan limitaciones inmanentes a su libertad.

En tercer lugar: allí donde sea preciso que el Estado se haga cargo de la función de protección del ser humano y en definitiva de la humanidad, no debe perderse de vista el carácter básicamente *subsidiario* y de *servicio* de aquél. El Estado no puede llegar a erigirse en fin de sí mismo sino que, por el contrario, debe orientarse siempre a la protección de la persona y al bienestar de la sociedad humana a la que sirve.

A la pregunta de si el derecho penal es realmente necesario, o de si no sería mejor sustituirlo por otros instrumentos como el arbitraje del conflicto o la indemnización de daños y perjuicios, responde esta doctrina, que no puede prescindirse de alguna clase de moderación institucional, mediación y en casos extremos de un arbitraje del conflicto, ni de una ejecución coactiva, ni la compensación, en caso necesario.

Esta doctrina sostiene, que cuando se priva al autor y a la víctima de forma absoluta de la posibilidad de resolución del conflicto, trasladándose dicha capacidad resolutive a una instancia superior, e imponiéndose, además, esta vía como solución general para evitar casos similares, se produce indefectiblemente una despersonalización del conflicto.

En la imposición de un mal adicional se esconde el germen que conduce hacia evoluciones erróneas, dice este autor. Cuanto menor es el protagonismo de la

---

<sup>29</sup> Doctor Albin Eser, en Nuevos Horizontes en la ciencia Penal, editorial Belgrano, 1999.

reparación inmediata del daño entre autor y víctima y mayor la importancia que se otorga a la imposición de un mal adicional, mayor será también el grado de despersonalización del conflicto subyacente.

Por muy importante que pueda resultar en ciertas ocasiones semejante neutralización, sin embargo ocurre con frecuencia que se alcanza únicamente una solución externa y se aumenta la distancia entre el autor y la víctima: el autor se ve a si mismo como responsable únicamente frente a la instancia superior, mientras la víctima se siente abandonada a su suerte con su daño.

Siguiendo esta argumentación fácilmente puede llegar a instrumentalizarse a la víctima concreta en aras de la protección de la institución general de la propiedad, alejándose aún más al autor de la víctima individual y con ello debilitándose en mayor medida su responsabilidad como ser social.

Ante todo, en cualquier clase de sanción que vaya más allá de la mera compensación, se constata la ausencia de un criterio suficientemente claro que permita determinar la modalidad de mal adicional a imponer:

**El tipo de sanción jurídico-penal:** Los problemas ya señalados, se hacen más patentes, sostiene esta doctrina, cuando se da el paso hacia una sanción específica del tipo *penal*. Es ahora cuando, hace su aparición en escena el Estado, concentrando totalmente en sí mismo el monopolio decisorio y sancionatorio, por lo que la transgresión jurídica se transforma de interpersonal en pública. Esto resulta problemático, en la medida en que el Estado transforme su potestad punitiva en fin en sí mismo.

Más aún, cuanto más se valoran los bienes jurídicos y más se entiende su perjuicio como un ataque al Estado mismo, mayor es el peligro a que se expone el Derecho Penal de aparecer como ejecutor de una aparente "justicia superior". En

el que el conflicto individual entre autor y víctima pasa a entenderse - ya casi exclusivamente - como excusa para el ejercicio del poder punitivo del Estado y no ya como una auténtica herida social, que debe sanarse.

### **Pasos en falso en el proceso penal según esta doctrina**

Cuanto más incisivos sean los instrumentos de investigación en la persecución penal, mayor será, a su vez, la necesidad para el acusado de garantías protectoras ante posibles abusos de poder de los órganos estatales. Por ello, resulta perfectamente comprensible que, paralelamente al desarrollo de un derecho sancionador en forma de penas, se haya creado también un proceso penal separado del civil. Proceso que ha degradado progresivamente al acusado y excluido casi totalmente a la víctima.

Parece acertada la opinión del profesor Albin Eser, al considerar como dañino, de cara a una resolución del conflicto "a la medida del ser humano", la separación del proceso penal y civil – imposibilitando dar una respuesta integral y simultánea en el tiempo al hecho como perturbación social.

Evoluciones erradas, dice esta doctrina, llevan a la conclusión de que "la pena es inefectiva e inhumana" y que debería en consecuencia **abolirse** del derecho penal, teoría que parece no completamente seria, dado que la misma aspira a buscar "alternativas a la pena" y no a una abolición radical del Derecho Penal.

### **Orientación de la sanción hacia el ser humano desde la óptica de la doctrina de justicia de alternativas**

No cabría, según esta doctrina, justificar la pena únicamente en cuanto instrumento de realización de la justicia como tal, En primer lugar, debe procurar al individuo la reparación del daño de sus derechos lesionados; en segundo lugar, debe orientarse, a su vez, a la estabilización de las esferas de protección y los límites de la libertad perturbados por el hecho, de cara al restablecimiento de la

paz social; y en tercer lugar, tanto influyendo en el transgresor individual, como, en cuarto lugar, en el resto de miembros de la comunidad jurídica.

Regulativo e instrumental, debe procurarse antes de nada la satisfacción de la víctima, desde un principio de auténtica **resolución del conflicto jurídico**. La *pena presupone la reparación del daño*, la configuración de la pena no puede imposibilitar la reparación aludida. Las penas de multa deben dirigirse en primer lugar a la indemnización de daños y perjuicios de la víctima, y las penas privativas de libertad deben ejecutarse de tal forma que estimulen en lo posible la reparación del daño a la víctima.

No debe permitirse la sensación de impunidad ante la violación de la norma. Esta *estabilización de la norma* será tanto más efectiva cuanto mayor sea la celeridad y publicidad con que se lleve a cabo el acto sancionador.

Tampoco la retribución puede constituir un fin, sino únicamente un principio regulador del poder punitivo del Estado. Más bien debe poder justificarse la sanción como un plus respecto de la indemnización de daños y perjuicios, en cuanto que se dirija a la prevención futura de los delitos. El Derecho Penal sería, en este sentido, en primer lugar un derecho dirigido a un fin.

Sólo debe permitirse la actuación de los órganos estatales en la medida en que no quepa esperar de los directamente interesados una resolución equitativa del conflicto y una solución adecuada. El procedimiento de tipo inquisitorio debe ser sustituido por un procedimiento de partes. Los Derechos Humanos no ya como limitaciones del poder estatal impuestas desde fuera, sino como *elementos constitutivos inmanentes* a las relaciones interpersonales.

### **La participación de legos en la justicia penal**

Parece justificado entontes lo que sostiene la doctrina sustentada principalmente por el Doctor Albin Eser, desde una perspectiva que valora a la persona por sobre

el Estado, se intenta ante todo hacer más patente el elemento interpersonal en los conflictos sociales y en su resolución. Ya no se trataría únicamente del Estado distante a través de jueces técnicos, sino de personas comunes quienes - a modo de jueces legos - se afanen en la lucha por la resolución equitativa de los delitos cometidos y también por evitarlos en el futuro.

## **Conclusiones**

Después de un análisis de las doctrinas y principios tradicionales y las evoluciones que ha ido desarrollando el Derecho Penal, en mi opinión, cuando se habla de tendencias del derecho penal expansivas, del derecho penal del enemigo, del derecho penal de autor y del acto, entre otros, se está confundiendo el Derecho Penal con la pena y su aplicación, dejando de lado sus fines.

Debiéramos buscar en el Derecho Penal, además de los tópicos hasta hoy impulsados, la solución de un conflicto penal y la reparación de los daños causados, mediante la incorporación de sistemas colaborativos de resolución de conflictos, teniendo al ser humano como eje central, como sostiene la doctrina que ha desarrollado la justicia de alternativas.

Años de estudio, reflexión y elaboración de teorías sobre los fines de la pena, se acercan a la conclusión que la pena no es la solución al conflicto penal, al menos no como una forma de prevención general o especial. El delito o el conflicto penal son realidades con las que tenemos que convivir. El conflicto es propio de la interrelación social de los seres humanos, por lo cual nunca va a desaparecer y por tanto debemos encontrar la mejor manera de convivir con él.

Entonces, debiéramos orientarnos a un tipo de justicia penal, en que la sociedad representada por el poder público, sin perjuicio de su labor educadora y preventiva frente al delito, permita que las partes participen activamente en la solución del conflicto que le es propio, facilitando instancias protegidas para estos efectos, a la

víctima e imputado y responsabilizándose como sociedad de ofrecerles alternativas reparatoras y de integración social.

Efectivamente, para contar con una protección a los bienes jurídicos, necesitaríamos hablar de una nueva concepción de Derecho Penal, mirarlo desde una perspectiva de intervención más amplia, entendiéndolo no solo como un medio de amedrentamiento social para la disuasión delictual y retribución del mal causado a través de las penas, sino que como una forma de prevención y solución de conflictos individuales y colectivos y una reparación a la víctima y sociedad por el daño causado por el delito, que permita una modificación de la conducta futura del ofensor, a través de una transformación en su forma de entender el delito.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

En este capítulo analizaré la justicia restaurativa como una opción a la solución del conflicto penal y una alternativa más digna a la pena restrictiva de libertad.

#### **1.- Concepto de Justicia Restaurativa**

Uno de los conceptos más aceptados es el de Tony Marshall, que la define como “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un interés en un delito en particular, resuelven de forma colectiva la forma de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”.<sup>30</sup>

Este concepto incorpora nuevos actores en el conflicto penal, (familia, sociedad y comunidad) y permite a las partes participar activamente en la resolución del conflicto, mediante el dialogo y la deliberación.

A esta definición se le ha criticado que se centra mucho en el proceso y poco en los resultados o reparación del daño.

Baxemore y Walgrave la definen como “toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito”<sup>31</sup>

Este concepto distingue distintos niveles: ¿cuál es el daño causado por el delito?, ¿quién debe considerarse como víctima del delito?, ¿Cómo puede este daño ser restaurado o reparado? ¿qué es la justicia y cómo puede obtenerse?

Se discute, si el proceso voluntario, de la justicia restaurativa puede coexistir con la fuerza coercitiva del proceso judicial, en el ámbito de la reparación. La mayoría

---

<sup>30</sup> Marshall, Tony, Restorative Justice, An Overview. 1999.

<sup>31</sup> Bezemore, Gordon, Walgrave, Lode: Restorative Juvenile Justice, 1999, pág 48.

de los autores creen que es necesario que esta forma de justicia esté inserta en el ámbito judicial, para efectos de hacer obligatorio su cumplimiento, ya que de otra manera quedaría relegada a un sistema marginal al sistema penal.

Un tercer concepto, muy difundido y aceptado internacionalmente de justicia restaurativa es el de Van Nessy Strong, quienes la definen en base a los valores que subyacen a los procesos y resultados restaurativos, distinguiendo entre cuatro valores.

**Encuentro:** entre las partes y su comunidad de cuidado, para que exista una narrativa desde la perspectiva de cada una de las partes. Que las partes muestren sus emociones durante el encuentro y que exista entendimiento mutuo, con escucha activa y empatía.

**Reparación:** reparar el daño causado primero a la víctima concreta y después a la sociedad.

**Reintegración:** se refiere tanto a la víctima como al autor del delito, que se inserten nuevamente como personas integras en la comunidad.

Y finalmente, **Participación:** oportunidad de las partes de involucrarse activamente en todas las etapas del proceso en forma voluntaria.

### **La filosofía en que se basa la justicia restaurativa**

La justicia restaurativa, representa el respeto experimentado y recíprocamente asegurado de la dignidad humana en cualquier persona y en cualquier circunstancia, y frente a cualquier riesgo que nos exponga su defensa.

Se basa en la convicción de que el conflicto tiene tres caras y una de ellas es la sociedad que debe responsabilizarse en el proceso de justicia que no sólo pertenece a la víctima, al victimario, o al Estado como ente regulador, sino también pertenece a la comunidad toda.



Las comunidades y sus miembros deben asumir responsabilidades en relación a los factores económicos, sociales, morales, que contribuyen al conflicto. Es así como la justicia restaurativa no privatiza ni estatiza el conflicto y tampoco lo entrega sólo a la comunidad. Sitúa a estos actores (poder ejecutivo, judicial, comunidad, víctima y victimario) en un equilibrio de poderes y obligaciones respecto al delito, sus orígenes y consecuencias, formando una red colaborativa.

El modelo de justicia restaurativa no es una nueva práctica. En las sociedades pre Estado, la trasgresión de una norma social generaba reacciones tendientes al reestablecimiento del equilibrio y la búsqueda de una solución que reintegrara rápidamente al agresor.

## **2.- La historia y el concepto de la Justicia Restaurativa**

Cuatro son los movimientos precursores que configuraron las bases para el concepto de justicia restaurativa: el movimiento crítico de las instituciones represivas ocurrido entre los años sesenta y setenta; el de las víctimas; el de la “comunitarización”<sup>32</sup> y el de descolonización en los países formados durante un proceso de colonización<sup>33</sup>.

Deriva del aporte del psicólogo Albert Eglash, quien en 1958, definió la “restitución creativa” como “la técnica de rehabilitación en la cual se ayuda a un delincuente, bajo supervisión adecuada, a encontrar la manera de efectuar una compensación a las personas que él ha lastimado por su ofensa”. Dicho aporte sentó las bases para la formulación de una teoría completa respecto a la justicia restaurativa.

Los comienzos de la justicia restaurativa, se conocen como una práctica, de las comunidades originarias, sobre todo de las indígenas, que aplicaban esta forma de justicia como una manera indispensable de reintegrar al ofensor a la comunidad y reparar los daños causados a la víctima y a la comunidad. Los

---

<sup>32</sup> Mylene Jaccoud., ponencia Justicia Restaurativa, em Foro Iberoamericano, Chile, 2005.

<sup>33</sup> Justicia Restaurativa.

primeros pasos como proceso formal se conocen en Nueva Zelanda, en este último país, se identificó con la entrada en vigencia de una ley para niños, jóvenes y sus familias en 1989.

El país se encontraba en búsqueda de nuevas fórmulas de administrar la responsabilidad penal juvenil y adoptó objetivos y procedimientos coincidentes con los principios de justicia restaurativa que fueron aplicables a los casos de conducta delincencial de los adolescentes entre 14 y 17 años. Vislumbrado el éxito de esta nueva metodología, en 1991 el comité consultivo de los tribunales recomendó extender la aplicación de las Conferencias del Grupo Familiar al sistema de justicia penal con adultos jóvenes, entre 17 y 20 años. Actualmente también se aplica a la justicia penal adulta, con algunas variantes, como son la Conferencias comunitarias<sup>34</sup>.

Un país líder en la incorporación de la justicia restaurativa a la legislación penal, es Canadá, quien, además logra multiplicar exitosos programas de justicia restaurativa, inspirados en el denominado “experimento Kitchener”, en 1974, que sucede en Ontario, desarrollado por miembros de la Iglesia Menonita, en conjunto con funcionarios de libertad vigilada y jueces, los que lograron que dos jóvenes delincuentes, en vez de cumplir una pena de cárcel, repararan los daños causados por su vandalismo callejero a 24 familias.

En 1993, el profesor belga Walgrave, propone integrar en una clasificación de justicia a la justicia restaurativa. Según él, la justicia se puede clasificar en tres tipos: retributiva, rehabilitadora y restaurativa. El punto de referencia en cada uno es muy distinto. En el primero es el crimen, en el segundo el delincuente, y en el tercero el daño. Los medios utilizados en cada modelo también difieren; mientras que el retributivo utiliza la imposición de sufrimiento, el rehabilitador aplica el

---

<sup>34</sup> Se denominan conferencias comunitarias al encuentro del victimario es con una víctima sustituta, no la real y en la reparación no participa la familia del acusado sino la comunidad.

tratamiento y el restaurativo la restauración. Los objetivos son también distintos en uno u otro.

Se podría definir la justicia restaurativa como: “cualquier acción individual o colectiva que tiene como objetivo la restauración de las consecuencias de un crimen o de un conflicto, la resolución del mismo o la reconciliación de las personas afectadas por él” <sup>35</sup>.

### **3.- Objetivos de la justicia restaurativa**

¿Cómo se puede aceptar la pretensión de un sistema, como el penal, de responder con los mismos instrumentos y los mismos procedimientos, a conflictos de tan vasta heterogeneidad?

Frente a esta interrogante, la justicia restaurativa se propone como una alternativa de respuesta al conflicto penal, sosteniendo que los modelos de justicia restaurativa, no pretenden ser un arreglo rápido al crimen y a la violencia, sino que tiene como objetivos; prevenir el delito, evitar la reincidencia y permitir un encuentro de la víctima con el ofensor, donde este último se haga responsable por sus acciones, reconozca el daño causado y repare tanto social como individualmente a la víctima.

En América Latina algunos entienden la justicia restaurativa como una alternativa al proceso penal enfocándola con un criterio de oportunidad de reparación.

La protección, reparación y reconocimiento de la víctima en su dolor, es uno de los objetivos que pretende lograr este tipo de justicia, promoviendo que la sociedad ofrezca medios para esta reparación, logrando de esta manera una justicia más humana.

---

<sup>35</sup>Idem cita anterior de Mylene Jaccoud.

Así mismo, se le asigna como objetivo a la justicia restaurativa, la de reparación, curación, rehabilitación del delincuente, su responsabilización y la prevención de futuros conflictos en el que éste se pueda ver involucrado.

Finalmente, se le asigna como fin a esta justicia, la participación del ciudadano en la lucha contra la criminalidad, entre otras.

#### **4.- Principios que guían las prácticas de la justicia restaurativa**

Las prácticas de la justicia restaurativa, deben ser construidas por medio de políticas públicas coordinadas, con la participación del poder público, de la sociedad civil y de los organismos internacionales ligados a los derechos humanos.<sup>36</sup>

Especialistas de Brasil, Chile, Argentina, Canadá y Nueva Zelanda suscribieron una declaración de principios y valores de solución alternativa de conflictos y justicia restaurativa, llamada “Carta de Brasilia”, la que destaca 18 principios que deben regir las prácticas restaurativas y sus respectivas políticas. Estos principios son:

1. Dar a conocer las experiencias de prácticas restaurativas y los procedimientos en que se desarrollan
2. Respetar la autonomía y voluntariedad de los participantes de estos procesos en todas sus fases
3. Promover el respeto mutuo entre los asistentes a los encuentros
4. Fortalecer la co-responsabilidad activa de los participantes
5. Atender a los involucrados considerando sus necesidades y posibilidades<sup>37</sup>
6. Buscar la implicación de la comunidad basada en la solidaridad y cooperación

---

<sup>36</sup> Fuente; conclusiones de la Conferencia Internacional “Acceso a la Justicia por Medios Alternativos de solución de conflictos”, realizada en junio de 2005, en Brasilia, por la Secretaría de la Reforma del Judiciario, en conjunto con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

<sup>37</sup> Por ejemplo en Brasil, las personas que no tienen la condición financiera de responder pecuniariamente cuentan con programas focalizados de justicia restaurativa.

7. Desarrollar el carácter interdisciplinario de la intervención
8. Atender las particularidades socioeconómicas y culturales entre los participantes y la comunidad, con respeto a la diversidad
9. Garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos de quienes asisten al proceso
10. Promover relaciones igualitarias y no jerárquicas
11. Que la justicia restaurativa sea una expresión participativa propia del Estado democrático de derecho
12. Que la facilitación sea realizada por personas debidamente capacitadas en los procesos restaurativos
13. Respetar el derecho al secreto y confidencialidad de toda la información del proceso restaurativo
14. Propender a la integración con la red de políticas sociales en todos los niveles
15. Desarrollar políticas públicas integradas
16. Interactuar con el sistema de justicia, sin perjuicio del desarrollo de prácticas con base comunitaria
17. Promover la transformación de patrones culturales y la inserción social de las personas involucradas; y
18. Monitorear y evaluar continuamente las prácticas desde la perspectiva de los intereses de los usuarios internos y externos.

## **5.- Análisis de la Justicia Restaurativa en el sistema penal**

Conviene analizar la justicia restaurativa, considerando tres perspectivas: la definición de crimen que lleva implícita, las fronteras que la enmarcan y sus objetivos o finalidades.

Si se revisa el concepto de crimen asociado a ella, es posible constatar que hay quienes lo consideran una interrupción de la convivencia social, otros como conflicto y algunas tendencias más recientes fusionan el carácter transgresivo del acto con las consecuencias que éste genera.

Se dice que el sistema penal no es apto para proporcionar las defensas más eficaces de los derechos humanos, por el hecho de que su intervención está estructuralmente limitada a la formulación de respuestas sintomáticas a los conflictos, es decir, a una respuesta a los conflictos en el lugar y en el momento en que éstos se manifiestan dentro del sistema social.<sup>38</sup>

En cuanto al principio general de prevención del sistema penal, ofrece una indicación política fundamental para una estrategia alternativa de control social. Se trata de desplazar, cada vez más, el énfasis puesto en las formas de control represivo hacia formas de control preventivo.

La justicia restaurativa puede dar respuesta en parte a un sistema preventivo en materia penal, especialmente cuando es aplicada en el ámbito escolar y comunitario. Cuando se aplica en materia penal, también provoca un efecto preventivo, de naturaleza más bien especial, esto es referido al ofensor y su entorno cercano.

**El ámbito de aplicación de la justicia restaurativa**, puede implicar procesos realizados sin ninguna referencia al sistema de administración de justicia, aplicada en colegios y lugares de trabajo, para resolver conflictos comunitarios. En segundo lugar, dichas prácticas pueden ser llevadas a cabo de manera paralela a un proceso judicial o al cumplimiento de la pena, sin que este modelo de tenga un efecto potencial sobre las decisiones judiciales o administrativas del caso. En tercer lugar, la justicia restaurativa se puede desarrollar en procesos vinculados estrechamente al manejo de casos por parte del sistema de administración de justicia.

---

<sup>38</sup> BARATTA, Alessandro (1987): *Notas para una teoría de la liberación*, en "Poder y Control", II, 1, ps. 107-119.

Lo importante es que la justicia restaurativa puede ser reforzada sin afectar algunas especiales funciones retributivas de las que el sistema penal no puede prescindir, pues ella cumple una doble función: una de complementariedad, agregada al sistema retributivo y una sustitutiva, en la medida que sirve para reemplazar la aplicación del sistema retributivo en aquellos casos que sea adecuado hacerlo.

## **6.- Beneficios de la Justicia Restaurativa**

Como beneficios de la Justicia Restaurativa en el proceso penal encontramos que; Permite desjudicializar y destinar estos recursos focalizadamente.

Equilibra la compensación restaurativa y retributiva que merece el delito.

Esta nueva concepción ofrece mayores oportunidades para iniciar un proceso educativo y socializante; porque frente a la víctima, el infractor asume más responsabilidad y se enfrenta a lo dañino de su acción. La víctima por su parte, es acogida en su dimensión individual, en su afectación personal.

La participación del ciudadano en la lucha contra la criminalidad, desarrolla la habilidad personal de resolver conflictos de manera no violenta, disminuyendo la probabilidad de reincidencia y aportando a prevenir el delito, según se ha comprobado en países donde desde hace años se viene trabajando con formas de resolución colaborativa del conflicto penal. Aspecto que intentaré demostrar más adelante, con la evaluación estadística de reincidencia en personas que han pasado por este tipo de proceso y recogiendo percepciones de quienes vivieron esta experiencia.

La justicia restaurativa, contempla la reparación económica, social, moral, de la víctima por parte del ofensor y sociedad, proporcional al daño causado con el delito, que la reintegre al estado en que se encontraba antes de este, restaurando

el quiebre causado en la vida de la persona con el hecho ilícito y entregándole la sensación de haber sido reparada de una forma que estime satisfactoria a sus necesidades

La reparación debe ser proporcional al daño, puede ser material, moral y simbólica, debe ser suficiente de acuerdo a las necesidades de la víctima, debe proceder con la expresa voluntad de la víctima y esta debe participar en su determinación.

El profesor Baratta, al referirse al *principio de proporcionalidad concreta* o adecuación del costo social, expresa que es un hecho que la intervención penal en los conflictos interpersonales habitualmente en lugar de ayudar a su solución se los agrava.

Otro valor agregado al resultado de un proceso restaurativo, se configura por los dichos de la víctima, de sentirse reparada y no dañada, lo que promueve en el resto de la comunidad una sensación de mayor seguridad.

La participación de la víctima en el proceso, es otro beneficio de la justicia restaurativa, permite la incorporación de la víctima en el proceso de evaluación de los hechos, siendo informada de sus derechos y razones por lo que ocurrieron los hechos, permitiéndole explicar su angustia, sus necesidades y la forma de reparación que requiere.

Al expropiarle el Estado el conflicto y aparecer la víctima solo como testigo en un acto que la afecta seriamente, no permitiéndosele sentirse tratada como principal actora en una justicia más humana, que le devuelva su dignidad perdida, le permita volver a creer en que no es merecedora de la lesión, y que tiene derecho a ser respetada en su integridad.



Otro aporte del proceso restaurativo es el contar con la riqueza de un equipo interdisciplinario, por ejemplo de; un psicólogo, asistente social y abogado, que permite a la víctima y al ofensor reconocerse como tal, siendo duros con el daño y la acción y considerados con las personas, permitiendo una reparación a la víctima que efectivamente sea significativa y al imputado encontrar una forma social de reparar a la comunidad mediante trabajo comunitario, pagando a la víctima una indemnización o reparaciones simbólicas y morales que le permite reintegrarse a su vida anterior.

### **7.- Requerimientos de la aplicación de la Justicia Restaurativa**

Los desarrollos en Nueva Zelandia y Brasil, indican que las prácticas restaurativas requieren avances complementarios en la comunidad, en las políticas públicas, las leyes y en la formación de los funcionarios del sistema de administración de justicia.

Las prácticas de la justicia restaurativa deben surgir desde las necesidades de una comunidad o sociedad en particular y funcionar en una forma que ella encuentre comprensible y útil.

La justicia restaurativa no es una innovación que el sistema de administración de justicia pueda emprender sólo, ni desde su posición de autoridad, o para servir a los fines del sistema mismo, sino que requiere de un sinnúmero de redes de actores sociales para contribuir a la paz social.

### **8.- Comparación entre justicia distributiva y justicia restaurativa**

Una comparación de estos dos sistemas, pasa según mi opinión, por reflexionar sobre cuales son los fines del Derecho Penal y si consideramos la pena como su única herramienta válida para cumplir sus fines.

Frecuentemente se identifica la pena con el Derecho Penal, lo que impide encontrar en esta disciplina, soluciones al conflicto penal más cercanas a las necesidades de la humanidad, limitándose a abordar el Derecho Penal desde paradigmas represivos y retributivos.

La justicia como tal, no representa un fin en sí mismo, sino que constituye un instrumento que debe procurar al individuo la reparación del daño de sus derechos lesionados; estabilización de las esferas de protección y los límites de la libertad perturbados por el hecho, de cara al restablecimiento de la paz social; El derecho, debe procurarse antes de nada la satisfacción de la víctima, desde un principio de auténtica **resolución del conflicto jurídico**.

*La pena presupone la reparación del daño*, la configuración de la pena no puede imposibilitar la reparación aludida. El procedimiento de tipo acusatorio debe ser complementado y en algunas situaciones sustituido por un procedimiento de partes, puesto que la víctima no puede quedar absolutamente al margen del proceso penal, sustituida en su función por el fiscal. Así mismo, el hecho de plantearse como penas accesorias una multa a beneficio fiscal, por ejemplo en el caso del delito de violencia intrafamiliar, aunque se trate de invertirla en Centros de Protección a la Víctima, es una muestra más de que los resultados del proceso no están orientados a la víctima, dado que de ser así, la multa debiera ser una indemnización a favor de la víctima y su familia.

La teoría retributiva de la pena sólo ha contribuido a aumentar el delito, al requerir como remedio sólo aumentar las dosis de droga para mantener la enfermedad controlada, aumentado los costos de la administración de justicia, del sistema carcelario y fomentado la escuela del delito y rencor. Frente a la crisis de la concepción rehabilitativa de la pena, la idea no es orientarse necesariamente en la teoría abolicionista ni sólo utilitaria, sino que vincula la salida alternativa a la educación y a la apropiación del conflicto por las partes.

Algunos autores como Ulf Christian Eiras, sostiene que para hacer una comparación entre el modelo tradicional de justicia distributiva y la justicia restaurativa, hay que partir del concepto de delito. “El sistema tradicional según su descripción legal es entendido como una infracción a la norma, que es expresión del poder soberano. En cambio desde la mirada de la justicia restaurativa, el delito es un conflicto social, una incompatibilidad de conductas, percepciones, objetivos y afectos entre individuos o grupos, un proceso interaccional antagónico en el que predominan las vías agresivas para el logro de los objetivos”.<sup>39</sup>

El delito entendido de esta manera incorpora elementos distintos a la postura criminológica, tales como, el ejercicio del poder, el discurso, los afectos, los grupos sociales a los que pertenecen las partes y un proceso dinámico, lo que posibilita al contrario de la perspectiva retributiva un tratamiento integrador.

Este autor expresa que otro de las características que distingue a ambos sistemas es la responsabilidad; dado que en el sistema tradicional la responsabilidad por las conductas es individual, en cambio en el modelo restaurativo sin dejar fuera la responsabilidad individual, se considera también las circunstancias, la historia, las interpretaciones, el entorno, los grupos de poder, sin dejar de considerar también que los roles de víctima y victimario pueden considerarse roles intercambiables en algunos aspectos. Se trabaja entonces teniendo en consideración la socialización de las responsabilidades.

Los protagonistas son distintos en estos dos sistemas, mientras en el tradicional es el Estado y el infractor, en el restaurativo es trascendental la participación de la víctima, el ofensor y otros actores que pueden ser parte del conflicto, teniendo el Estado un rol sólo de proveer el ámbito y los medios necesarios para que las partes resuelvan su conflicto en forma segura, garantizando los derechos constitucionales de cada parte y resguardando el interés colectivo.

---

<sup>39</sup> Cita de Ulf Christian Eiras N. , Mediación penal de la práctica a la teoría, Ed. Histórica, año 2004. Hace referencia a definición hecha por Suares Marines, Mediación, conducción de disputas, ed. Paidós, Buenos

El sistema tradicional aplica un modelo adversarial, en que han sido formado los jueces y abogados y todos los operadores jurídicos, poniendo como contrincantes a la víctima y al ofensor, sin perjuicio de su preocupación por la víctima y su protección, la recuperación del delincuente, la reinserción social, esto aspectos sólo los trata como un quiebre y no en toda su integridad como ser humano. En cambio en la justicia restaurativa se hace un reconocimiento del daño causado por el delito, se intenta el arrepentimiento del ofensor, el perdón voluntario de la víctima, la reconciliación entre las partes, pero esencialmente entre la víctima y la sociedad y el ofensor y ésta. De esta manera se reconstituye los lazos de la víctima y del ofensor con la comunidad.

El hecho de potenciar y promover la satisfacción de las necesidades e intereses de la víctima, posibilita la coincidencia de sus necesidades con el proceso penal, los que no siempre se encuentran representados por el Ministerio Público y tampoco le permiten obtener compensación económica, siendo generalmente derivada a la justicia civil que es más lenta y cara.

En el sistema retributivo, se refiere a una contraprestación todos los elementos que contrapongan las posturas de la otra parte, en cambio en el sistema restaurativo se busca un clima propicio para el diálogo, ayudadas las partes por un tercero que acerca las necesidades de las partes, promoviendo su comunicación para el logro de un acuerdo.

El control del procedimiento en el sistema retributivo, se encuentra a cargo mayormente de los poderes del Estado, el Poder Judicial y de la Fiscalía, en cambio el control en el sistema restaurativo, lo tienen las partes que tienen la capacidad de provocar y proponer soluciones y la comunidad que coopera en este proceso. Esta intervención de la comunidad provoca un cambio ideológico que provoca resistencia en los operadores de justicia, ya que de alguna forma es un

traspaso de poder a la comunidad. En el sistema distributivo, el poder del Estado tutela los derechos, considerando al delincuente incapaz, y dando a la pena un sentido de tratamiento de rehabilitación.

Cuando se trata de delitos de interés colectivo o difuso como los perseguidos por las acciones de interés público, la sociedad aparece como víctima de un interés público prevalente.

Por otra parte, los sistemas se diferencian en relación a la finalidad, el procedimiento distributivo tiene como objetivo probar delitos, establecer culpas y aplicar el castigo que corresponda, en cambio para el sistema restaurativo el objetivo es resolver el conflicto, asumir responsabilidades y la reparación del daño causado.

Finalmente, existe una orientación de todo el proceso retributivo de mirar al pasado a los hechos cometidos, en cambio el sistema restaurativo, sin dejar de integrar el pasado y considerar los hechos acontecidos y los daños causados en él, se sitúa en una perspectiva de futuro, en como se aclaran los hechos, se asumen responsabilidades, se repara el daño a la víctima y a la sociedad y se hacen propósitos de enmienda para el futuro.

### **Cuadro comparativo entre la justicia retributiva y la restaurativa<sup>40</sup>**

---

<sup>40</sup> Cita de Ulf Christian Eiras N. , Mediación penal de la práctica a la teoría, Ed. Histórica, año 2004, pág 35.

	<b>Retributiva</b>	<b>Restaurativa</b>
<b>Delito</b>	Infracción a la norma	Conflicto entre personas
<b>Responsabilidad</b>	Individual	Individual y Social
<b>Control</b>	Sistema Penal	Comunidad
<b>Protagonistas</b>	Infractor y el Estado	Víctima, Victimario y comunidad
<b>Procedimiento</b>	Adversarial	Diálogo
<b>Finalidad</b>	Probar delitos	Resolver conflictos
	Establecer culpas	Asumir responsabilidades
	Aplicar castigos	Reparar el daño
<b>Tiempo</b>	Basado en el pasado	Basado en el futuro

Una constante preocupación de los países en sus sistemas de justicia, es que la ampliación de las estructuras judiciales y la inversión económica que esto conlleva no se condicen con el aumento de la eficiencia, cualitativa y cuantitativa, lo que se ve reflejado en las estadísticas de resultados judiciales y en la insatisfacción de los usuarios, sin perjuicio de la gran mejoría producida por el cambio que ha significado transitar desde un sistema inquisitivo a uno acusatorio, en muchos países del mundo.

Mucho se ha escrito sobre lo ilusorio que resulta el derecho Penal como una herramienta de prevención, de disuasión general o especial. Desde una perspectiva sistémica, habría que evaluar si existen otras herramientas en el Derecho Penal aparte de la pena, por ejemplo, si la prohibición de una conducta y su valoración como delito permite crear una conciencia colectiva de su disvalor de acción y si esto permite ir permeando la cultura en un país como el nuestro.

Al evaluar el impacto preventivo que se produce en el entorno social, y las consecuencias tendientes a impedir que delitos, como por ejemplo; contra el medio ambiente se cometan en países donde existe sistematización de un

Derecho Penal Ambiental, como; Alemania, Italia, España, es claro, que no es precisamente su existencia y la aplicación de las penas establecidas para estos delitos, lo que ha evitado la realización de conductas que afectan al medio ambiente, sobre todo en cuanto se refiere aquellas que causan daños más severos.

Por regla general la aplicación de las penas en materia de medioambiente se ha limitado a los delitos más simples, menos dañinos al medio y cometidos por actores más débiles. Esto se debe a que como ocurre generalmente en el Derecho Penal, aquellos que son afectados por sus normas, pertenecen a los estratos de la población más pobre y menos poderosos, no por que el sector de la población más fortalecida no cometa delitos, sino que por que al aparato estatal se le hace mucho más difícil llevar a juicio y condenar a grupos de fuerte poder político, social o económico, que son quienes frecuentemente tienen los medios para causar mayor daño al medio ambiente.

Los cambios sociales propios de nuestro siglo aumentan la cantidad y sofisticación de las conductas que pueden calificarse como ilícitas. Esto provoca a su vez el aumento del ámbito de aplicación del Derecho Penal, lo que nos lleva a explicar las tendencias expansivas del Derecho Penal, las que en tiempos futuros no tendría límites si no trabajamos en la prevención y formas de solución pacíficas de los conflictos, que hoy son llevadas a juicio.

Los principales tratadistas del Derecho Penal, expresan que la justicia retributiva, tiende con el tiempo aumentar los tipos penales de acuerdo a las nuevas amenazas de la sociedad moderna, como lo es por ejemplo el caso de la violencia intrafamiliar y su registro de antecedentes, lo que nos podría encaminar, como dice *Silva Sánchez*, a un Derecho penal del enemigo de "**tercera velocidad**", en el que coexistirían la imposición de fuertes penas privativas de libertad y la "flexibilización" de los principios político-criminales (garantías del imputado) respecto a determinados delitos nuevos.

Desde mi perspectiva, parece acertado que se consignent como delitos acciones en la que se agréde a sectores vulnerables de la población, como es el caso de las mujeres, lo que intenta poner atención en paradigmas que eviten la discriminación y exijan un trato digno, pero por otro lado sería peligroso caer en la demanda indiscriminada de mayores y "más efectivas" penas requeridas por las tendencias de tolerancia cero.

Experiencias sobre justicia retributiva y restaurativa de que dan cuenta algunos modelos aplicados en esta materia especialmente en Chile, Argentina, España, Inglaterra, Canadá y Nueva Zelandia, proponen orientarnos a una justicia restaurativa, en que el poder público no arrebate a las partes un conflicto que le es propio, excluyéndolas de las decisiones determinantes en el, respetando la voluntad de las partes, facilitando instancias protegidas en que víctima e imputado puedan resolver un conflicto y responsabilizándose como sociedad de ofrecer alternativas reparadoras que ayuden a la reintegración social de las partes.

No propongo con esto excluir al Estado o más bien a la sociedad de la protección a la víctima, sino todo lo contrario, la idea es ofrecerla mediante medidas cautelares y un proceso en que se resguarde el equilibrio de poderes en el encuentro de la víctima y ofensor, cooperando el Estado con aportar políticas sociales que permitan al ofensor dar una reparación adecuada a la víctima y finalmente promover valores y paradigmas que consideren la dignidad de la persona, protegiéndola con la tutela penal.

El actual Derecho Penal no permite que las personas pasen de ser sujetos pasivos de un tratamiento institucional y burocrático, a ser sujetos activos en la definición de los conflictos de que forman parte y en la construcción de los instrumentos para resolverlos según sus propias necesidades reales.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> BANDINI, Tullio, y GATTI, Uberto (1985): *Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche sull' imputabilità del malato di mente*, en "Dei Delitti e delle Pene", III, 2, ps. 351-367



Como en los procesos penales, las partes deben defenderse como contrincantes y expresar lo más negativo de la otra parte para sustentar su postura, no es posible que se enfrente el ofensor a lo dañino de su acción, debido a que éste debe procurar una versión útil para su defensa, que sostenga una versión que aminore el mal causado, lo que deja la impresión amarga en todos los participantes del juicio, incluso para la sociedad que es testigo de este proceso, que no se hizo justicia.

Por otra parte, la naturaleza de las declaraciones de las víctimas, que le impide reconocer el dolor y daño que se le causó producto de la acción del ofensor, por ejemplo en los casos de violencia intrafamiliar, provienen de su preocupación por las consecuencias que podría traer una sentencia severa que aplique penas privativas de libertad al infractor, lo que provocaría graves daños a su núcleo familiar, por tratarse probablemente del que provee el sustento económico de la familia.

Termina generalmente este tipo de juicios con la impresión de denegación de justicia y de un expreso desconocimiento del daño causado a la víctima, lo que viene a afectar su dignidad.

Situaciones como la anterior se evitarían, ofreciendo a las partes la posibilidad de pasar por un proceso restaurativo en que se reconociera el daño a la víctima por el ofensor y esta fuera reparada y restaurada en su dignidad reconociéndosele el carácter de víctima y permitiéndole al ofensor evaluar lo grave y serio del delito cometido, sin tener el temor de dañar a su vez irreparablemente al ofensor.

Las experiencias sobre esta materia en otros países (que más adelante revisaremos) muestran que en estos casos si en lugar de un proceso penal se hubiese aplicado un proceso de mediación penal, con los resguardos previos

necesarios, (medidas cautelares), el infractor, al encontrarse con otro como legítimo otro, comprenderá que más allá de haber violado la ley, ha realizado una acción negativa desde el punto de vista humano, y se enfrenta a lo dañino de su acción; porque quien ha sido ofendido no es un abstracto, es una persona que tiene en frente. La dimensión de la relación humana, primero ausente en la percepción del culpable, se pone en total evidencia.

En el otro extremo de la relación, si el ofendido tiene delante de sí sólo el rol del infractor y no recibe del autor un real reconocimiento y perdón, producto de un profundo proceso de comprensión del daño, se fomenta el rencor, el odio y el temor sin poder reestructurar su necesidad de reconocerse como víctima, la que debe ser reparada.

La sanción, a su vez, tendrá un sentido no sólo de castigo o represalia; tendrá relación directa con la lesión a un bien jurídico que el conjunto social ha estimado relevante, que quiere proteger. Esa sanción es “aplicar reversa” a una acción que la sociedad no quería; pero reparando a la víctima y sin llegar al extremo de victimizar ahora al agresor.

Lo que por cierto exige una sociedad equilibrada y madura, que asuma un rol equiparable al de un mediador; que no prejuzga ni toma partido por uno u otro; sino que se abre a comprender dos realidades individuales complejas, en cuya conformación, ha jugado también un papel.

El proceso penal, no es sólo un mecanismo de persecución y sanción penal. Sino que es en esencia un mecanismo de solución de conflictos sociales: Se hace necesario entonces abrir paso, como complemento o en reemplazo de la pena, a otras soluciones como la que ofrece la justicia restaurativa, en ciertas circunstancias de comisión del delito y previa evaluación de criterios psicosociales de los intervinientes, que revisaremos más adelante.

## **9.- La justicia restaurativa y la mediación Penal**

La justicia restaurativa, es un concepto amplio que puede ser aplicado, como antes he dicho, no sólo en materias penales sino también otras áreas como la comunitaria, vecinal y escolar, que es la antesala donde se comienzan a gestar las futuras conductas delictivas, especialmente en el ámbito escolar en donde se aprende a convivir y a solucionar conflictos, que cuando no son bien manejados terminan en jóvenes o adolescentes sujetos de responsabilidad penal.

Por otra parte, la Justicia restaurativa, tiene muchas formas de manifestación o líneas de acción y entre ellas las más conocidas son la mediación penal, el trabajo comunitario, la conciliación, la negociación, el arbitraje pedagógico, entre otros.

Mi trabajo se centrará en la mediación penal, por que estoy convencida que es una de las herramientas más apropiadas para tratar conflictos tan delicados como los penales.

## **CAPITULO V**

### **RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS PENALES EN CHILE**

#### **1.- La Reforma Procesal Penal en Chile**

En 1995, el gobierno de Chile, inició un gran proyecto tendiente a implementar en el país un sistema de justicia criminal más transparente y eficaz, dado que el antiguo sistema de justicia impedía el desarrollo socioeconómico del país, producto de la inequidad en su acceso, la existencia de incentivos perversos que mantenían vinculadas a las víctimas e imputados en procesos largos y secretos. Además de existir una práctica de penalización informal asociada a un alto número de detenciones que no eran judicializadas.

En 1998, el Congreso Chileno aprueba la creación del Ministerio Público, institución encargada de dirigir la investigación, ejercer la acción penal pública y proteger a las víctimas y testigos. Posteriormente, en el año 2000 crea la Defensoría Penal Pública, junto con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, los que se convierten en hitos fundamentales para iniciar una transformación histórica al sistema de justicia penal chileno.

El proceso de implementación de la Reforma Procesal Penal fue concebido de manera gradual en 5 etapas, iniciándose en diciembre de 2000 con la puesta en marcha del nuevo sistema en dos regiones y el 2005, se completó el proceso instalándose en la Región Metropolitana, que representa cerca del 40% de la población nacional y aproximadamente el 45% del total de causas penales del país.

Esta Reforma representó la sustitución de un sistema antiguo, inquisitivo y burocrático, con serias deficiencias estructurales en la persecución criminal y en la cautela de las garantías individuales, por un sistema acusatorio oral y público, que pretende ser más ágil y humano.

Con esta gran reforma a la justicia penal, que ya hace años se había venido produciendo en la mayoría de los países del mundo, se propuso eliminar las deficiencias del antiguo sistema, tales como: procesos secretos y largos, falta absoluta de intermediación del juez que lleva la causa y servicios de defensa precarios para los imputados de escasos recursos.

A su vez, la creación del Ministerio Público, que junto a las Policías investiga los delitos y de la Defensoría Penal Pública, que posibilita una defensa de calidad y en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos; el aumento de la oferta de atención judicial; la modificación de los tiempos procesales; los programas de atención a víctimas y testigos y las nuevas alternativas para resolver los casos, dan una nueva cara a la justicia penal.

Adicionalmente, esta reforma, trae consigo nuevas expectativas, siendo presentada por la prensa y el poder legislativo como un aporte a la seguridad ciudadana.

En su estructura, el nuevo sistema es más moderno, humano y efectivo. Sin embargo, es bueno preguntarse si ¿ha cambiado realmente el sistema de administración de justicia de acuerdo a las expectativas que se tuvieron para su creación?

Para evaluar esta situación, se han hecho en Chile al menos dos estudios ampliamente reconocidos, **Estudio del Ministerio Público y el Vera Institute of Justice de Nueva York y el de Andrés Baytelman y Mauricio Duce “Evaluación de la Reforma Procesal Penal: estado de una reforma en marcha”, 2003**, los que fueron realizados en los primeros años de implementación de la Reforma, con el objeto de medir en un mismo período, ciudades que funcionaban con y sin Reforma.

En el estudio que se realizó el 2003, por el Ministerio Público y el Vera Institute of Justice de Nueva York, se hizo una comparación estadística de la forma en que el

nuevo y el antiguo sistema de justicia criminal resuelven los casos judiciales, analizándose alrededor de 7.000 causas ingresadas en el año 2002. Los resultados señalaron que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal estaba cerrando más casos en un tiempo razonable, generando al mismo tiempo una tasa más alta de sentencias condenatorias, en comparación al antiguo sistema. El nuevo sistema finalizó más causas en menos de 15 meses de iniciadas: 96% del total de casos frente a un 87% del antiguo sistema. “La tasa de sentencias condenatorias en casos con detenidos, fue del 36,4% en el nuevo sistema comparado con sólo el 6,9%, del antiguo. En Nueva York, por ejemplo, la tasa de sentencias condenatorias en delitos con detenidos es del 38%.”<sup>42</sup>

Los resultados de los dos estudios citados, muestran que la Reforma comenzó mostrando mayor eficacia en la resolución de casos y una mayor celeridad, con un sistema más eficiente en el uso de los recursos.

El estudio de Andrés Baytelman y Mauricio Duce, al abordar el proceso de reforma, evalúan que las diferencias esenciales entre el antiguo y el nuevo sistema de justicia criminal aún no son bien entendidas por la población.

El nuevo sistema muestra una importante diferencia en la cantidad de casos ingresados en comparación al antiguo. En el sistema antiguo (evaluados el 14° y 15° Juzgados de Santiago, entre enero y febrero del 2002) ingresaron 1.900 delitos y en el nuevo (Antofagasta y Temuco, en el mismo período) ingresaron 4.909 delitos.<sup>43</sup>

Existen también diferencias en la proporción de casos en los cuales hubo detenciones. El 14,5% de los casos en el antiguo sistema involucró detenciones,

---

<sup>42</sup> Cita, proveniente del estudio “Analizando la Reforma a la Justicia Criminal en Chile: un estudio empírico entre el nuevo y el antiguo sistema penal” División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión Ministerio Público de Chile, Vera Institute Of Justice, 2005.

<sup>43</sup> Reseña de Extracto Resumen Ejecutivo de Evaluación de la Reforma Procesal Penal. Estado de una reforma en marcha de Andrés Baytelman y Mauricio Duce Editorial: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

mientras que con Reforma, la proporción de casos con detenidos sólo alcanza un 4%. Lo que explicaría esta gran diferencia es el mayor énfasis que el nuevo sistema pone en el principio de presunción de inocencia, “investigar para detener” y no de “detener para investigar” como ocurría en el sistema antiguo<sup>44</sup>.

En un comienzo de la Reforma Procesal Penal, el alto número de término de casos en lapsos de tiempo relativamente breves, fue motivo de preocupación para algunos, especialmente por la utilización de las facultades de los fiscales, para aplicar salidas de tipo más bien administrativas, como el archivo provisional o el principio de oportunidad. Se preguntaba la comunidad, si con la judicialización de la causa o más tiempo de investigación, estos casos podrían producir una salida diferente, tal vez incluso una condena, esto es, si el nuevo sistema obtiene niveles más altos de productividad a expensas de una menor eficacia en la persecución penal.

Por el contrario, “la evidencia indica que el antiguo sistema es “menos sancionador” que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal”<sup>45</sup>.

La condena no es el único resultado del proceso judicial, y no siempre será el indicador más importante al momento de comparar. Entre otras, podrían analizarse las tasas de excarcelación y absolución, comparar la duración de las sentencias, así como también las decisiones de privar de libertad a un imputado.

Al comparar ambos sistemas, podemos constatar que tratándose de delitos de menor daño social, el nuevo sistema incorpora mecanismos alternativos al proceso, orientados a la búsqueda de una solución rápida y efectiva al conflicto antes que a la imposición de una sanción penal; tal es el caso de la Suspensión Condicional del Procedimiento y el Acuerdo Reparatorio. El antiguo sistema no contemplaba sistemas comparables con estas salidas.

---

<sup>44</sup> Idem. cita anterior.

<sup>45</sup> Idem. cita anterior.

## Conclusiones

1. El nuevo sistema resuelve los casos en una cantidad de tiempo menor (15 meses), en comparación con el antiguo sistema. La tasa de resolución de casos, también es mayor en el nuevo sistema penal en comparación al antiguo. La mayor velocidad que muestra para resolver los casos, se observa en todas las categorías de delitos.
2. Cuando alguien ha sido detenido, el nuevo sistema de justicia es aún más ágil que el antiguo; observándose mayores diferencias en los casos de homicidios y, delitos de drogas y alcoholes.
3. El nuevo sistema es probable que genere una mayor tasa de sentencias condenatorias en todas las categorías de delitos en comparación con el antiguo sistema, en donde el potencial poder de disuasión que tiene el castigo disminuye, porque demoraba mucho en hacerse efectivo y el empleo de recursos generaba un elevado costo de oportunidad.
4. El nuevo sistema de justicia con una probabilidad mucho mayor que el antiguo, condena y sanciona a un imputado que ha sido detenido.

Los resultados muestran que un proceso más ágil y, probablemente más eficaz en algunos casos, puede ir de la mano con el cumplimiento de los derechos y garantías tanto de las víctimas como de los imputados.

El sistema ha significado un incremento de los derechos y servicios a los intervinientes, especialmente tratándose de la víctima y el imputado. En relación a los derechos de la víctima, ésta se ha transformado en un actor más relevante en la medida en que es consultada sobre decisiones del proceso por jueces y fiscales, lo que no sucedía antes.



En cuanto a los derechos de los imputados, hoy cuentan con un abogado profesional desde la primera actuación del proceso y que comparece personalmente a cada una de las audiencias del mismo.

El sistema ha permitido mejorar las condiciones de probidad de la justicia criminal, entre otros, debido al término de la delegación de funciones jurisdiccionales en actuarios.

Falta aún mayor coordinación entre instituciones del sistema y mayores recursos para organismos auxiliares, (policías, Servicio Médico Legal, etc.).

La dotación de jueces especializados, de fiscales, y defensores en la justicia penal, da cuenta de un avance significativo respecto al sistema antiguo, pero se trata de cifras por debajo de estándares de otros países de la región.

Analizadas las cifras por categorías de término en el período de dicho estudio, es posible observar que el sistema ha alcanzado óptimos resultados en materia de desestimaciones de casos, pero todavía le falta por alcanzar dichos óptimos en materia de soluciones. Por ejemplo, son bajos los porcentajes de casos concluidos a través de juicios orales (0,22% del total de términos), procedimientos abreviados (0,48% del total de términos), suspensiones condicionales del procedimiento (2% del total de términos) y acuerdos reparatorios (1% del total de términos). Estas instituciones representan las soluciones de más alta calidad que el sistema ofrece y todas ellas admiten incrementos significativos en su uso.

### **La evaluación nacional de la Reforma Procesal Penal**

Guillermo Piedrabuena, Fiscal Nacional<sup>46</sup>, concluyó, que pese a la satisfacción de la ciudadanía ante este nuevo proceso, debemos reconocer que hay todavía una falta de información respecto de los nuevos mecanismos de salidas alternativas, juicios simplificados, procedimientos abreviados, rol de los fiscales frente a los jueces, etc. y por ello hay todavía gran desconocimiento en las opiniones vertidas en medios de comunicación que producen daño al prestigio de la Reforma.

Si bien esto podría corregirse en el tiempo, hay otro aspecto quizás más de fondo en que se aprecia una disconformidad con principios rectores de la Reforma, de quienes aspiran que todos los imputados estén encarcelados o que no aceptan las salidas alternativas como los acuerdos reparatorios, las suspensiones condicionales del procedimiento o la salida temprana del archivo provisional, sugiriéndose a veces que hay grave negligencia de los fiscales y de los jueces.

El problema de la delincuencia y la prevención del delito, es un tema que ha crecido como preocupación ciudadana del 2002 en adelante, responsabilizándose por algunos, a la Reforma Procesal Penal del tema del aumento de la delincuencia, incluyendo el uso de los mecanismos o salidas alternativas en que el imputado no cumple la pena mediante una privación de libertad.

El Ministerio Público, debió enfrentar un fuerte debate en torno a la eficacia de la persecución penal por delitos menores y hasta de mediana gravedad y a la falta de severidad en el castigo de las infracciones menores. Existe, una gran presión del ciudadano común, de los medios de comunicación y de los políticos de diversas tendencias, en el sentido de que debe aumentarse la severidad penal y para estos efectos se han despachado numerosas leyes que endurecen las penas, tales como la ley de control de armas, los hurtos hormigas, los delitos de agresión contra los policías, delitos de enriquecimiento ilícito y ahora recientemente en la

---

<sup>46</sup> PIEDRABUENA, Guillermo. "La proyección nacional de la Reforma Procesal Penal". *Polít. crim.* n° 2, 2006. Y p. 1-8. Seminario de Evaluación Reforma Procesal Penal, octubre 2005. Centro de Estudios de la Universidad de Talca.

ley de violencia intrafamiliar, en la creación del delito de violencia reiterada.<sup>47</sup> En contraposición a lo anterior, nos encontramos con la tesis sostenida por los catedráticos, del Derecho Penal mínimo, que favorece las salidas alternativas.

El Profesor Matus, en sus comentarios a las instrucciones generales del Ministerio Público, advierte un cambio en éstos, desde los primeros años de la Reforma en los que se favorecían las salidas alternativas y se concebía al Fiscal más como un componedor o mediador que un represor penal. Esta tendencia es revertida, a contar del año 2003, restringiéndose algunas salidas alternativas y postulándose a una mayor severidad en las penas requeridas, producida por la presión de las demandas ciudadanas y de las quejas por el aumento de la delincuencia. Es decir, se enfatiza más el papel de la persecución penal por sobre la conciliación o los acuerdos entre los intervinientes.<sup>48</sup>

En el tema de la protección de las víctimas y testigos, se ha discutido mucho en estos años acerca de si el Ministerio Público es el abogado de las víctimas o sobre si debería acentuar el papel de protector de sus intereses. Hasta ahora, el Ministerio Público, ha sostenido que el marco legal no los convierte en abogados de las víctimas, sin perjuicio de acentuar algunas líneas de acción de una mayor preocupación de los fiscales por las víctimas y no sólo por el interés social.

Según el Informe de expertos, sobre la evaluación de la Reforma Procesal Penal, el año 2003, en que participaron actores del sector privado y público y especialmente la Unidad Coordinadora de la Reforma del Ministerio de Justicia y la Defensoría Penal pública, indica que: “La verdadera exigencia al Ministerio Público hoy en día, consiste en que éste sea capaz de utilizar su poder de persecución y de organizar sus respuestas, para contribuir efectivamente con

---

<sup>47</sup> PIEDRABUENA, Guillermo. “La proyección nacional de la Reforma Procesal Penal”. *Polít. crim.* n° 2, 2006. D1, p. 6.

<sup>48</sup> PIEDRABUENA, Guillermo. “La proyección nacional de la Reforma Procesal Penal”. *Polít. crim.* n° 2, 2006. D1, p. 1-8.

estrategias antidelictuales, tanto represivas como preventivas, en coordinación con la comunidad y las demás instituciones públicas ”<sup>49</sup>.

### **Inseguridad frente al delito**

Es necesario distinguir dos niveles: por una parte, la percepción de temor general, que radica en evaluar la situación de la delincuencia en el país; y por otra, la percepción de inseguridad personal, en el entorno más inmediato. Esto, dado que existe una evaluación muy negativa respecto de la delincuencia como fenómeno nacional, pero paradójicamente, la percepción de ella como fenómeno local y personal es sólo regular. <sup>50</sup>

Por otra parte, si bien en un primer período aumentaron las denuncias de delitos por las expectativas de un sistema más eficiente, luego disminuyeron a los niveles anteriores a la Reforma.

¿Cómo podría vincularse la entrada en vigencia de la Reforma con una mayor percepción de que la delincuencia en el país ha aumentado?

Es posible plantear una hipótesis al respecto: a la exposición política y mediática a la que se ha sometido el fenómeno delictual durante los últimos 5 ó 6 años, se agrega la entrada en vigencia del nuevo proceso penal, que viene a superar la visión inquisitiva para reemplazarla por una de carácter garantista, producto del resguardo de los derechos del imputado y la existencia de salidas alternativas que no culminan en reclusión.

### **Conclusiones**

La reforma al proceso penal ha debido hacerse cargo de las expectativas que ha generado, las que inicialmente no se definieron como su ámbito de competencia, esto es, la seguridad ciudadana. No hay duda respecto que la Reforma es también

---

<sup>49</sup> Informe expertos de evaluación de la Reforma Procesal Penal, Organizado por el Ministerio de Justicia, 2003.

<sup>50</sup> Cita/Referencia: Covarrubias, Víctor y Alejandra Mohor. Impacto de la Reforma Procesal Penal en indicadores de seguridad ciudadana. Agenda Pública, Año V: N°8, Enero 2006.

evaluada por su capacidad de incidir en ámbitos como la denunciabilidad, la reducción del temor y la victimización.

Así mismo, la Reforma ha debido enfrentarse a críticas negativas, tales como aquellas que se hacen respecto de que es un “sistema muy garantista”, que “desecha los delitos de menor cuantía”, y que esto redundaría en un aumento de la victimización por delitos como el hurto.

Las investigaciones recientes en el área, desmitifican a la Reforma en ambos sentidos. No hay evidencia que permita atribuir a la Reforma, algún efecto sobre la victimización y tampoco se incrementan o disminuyen durante su vigencia la comisión de delitos. La denunciabilidad del delito, no varía al implementarse la Reforma, es decir, no se reduce la cifra negra, como sería esperable producto de la mejor evaluación de las instituciones.

## 2.- Estadísticas actuales de la solución de conflictos penales en Chile

Para evaluar los conflictos penales y su solución en Chile, me parece importante considerar, las estadísticas del Ministerio Público y especialmente las de la Defensoría Penal Pública, ya que éstas dan cuenta de conflictos penales en que son identificables al menos las dos partes de un conflicto.

Desde el inicio de la Reforma hasta finales del 2006, ingresaron al Ministerio Público 2.616.375, casos de los que 36,1% corresponden a los ingresados el año 2006. Respecto a los delitos ingresados, se recepcionó por el Ministerio Público un total de 1.004.476 ilícitos durante el año 2006, distribuidos en forma similar a los años anteriores; 19.3% robos no violentos; 14.0% lesiones; 13.3% hurtos; mientras el menor porcentaje corresponde a homicidios 0.1%; delitos funcionarios 0.1%; delitos contra la fe pública 0.5%.<sup>51</sup>

Desde que se dio inicio a la Reforma, hasta el término del año 2006, la cantidad de imputados atendidos por la Defensoría (478.490), no ha *dejado de aumentar*, triplicándose su número entre el 2004 y 2006, último año en que ingresaron 201.167 imputados a la Defensoría y 172.349 causas.<sup>52</sup>

Uno de los hitos legales que afectó el número y tipo de ingresos al sistema penal, fue la entrada en vigencia de la ley N° 20.066, el año 2005, sobre Violencia Intrafamiliar, delito de maltrato habitual, la que además de aumentar la cantidad y tipo de persona que ingresaba al sistema penal, influyó en un aumento significativo del ingreso de delitos de lesiones.

---

<sup>51</sup> Informe estadístico del Ministerio Público, año 2006, pág web.

<sup>52</sup> Memoria Anual de la Defensoría Penal Pública, año 2005 y Estadística Defensoría Penal Pública. En términos demográficos la Región Metropolitana, según estimaciones del INE del año 2006, representa un 40% de la población del país y lo más probable es que el porcentaje de imputados se acerque a esta proporción en el futuro.

Es importante hacer presente que el porcentaje y tipo de delitos que se denuncian al Ministerio Público, no corresponden a los que recibe la Defensoría.

**Aparentemente, el 21.1% de los conflictos penales que se denuncian tienen una posibilidad real de resolución, ya que cuentan con una contraparte identificada entrando al sistema penal, la que puede responder frente al delito.** <sup>53</sup> Esto poniéndonos en el caso, en que efectivamente el conflicto penal se resuelva con el ingreso de ambas partes al sistema penal. Antecedente que sumado a la cifra negra de delitos que no se denuncian, dan cuenta de un alto porcentaje de conflictos penales que no reciben solución.

Como se observa en la tabla siguiente, los delitos de mayor frecuencia en el año 2006, son las lesiones, seguidos por los hurtos y luego los delitos contra la ley del tránsito. El primero y el último son mayormente cometidos por hombres y el hurto por mujeres. En el caso de los jóvenes menores de edad, el delito que con más frecuencia se comete el año 2006, es en orden decreciente, el robo no violento, el robo y el hurto.

Estos antecedentes, nos permiten afirmar que la gran mayoría de los conflictos que ingresan al sistema penal, con contraparte identificada,<sup>54</sup> pueden ser susceptibles de terminar en acuerdos reparatorios y aplicarles soluciones colaborativas, tales como la mediación penal. Especialmente, en aquellos casos en que participan jóvenes que están comenzando a delinquir, por lo que la posibilidad de aprendizaje y evitar la reincidencia mediante un procedimiento restaurativo es mucho mayor.

### **Delitos ingresados durante el año 2006 a la Defensoría y Ministerio Público<sup>55</sup>**

---

<sup>53</sup> Sin perjuicio de que exista un número muy menor de imputados, que no ingresan a la Defensoría por contar con defensa particular.

<sup>54</sup> El porcentaje de imputados atendidos por abogados particulares se ha estimado en un porcentaje no superior al 10%.

<sup>55</sup> Datos extraídos de la estadística 2006 de la Defensoría Penal Pública y del Informe 2006 del Ministerio Público.

	Cantidad D. P. P.	Porcentaje	Cantidad M. P	Porcentaje
Robos	14.710	6.9	82.186	8.2
Robos no violentos	17.763	8.4	193.517	19.3
Hurto	31.277	14.7	133.505	13.3
Otros contra la propiedad	15.827	7.5	59.757	5.9
Lesiones	33.247	15.7	140.785	14.0
Homicidios	1.304	0.6	1.337	0.1
Delitos sexuales	3.273	1.5	15.404	1.5
Contra la libertad e intimidad	16.945	8.0	86.578	8.6
Faltas	6.967	3.3	71.420	7.1
Ley Transito	22.963	10.8	23.089	2.3
Ley drogas	8.741	4.1	11.322	1.1
Económicos	6.365	3.0	35.384	3.5
Funcionarios	253	0.1	1.049	0.1
Leyes especiales	8.105	3.8	22.271	2.2
Contra la fe pública	1.662	0.8	5.036	0.5
Cuasidelitos	4.628	2.2	17.006	1.7
Otros delitos	18.065	8.5	104.840	10.4
Total	212.095	100%	1.004.476	100

Los delitos que causan mayor connotación social, según datos de Seguridad Ciudadana, son en orden decreciente, los delitos de; robos con fuerza, hurto, lesiones, robo con intimidación, robos por sorpresa, robo con violencia, homicidio y violación.<sup>56</sup> De éstos, los que se comenten con mayor frecuencia, según la tabla antes mostrada, son susceptibles de aplicarles acuerdos reparatorios.

De los **casos ingresados al Ministerio Público desde comienzos de la Reforma hasta fines del 2006 se han terminado 941.731 casos**, lo que da un promedio por año de 99.7%. Cifra cercana al equilibrio entre los casos que ingresan al sistema y que es posible terminar durante el mismo período.

<sup>56</sup> Datos proporcionados por Seguridad Ciudadana, contruidos con indicadores de proporción y cantidad de denuncias, de los tres primeros trimestres del 2006.



Durante el año 2006 en el Ministerio Público se terminaron 1.123.983 relaciones, de ellas, el 36.3% correspondieron a formas de término que implican un pronunciamiento judicial, mientras el 63.7 % terminaron por vías de término facultativa del Ministerio Público.

De los términos judicializados durante el 2006, por el Ministerio Público, la mayor frecuencia son sentencias condenatorias en un 31.6%; la facultad de no investigar un 29.1% y suspensión condicional del procedimiento 25.1% y sentencia absolutoria 0.6 %.

Las estadísticas muestran, que los juicios se resuelven de manera cada vez más rápida: de los 478.482 imputados que han sido atendidos por la Defensoría desde comienzos de la Reforma hasta fin del año 2006, 87,5% han finalizado sus causas. De los 201.126 imputados que ingresaron el año 2006, 148.445 terminaron sus causas el mismo año, es decir el 73,8%.

Por otra parte, **el tiempo de duración de las causas, el año 2006, es en su mayoría menor a tres meses en un 64,9%**, contado desde el inicio de la Reforma. Sin perjuicio de que **año a año van disminuyendo el número de causas que duran más de 6 meses**, correspondiendo a un porcentaje **no superior al 12.5% al año 2006** (desde el inicio de la Reforma). Lo que entre otras causas, se debe al **enorme aumento de las salidas alternativas como forma de término de las causas** en los últimos años.

***En el país durante el año 2006 se realizaron 4.852 juicios orales, los que tuvieron un promedio de 90.8% de sentencias condenatorias. Las condenas representan el año 2006 el 30,5 % del total de las formas de término, lo que las pone en segundo lugar de importancia después de las salidas alternativas.***

**Evolución de las formas de término de los conflictos penales desde el inicio de la reforma:<sup>57</sup>**

	Año 2001		Año 2002		Año 2003		Año 2004		Año 2005		Año 2006	
	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%
Salida alternativa	790	24.9	3.531	24.0	10.720	32.5	27.652	35.5	48.287	38.2	82.785	40
Condena	924	29.1	3.291	22.4	6.846	20.8	23.899	30.7	40.524	32.0	63.194	30.5
Absolución	121	3.8	210	1.4	335	1.0	904	1.2	1.622	1.3	2.084	1.0
Sobreseimiento temporal	29	0.9	304	2.1	812	2.5	1.906	2.4	3.599	2.8	7.141	3.5
Sobreseimiento Definitivo	253	8.0	2.005	14.0	3.392	10.3	5.754	7.4	9.628	7.6	15.314	7.4
Derivación	579	18.3	1.525	10.4	2.318	7.0	4.133	5.3	6.408	5.1	10.873	5.3
Facultativos de la Fiscalía	431	13.6	3.003	20.4	5.988	18.2	8.970	11.5	13.136	10.4	23.233	11.2
Procedimiento Monitorio	40	1.3	563	3.8	2.392	7.0	4.475	5.7	3.161	2.5	2.067	0.1
Otras formas	4	0.1	206	1.4	5.988	18.2	235	0.3	173	0.1	174	0.1
<b>Total</b>	<b>3.171</b>	<b>100</b>	<b>14.688</b>	<b>100</b>	<b>32.968</b>	<b>100</b>	<b>77.928</b>	<b>100</b>	<b>126.538</b>	<b>100</b>	<b>206.865</b>	<b>100</b>

<sup>57</sup> Cuadro de la memoria anual del año 2005 de la Defensoría Penal Pública, hasta el año 2005. Año 2006 citas de la estadística de la Defensoría.

### **3.- Las salidas alternativas**

**La forma de término más relevante el año 2006, han sido las salidas alternativas, alcanzando un 40% del total de causas terminadas desde el inicio de la Reforma.** En el año 2005 de un total de 126.538 causas terminadas, 48.287 es decir un 38,2 % fue por salidas alternativas y **del total acumulado de 255.293 causas terminadas a la misma fecha, 90.980 terminaron por esta causa, lo que equivale al 35,6%.** Estos elevados porcentajes **explican también en parte las causas que terminan en la primera audiencia.**<sup>58</sup>

**Las salidas alternativas se han incrementado sucesivamente:** 29% en el año 2001; 34% en el año 2003; 36,6 % el 2004; 38,2% el 2005 y 40% el año 2006. Como referencia las condenas, corresponden a un 30,5% el año 2006.

El alto porcentaje de salidas alternativas pone de manifiesto la confianza que estas formas de término generan dentro de los actores del sistema. Además, se traduce en que los involucrados en el conflicto penal también ven que estos recursos son instrumentos válidos de resolución.

Las salidas alternativas permiten reducir los tiempos empleados para dilucidar la situación procesal. Con esto se enfrenta adecuadamente uno de los grandes cuestionamientos del sistema judicial anterior, la lentitud de los procesos.

De las salidas alternativas, las más frecuentes han sido la suspensión condicional del procedimiento, que más que duplica a los acuerdos reparatorios. Cabe destacar que los porcentajes de suspensiones condicionales se han ido incrementando en forma relativa respecto de los acuerdos reparatorio, a medida que ha transcurrido el tiempo de Reforma. En el cuadro siguiente vemos que en el año 2001 los acuerdos reparatorios representaban casi la misma cantidad que las suspensiones condicionales, en cambio durante el 2005, estas casi los triplicaron,

esto es: acuerdos reparatorios 23% y suspensión condicional 77%, y el 2006 su relación es de un 16.2% a un 83.8%.

**SALIDAS ALTERNATIVAS AÑO Y PORCENTAJE<sup>58</sup>**

	2001 %	2002 %	2003 %	2004 %	2005 %	2006 %	Total
<b>Acuerdo Reparatorio</b>	592 74.9	2.006 56.8	3.085 28.8	7.672 27.7	11.229 23.3	13.356 16.2	37.940 21.8%
<b>Suspensión Condicional</b>	198 25.1	1.525 42.2	7.635 71.2	19.980 72.3	37.058 76.7	69.429 83.8	135.816 78.2%
<b>Total</b>	790	3.531	10.720	27.652	48.287	82.785	173.756

**Las salidas alternativas en los diferentes procedimientos:** en el procedimiento ordinario el 41.7% de los imputados formalizados accede a la suspensión condicional del procedimiento, en cambio a los acuerdos reparatorios accede un 6.4%. Las mujeres presentan una mayor proporción de salidas alternativas (45.6%) que los hombres (39%), en todos los procedimientos, esto se debe a que el delito por el que entran al sistema es el hurto.

Los delitos que presentan una mayor cantidad de salidas alternativas el 2006, son las lesiones 60.3% y delitos por ley de tránsito 56% y cuasidelitos 60.3%.

### **Las salidas alternativas en el proceso penal**

Algunos las definen como “mecanismos de solución de conflictos, que buscan que las partes alcancen acuerdos con el fin de evitar dirimir los problemas en el sistema penal. Estas fórmulas incluyen, entre otras, modalidades de negociación, conciliación, reparación y composición”<sup>60</sup>. Yo creo se confunden con los

<sup>58</sup> Estadísticas de la Defensoría, año 2006.

<sup>59</sup> Fuente, informe estadístico de la Defensoría 2006 y Memoria anual Defensoría 2005.

<sup>60</sup> “Estudio exploratorio sobre las medidas cautelares y salidas alternativas en el nuevo proceso penal”, encargado por la Defensoría Penal Pública al CESOP de la Universidad Central, durante noviembre 2003 a julio 2004. Dirección del proyecto e investigador responsable: María Angélica Jiménez. Investigadores: Tamara Santos, Germán Hermosilla, Paolo Scalia y Paula Medina.

mecanismos de resolución de conflictos, ya que las salidas alternativas no siempre usan estos mecanismos, salvo el de negociación.

En el ámbito comparado, algunas de estas fórmulas han sido acogidas por las legislaciones de los países que en la región emprendieron un proceso de reforma al sistema penal, aunque no hay consenso entre los autores acerca de cuáles son exactamente salidas alternativas. Algunos incluyen entre éstas, el principio de oportunidad y el procedimiento abreviado, aunque dichas fórmulas, en sentido estricto, son procedimientos simplificadores del proceso, que no otorgan a los intervinientes una vía diferente al sistema para solucionar su conflicto.

Las salidas alternativas son compatibles con una política criminal de mínima intervención penal, que parte de la doctrina de que la pena privativa de libertad, no es el instrumento principal para responder a la criminalidad sino que al contrario: el mayor nivel de desarrollo social y de igualdad social de un país se manifiesta por su capacidad de resolver los conflictos con el menor uso de los instrumentos coactivos. Por tanto las salidas alternativas serían un instrumento de despenalización, las que no estarían según mi parecer fuera del derecho penal, sino que constituirían una de sus herramientas más importantes.

Para algunos la finalidad de las salidas alternativas al proceso penal es el descongestionamiento del sistema, debido a que el Estado es incapaz de dar una respuesta eficaz a todas las trasgresiones de normas penales mediante el juicio oral y su sentencia. Personalmente confío en que estos mecanismos lleguen a jugar un rol mucho más importante que el descrito, en el sentido de ser una verdadera forma de solucionar conflictos penales, una manera más integral y reparadora de dar respuesta a las disputas en el ámbito penal.

Los informes de evaluación de los países latinoamericanos con reforma, según el informe de la Universidad Central ya citado, revelan que las salidas alternativas no

han sido totalmente implementadas y, donde lo han sido, no parece haber información significativa sobre su aplicabilidad y efectividad.<sup>61</sup>

En Chile, las salidas alternativas han adquirido forma real, prueba de esto es que desde el ingreso de la Reforma, hasta Diciembre del año 2006, se habían decretado 173.756, de las que 21.8% equivalen a acuerdos reparatorios y 78.2% a suspensión condicional del procedimiento. Solo en el año 2006, se decretaron 82.785 salidas alternativas, de las que un 16.2% corresponden a acuerdos reparatorios y un 83.8% a suspensión provisional del procedimiento.

En el ordenamiento procesal penal chileno, el legislador las reglamenta en el Párrafo 6º del Título I del Libro Segundo del CPP. El objetivo de introducir estas salidas en el ordenamiento procesal penal chileno, según el mensaje de este texto legal, “es por una parte, el descongestionamiento del sistema y por otra parte, constituyen opciones mucho más beneficiosas que la clásica privación de libertad...”<sup>62</sup>

Las ventajas de las salidas alternativas como vía de solución de los conflictos jurídicos penales frente al juicio y a una eventual sentencia condenatoria son múltiples<sup>63</sup>. Entre ellas, cabe destacar que son una solución rápida y eficaz del conflicto penal, que pueden aplicarse en forma temprana, cercanas a la comisión del hecho ilícito, pues la ley permite que se adopten en la propia audiencia de formalización de la investigación. Con estas salidas, no se produce la estigmatización del imputado, disminuye la posibilidad de que sea privado de libertad mientras la investigación se desarrolla y otorga posibilidad al ofensor de acceder a una medida destinada a su reinserción social que le evita aparecer con antecedentes de una condena.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Igual cita anterior.

<sup>62</sup> *Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal*, Santiago, 2002, p. 32.

<sup>63</sup> Larrauri, Elena: “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal”, en *Jueces para la democracia*, 1996, N°25.

<sup>64</sup> *Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal*, Santiago, 2002, p. 33.

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado señaló, refiriéndose a las salidas alternativas que “Una de las ventajas de estos instrumentos procesales se relaciona con el hecho de que el sistema actual de justicia penal tiene una estructura lineal, que ofrece a los ilícitos que se cometen una misma respuesta, sin diferenciar su distinta naturaleza, ni su gravedad. En cambio, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios ofrecen fórmulas que toman en consideración estos elementos al momento de satisfacer los requerimientos que se plantean hacia la justicia penal”.<sup>65</sup>

Adicionalmente, agrega que, “Otra ventaja que tienen estos mecanismos es que presentan aspectos funcionales a los intereses de la seguridad pública. La suspensión condicional, reconoce su antecedente en la estructura de la ley N° 18.216, que contempla los beneficios alternativos de la remisión condicional, la libertad vigilada y la reclusión nocturna. Si se atiende a las estadísticas elaboradas por Gendarmería de Chile sobre los resultados obtenidos con estas medidas, se aprecia que son muy satisfactorios, porque las personas que ingresan por alguno de estos mecanismos no presentan niveles de reincidencia superiores al 10%, versus los niveles de reincidencia de quienes han cumplido sus penas privados de libertad, que superan el 60%”<sup>66</sup>.

#### **A.- La suspensión condicional del procedimiento**

Consiste en un acuerdo entre Fiscal e imputado, por el cual se suspende la investigación y el procedimiento por un tiempo determinado, entre 1 y 3 años, según los artículos 237 y 238 del Código Procesal Penal, durante el cual se somete al imputado al cumplimiento de ciertas condiciones decretadas por el juez de garantía, de tal manera que si las cumple y no es objeto de una nueva formalización por hechos distintos, se extingue la acción penal por los ilícitos que motivaron la investigación, debiendo el tribunal de oficio, o a petición de parte, dictar sobreseimiento definitivo.

---

<sup>65</sup> *Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal*, Santiago, 2002, p. 32. y 33.

<sup>66</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado al Proyecto de CPP.

Requiere que previamente se haya formalizado la investigación y, una vez que se haya dado a conocer en audiencia pública, sea aprobado por el juez de garantía.

Es una anticipación del tipo de solución que la sentencia condenatoria otorgaría al caso, toda vez que, requiriéndose para su procedencia que el imputado no haya cometido algún crimen o simple delito anterior y que la pena que eventualmente pudiere imponérsele no sea superior a tres años de presidio o reclusión menores en su grado medio, lo más probable es que, en el evento de que fuera condenado, se haría acreedor a alguna de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad contempladas en la ley N° 18.216.

#### **Requisitos para otorgar la suspensión condicional del procedimiento**

El acuerdo del imputado para aceptar esta salida es una condición indispensable. En concordancia con los artículos 10 y 237 del Código Procesal Penal, es imprescindible que el Fiscal solicite la suspensión condicional del procedimiento, estando de acuerdo con el imputado, toda vez que éste goza del derecho al juicio oral y esta salida importa una renuncia al mismo.

Por otra parte, según se desprende del mismo artículo, resulta inconcebible que sin la existencia de una sentencia condenatoria pudiera imponerse al imputado, que goza del principio de inocencia una serie de condiciones que resultan gravosas, como, por ejemplo, otorgar una compensación económica a la víctima del delito cometido, sin que él las consintiera. Razón por la que para dar su aprobación, el juez de garantía debe citar a los intervinientes a una audiencia pública, si es que la petición de esta salida no se ha efectuado en alguna de ellas.

Una obligación ineludible de esta salida, es la presencia del defensor, que constituye un requisito de validez de la audiencia.



Si el querellante o la víctima asisten a dicha audiencia, deben ser oídos, pero su anuencia no es necesaria para la aprobación del acuerdo. En todo caso, si el juez de garantía aprobare el acuerdo, el querellante y la víctima pueden apelar de esta resolución<sup>67</sup>.

### **Oportunidad en que se puede solicitar la suspensión Condicional**

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 del CPP, se puede solicitar en la audiencia de formalización y después de efectuada ésta. Pero, además, luego de formalizada la investigación, se puede pedir en cualquier estado de la investigación hasta su cierre, y aún en la audiencia de preparación del juicio oral.

Al comienzo de la Reforma, el Fiscal Nacional, en su Instructivo N° 36, daba instrucciones a los fiscales para que apliquen esta medida, sólo una vez que cuenten con todos los antecedentes necesarios para ello. “En términos generales, resultará prematuro y arriesgado, plantearse la posibilidad de sugerir y proponer el acuerdo de suspensión condicional del procedimiento durante la audiencia de formalización”<sup>68</sup>.

### **Relación entre la suspensión condicional y las medidas alternativas de la Ley N° 18.216.**

---

<sup>67</sup> Sobre la resolución que se pronuncie sobre la suspensión condicional del procedimiento puede apelar el imputado, la víctima, el Ministerio Público y el querellante, conforme a lo dispuesto en el artículo 237 del Código Procesal Penal. A este artículo le fue modificado el inciso penúltimo, en cuanto extiende la posibilidad de apelación a la víctima. Respecto a este derecho a recurrir quedan dos interrogantes: a) posibilidad de la víctima de comparecer personalmente; y, b) no exención de la víctima de cumplir en su escrito de apelación con los requisitos del artículo 367 CPP.

En cuanto al primer punto, no ha sido determinado expresamente en la ley si la víctima puede comparecer personalmente al interponer el recurso de apelación. Podrían discutirse ambas posiciones, en cuanto los Arts. 1° y 2° de la Ley 18.120, sobre comparecencia en juicio, obligan a comparecer patrocinado y representado por quienes tienen potestad para ello. Así, por lo demás, lo dijo el diputado Bustos ante la Comisión Mixta, dichos de los que se dejó constancia en actas: “*consideró que esta norma mejora la posición de la víctima dentro del procedimiento y que, en el entendido de que esta apelación debe contar con patrocinio de un abogado, conforme a las reglas generales, no debería afectar la agilidad de los procesos*”. En contra de dicha postura podría argumentarse que el derecho a ejercer el recurso le fue concedido expresamente y que el Art. 398 COT permite a las partes comparecer personalmente ante las Cortes de Apelaciones (a pesar de que la apelación no se interpone ante ellas). Sin duda debe ser escrita y tener peticiones concretas.

<sup>68</sup> Piedrabuena R. Guillermo, Instrucciones Generales N° 36, Santiago, 2001, p. 204.

Para la suspensión condicional del procedimiento no es necesario dictar sentencia definitiva condenatoria por el juez de garantía, como ocurre respecto de los beneficios de la Ley N° 18.216, sino en una resolución aprobatoria, cuya naturaleza jurídica es distinta, la que debe contener, además, el plazo de la suspensión y las condiciones que deberá cumplir el imputado. Estas condiciones son similares, aunque no idénticas a las contempladas en el Art. 5 de la Ley N° 18.216, de forma que si las cumple y no es objeto de otra formalización por hechos distintos, se extingue la acción penal y debe dictarse sobreseimiento definitivo, a diferencia de lo que ocurre en el Art. 6 de la Ley N° 18.216.

Esta medida, se adopta en un procedimiento breve, concentrado, y tiene lugar en una audiencia oral celebrada ante el juez de garantía, en que se debe oír a todos los intervinientes, constatando que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

El Fiscal Nacional, ha instruido a los fiscales, que deben plantear a la consideración del imputado o a su abogado la posibilidad de solicitar de común acuerdo, al juez de garantía, que decrete la suspensión, advirtiéndoles la circunstancia de que las condiciones serán impuestas por el juez y de su derecho a negarse a esta medida, ya que podrían preferir optar por un procedimiento abreviado, o incluso, ir al juicio oral<sup>69</sup>.

Aún cuando la ley no lo dice, este acuerdo se podría haber producido extrajudicialmente, antes de comenzar una audiencia ante el juez de garantía.

Legalmente no se requieren la autorización de la víctima, si bien, ambas partes deben ser citadas obligatoriamente a la audiencia. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, debatió acerca de que si se requiriera la aceptación o aprobación de la víctima y del querellante, concluyendo que podría paralizar el procedimiento en caso de no comparecencia. Se consideró

---

<sup>69</sup> Piedrabuena Richards Guillermo, instructivo número 15.

además, que la víctima ya estaba informada de sus derechos por el fiscal y que disponía de otras instancias de reclamo. Sin perjuicio de que el fiscal, de acuerdo a lo dispuesto en la letra d) del Art. 78 CPP, debe escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión condicional.

### **Incumplimiento de los requisitos impuestos.**

Si el imputado no cumpliera las condiciones impuestas habría que solicitar que la suspensión fuera revocada, en conformidad con lo dispuesto en el Art.239 CPP.

En la audiencia donde se trata esta materia, el imputado puede solicitar al juez de garantía, por intermedio de su defensor, que modifique o sustituya alguna de las medidas impuestas, abriéndose debate sobre el punto.

El Fiscal Nacional, en su Instructivo N° 36, de 15 de diciembre de 2000, indica a los fiscales, cuales son los criterios generales de actuación en la materia. Al efecto sugiere: "No proponer la aplicación de esta salida alternativa en los casos de delitos que tengan asignada pena abstracta de crimen y en general acudir a la suspensión condicional del procedimiento, cuando se trate de hechos punibles a los cuales la ley asigna penas abstractas de simples delitos, siempre que concurren los requisitos copulativos que la ley exige.

La ley no ha hecho ninguna distinción con respecto al bien jurídicamente protegido, de tal manera, que, en principio, todos los delitos quedan comprendidos, con la única exigencia de que la pena concreta y eventual no sea superior a tres años de privación de libertad.

Por otra parte, la suspensión condicional del procedimiento podrá aplicarse también a aquellos casos en que la pena probable no prive sino que restrinja la libertad.

La ley, ordena llevar al Ministerio Público, un registro especial que contiene los casos en que anteriormente se haya otorgado al imputado alguna otra suspensión condicional del procedimiento, o la aprobación de acuerdos reparatorios.

El juez dicta una resolución en la misma audiencia, en la que deberá fijar el plazo de la suspensión y las condiciones que impondrá al imputado. No corresponde aplicar una medida distinta de las mencionadas en esta disposición legal, aún cuando pudiere ser de menor entidad que las señaladas en la ley.

El Art. 238 del CPP, contempla las medidas de orden general que puede imponer el juez de garantía al imputado durante el período de suspensión:

a) Residir o no residir en un lugar determinado; b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas; c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza; d) Tener o ejercer un trabajo, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación; e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento; f) Acudir periódicamente ante el Ministerio Público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas, g) Fijar domicilio e informar al ministerio público de cualquier cambio del mismo. h) Otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público<sup>70</sup>.

### **Efectos**

- Velar por el cumplimiento de la suspensión condicional corresponde al Ministerio Público.
- Se mantiene la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal, interrumpida con motivo de la formalización de la investigación.

---

<sup>70</sup> Nueva Condición que se agregó en el artículo 238, el 14 de noviembre del 2005, en la ley 20.074.

- Se suspende el plazo de dos años, o que hubiere fijado el juez de garantía, para llevar a cabo la investigación.
- No se extingue el derecho de la víctima para accionar civilmente por los perjuicios o daños sufridos ante el juez civil competente. Sin embargo, si la víctima hubiere recibido la cantidad de dinero fijada al imputado como una de las condiciones establecidas, ella deberá imputarse a la indemnización de perjuicios que pudiere corresponderle.

### **Revocación de la suspensión condicional**

El art. 239 CPP, dispone que el juez de garantía, a petición del fiscal o de la víctima, revocará la suspensión condicional del procedimiento, si el imputado incumpliere sin justificación grave, o reiteradamente las condiciones impuestas o fuere objeto de una nueva formalización por hechos distintos. En estos casos el procedimiento continuará conforme a las reglas generales, quedando sin efecto su suspensión. Esta resolución es apelable, conforme a lo dispuesto por el Art. 239 del CPP.

En el artículo 335 del CPP, se establece que no se podrán incorporar al juicio oral, ni invocar como medios de prueba los registros y demás documentos que dieran cuenta de la **proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo, o revocación** de una suspensión condicional del procedimiento. Esta medida tiene como objeto que los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, no estén perjudicados al conocer los antecedentes de la suspensión condicional ya que la anuencia del imputado podría suponer su culpabilidad en el delito investigado.

Una vez cumplida la condición y el plazo, se extingue la acción penal y se debe decretar de oficio o a petición de parte, el sobreseimiento definitivo.

El artículo 246 del CPP señala “para acogerse, en su caso, a una nueva suspensión condicional o acuerdo reparatorio...”. el fiscal como el juez de garantía tendrán presente esta circunstancia. Si el imputado es objeto de una nueva

formalización después que haya cumplido las medidas impuestas por el juez en el plazo fijado por éste, se verá beneficiado con la circunstancia de no haber sido condenado, puesto que nada se contendrá en los antecedentes penales. No obstante lo señalado precedentemente, ellos cuentan con los antecedentes del registro de salidas alternativas, el que sin perjuicio de carecer de un carácter esencialmente público, también la víctima según el inciso final del artículo 246 CPP, tiene el derecho de conocer la información relativa al imputado.

### **B.- Los acuerdos reparatorios**

Consisten en el acuerdo libre e informado entre imputado y víctima en virtud del cual el primero se obliga respecto del segundo a reparar los efectos lesivos de la comisión de un hecho punible, en aquellos casos en que se trate de delitos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves o delitos culposos y, que no exista interés público prevalente en la persecución penal. Se trata, al igual que la suspensión condicional del procedimiento, de la solución de un conflicto jurídico penal diferente a un juicio oral y a la imposición de una sanción penal. De igual forma que en el caso de la suspensión condicional del procedimiento, se requiere de la formalización previa de la investigación por parte del fiscal.

**La habilidad de negociar del defensor tiene aquí un papel clave, pues de él dependerá, en gran medida, la obtención de un acuerdo satisfactorio.** Producido este acuerdo, debe someterse a la aprobación judicial, para cuyo efecto el imputado, la víctima, o ambos, deben solicitar al juez de garantía la celebración de una audiencia a la que deben concurrir los demás intervinientes.

**Los efectos penales de los acuerdos reparatorios,** son según el artículo 242 del CPC, que una vez cumplidas las obligaciones contraídas por el imputado en el acuerdo reparatorio o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima, el tribunal dictará sobreseimiento definitivo, total o parcial en la causa, con lo que se

extinguirá total o parcialmente la responsabilidad penal del imputado que lo hubiera celebrado.<sup>71</sup>

**Los efectos civiles de los acuerdos reparatorios**, son según el artículo 243 del CPP, que una vez ejecutoriada la resolución judicial que aprobare el acuerdo reparatorio, podrá solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía con arreglo a lo establecido en el artículo 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. El acuerdo reparatorio no puede ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

**Los efectos subjetivos de los acuerdos reparatorios.** Si en la causa existiere pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continuará con quienes no hubieren concurrido al acuerdo.

#### **Fundamentos del acuerdo reparatorio**

Sin perjuicio de que el ejercicio de la acción penal y la sanción de los que resultaren responsables le corresponde constitucionalmente al Estado, existen situaciones en que es más conveniente privilegiar los intereses de la víctima por sobre la acción persecutoria del Estado. De otra manera, ocurre lo que el Mensaje del CPP dice, refiriéndose a esta materia: “En la práctica, cuando las partes están de acuerdo en la posibilidad de una reparación satisfactoria, ella se produce fuera del control del tribunal. En estos casos la víctima evita la continuación del procedimiento a cambio de la compensación recibida, por ejemplo, negando su colaboración en la producción de las pruebas”<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Este artículo contiene la modificación efectuada mediante el artículo 1 número 26 de la ley 20.074 del 14 de noviembre del 2005, ya que antes de esta modificación, en el momento que era aprobado por el juez de garantía el acuerdo reparatorio, se producía la extinción de la responsabilidad penal del imputado, debiendo dictarse sobreseimiento definitivo de inmediato, no necesitando de su cumplimiento o de la garantía de éste. No obstante lo anterior, la referida norma no autoriza a los jueces de garantía a revocar el acuerdo reparatorio. En efecto, no se incluyó una ley que, como en el caso de la suspensión condicional del procedimiento (artículo 239), los faculte y señale los casos en que procedería dicha revocación, de manera que, como se trata de sentencias ejecutoriadas y atribuciones judiciales que deben estar conferidas expresamente por el legislador no pueden aplicarse por analogía ni conferirse tácitamente, so pena de nulidad, incluso, de derecho público. Más aún, se dejó vigente el artículo 243 CPP, que expresamente establece la forma de proceder en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas, razón por la cual en ese caso el tribunal debe proceder conforme a las reglas del cumplimiento incidental establecidas en el CPC (Arts. 233 y ss.). Todas las normas que regulan el procedimiento aplicable son de orden público, toda vez que regulan la organización y funcionamiento de nuestros tribunales, en consecuencia, son irrenunciables, no pudiendo ser modificadas por la voluntad expresa o tácita de las partes.

<sup>72</sup> 29 Mensaje del proyecto de Código Procesal Penal, p. 33.

En el sistema anterior, el Código de Procedimiento Penal permitía acuerdos extrajudiciales entre la víctima y el ofensor, especialmente en los cuasidelitos de lesiones, los que no tenían ningún control judicial. Estos acuerdos tampoco tenían la virtud de poner término al procedimiento en los delitos de acción penal pública, sin embargo, el desinterés de la víctima en colaborar con la investigación, lograba que la mayoría de esos procesos terminaran por un sobreseimiento temporal.

Algunos sostienen que esta salida alternativa debiera eliminarse porque importa una discriminación de carácter jurídico penal para aquellos imputados que carezcan de recursos económicos. Sin embargo, la reparación puede consistir también en actos simbólicos, de trabajo para la víctima o comunidad u otro tipo de reparación que no signifiquen un desembolso económico para el imputado, aunque es más frecuente que la víctima exija una reparación de tipo económica.

### **Procedencia de los acuerdos reparatorios**

Procederán estos acuerdos, cuando el juez de garantía constate que los intervinientes prestaron su consentimiento libre y en pleno conocimiento de sus derechos. Además, el inciso segundo del Art. 241 del CPP, fija el marco legal en que se hace procedente estos acuerdos, señalando que sólo podrán referirse a hechos investigados que:

- a. Afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, por ejemplo: hurtos, estafas, apropiación indebida, usurpación, daños, abuso de firma en blanco y contrato simulado<sup>73</sup>.
- b. Lesiones menos graves<sup>74</sup>
- c. Delitos culposos, ejemplo: cuasidelitos de lesiones o de homicidio<sup>75</sup>.
- d) Que no exista interés público prevalente en la persecución del delito.

---

<sup>73</sup> Arts. 446, 467,470 CP.

<sup>74</sup> Art. 399 CP.

<sup>75</sup> Art. 492 CP.



Para el Fiscal Nacional, en su Instructivo N° 34, bien jurídico disponible “es aquel cuya afectación puede ser consentida o perdonada por su titular con efecto eximente o extintivo de la responsabilidad penal”.

La jurisprudencia para determinar sobre si un bien jurídico es o no disponible, ha dado especial prioridad a la opinión que tiene la víctima sobre el bien jurídico que se afectó con el delito. Lo que se ha observado también en los delitos pluriofensivos, en que se privilegia aquel bien jurídico que la víctima percibió como afectado con el delito, lo que ha pesado más que otros aspectos a la hora de evaluar la disponibilidad.<sup>76</sup>

Interés público prevalente, según el inciso tercero del artículo 241 del CPP, concurre cuando “el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular”. A juicio del Fiscal Nacional, se trataría de un caso de reincidencia específica, esto es haber sido el imputado condenado anteriormente por delitos de la misma especie que aquél que es objeto del acuerdo reparatorio, debiendo considerarse por ellos a los que afecten a un mismo bien jurídico tal como lo prescribe el inciso cuarto del artículo 351 del CPP.

En consecuencia, los fiscales podrán estimar que concurre un interés público prevalente, en los siguientes casos:<sup>77</sup>

- a) La existencia de otro bien jurídico afectado de mayor entidad que el principalmente vulnerado por el delito objeto del acuerdo reparatorio.
- b) cuando exista constancia de haber llegado a acuerdo reparatorio por delitos de la misma especie al menos en dos oportunidades anteriores, según el registro previsto por el art. 246 del CPP. Debiendo considerarse delitos de la misma

---

<sup>76</sup> SCA Antofagasta, Rol N° 228-04, 01/12/04. Caso contra LuíS Danilo González Molina. SCA La Serena, Rol N° 188-04, 01/10/04. Caso contra Claudio Pérez Urizar. SCA Rancagua, Rol N° 159-04, 02/12/04. Caso contra Johnatán González Valenzuela.

<sup>77</sup> Cita del Oficio N° 038, que introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado del Instructivo General N° 34, sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios, enero 21 de 2003.

especie aquellos que afectan un mismo bien jurídico, de acuerdo al art. 351 inc. 4º del CPP.<sup>78</sup>

La jurisprudencia de los tribunales ha interpretado el interés público prevalente de forma bastante restringida, dando prioridad a la voluntad de las partes. Incluso en el caso de los delitos pluriofensivos, la opinión de la víctima, respecto al bien jurídico que ha visto afectado, es importante para la determinación de los tribunales. Especialmente, cuando interviene una reparación entre las partes.

Por otra parte, la jurisprudencia ha considerado en el interés público, la agravante de reincidencia específica, “volver a hacer lo que se había hecho”. Por ejemplo, cuando la reiteración de un hecho similar, se comete encontrándose el imputado cumpliendo el beneficio de remisión condicional de la pena, la reiteración no se considera con la relevancia jurídica suficiente para invocar interés público prevalente, ya que no configuraría agravante de reincidencia. Tampoco se considera válida, las condenas que fueran cometidas hace un tiempo tal que no puedan ser consideradas como agravantes. Respecto de las anotaciones de autos de procesamientos de los imputados, no se han considerado de gran relevancia dado que los autos de procesamiento son esencialmente revocables. También se ha valorado el bien común de los gobernados, como prioritario para evaluar el interés público prevalente.<sup>79</sup>

## **Participación del Ministerio Público en los acuerdos reparatorios**

---

<sup>78</sup> La exigencia de condenas anteriores se condice con el principio de inocencia, el cual se vería vulnerado de entender que esta norma alude a hechos anteriores de la misma especie que no hubieren sido objeto de sentencias condenatorias firmes. “Así, el hecho de considerar, para los efectos de evaluar la procedencia de los acuerdos reparatorios, como conductas anteriores, hechos por los cuales no se ha sido condenado, pone en cuestión la vigencia de la presunción de inocencia ya que se impediría acceder a los acuerdos basados en hechos que no han sido formalmente probados y por los cuales el imputado no ha sido considerado culpable en un juicio previo” (Mauricio Duce, ob. cit., p. 165).

<sup>79</sup> SCA Antofagasta Rol N° 228-04, 01/12/04. Caso contra Luís Danilo González Molina. SCA La Serena, Rol N° 188-04, 01/10/04. Caso contra Claudio Pérez Urizar. SCA Rancagua, Rol N° 159-04, 02/12/04. Caso contra Johnatán González Valenzuela.

A propósito del rol que le corresponde al Ministerio Público en la adopción de los acuerdos reparatorios, algunos autores sostienen que aquél a diferencia de lo que ocurre tratándose de la suspensión condicional del procedimiento, sólo tiene una intervención marginal, al carecer la opinión del Fiscal, de valor vinculante tanto para el Juez de Garantía, como para las partes que intervienen en el mismo, pues éste podría incluso ser aprobado contra la voluntad expresa del Fiscal, medida que estaría justificada por la existencia de un interés preponderante de la víctima, cuya satisfacción concreta es elevada por la ley a la categoría de una de las finalidades principales a las que debe aspirar el proceso penal.<sup>80</sup>

Sin embargo esta opinión no es compartida por el Ministerio Público, cuyo parecer en la materia se encuentra sistematizada en el instructivo n° 34, ya citado, en el que se dispone que los fiscales favorecerán la celebración de un acuerdo reparatorio entre los intervinientes tratándose de la generalidad de los hurtos, las usurpaciones no violentas, algunas figuras penales de fraude y falsificación, como también algunos delitos contemplados en leyes especiales. De igual modo, favorecerán dichas convenciones en los casos de lesiones menos graves y delitos culposos, incluido el homicidio y lesiones por imprudencia temeraria o por imprudencia simple del facultativo o dueño de animales.

En otros casos, tales como los robos con fuerza en lugar no habitado o de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público, las violaciones de domicilio en que no hay violencia, la usura o los delitos contra la propiedad intelectual, entre otros, los fiscales evaluarán con detención la procedencia y conveniencia de estos acuerdos entre víctima-imputado.

A continuación, indica una larga lista de delitos que, en su concepto, deben entenderse comprendidos en esta letra a. Así mismo, recomienda a los fiscales oponerse a la aprobación de los acuerdos reparatorios, respecto de los delitos que además del patrimonio afectan otros bienes jurídicos de mayor entidad, como la

---

<sup>80</sup> Duce (N° 4), P. 168.

vida, la salud y la libertad y otros como la seguridad colectiva y administración pública.<sup>81</sup>

En los delitos de manejo en estado de ebriedad, el artículo 394 del CPP, de procedimiento simplificado, contempla expresamente la posibilidad de que la víctima y el imputado lleguen a un acuerdo reparatorio, atendida la naturaleza del hecho punible, disponiendo incluso que el juez de garantía instruya a ambos intervinientes sobre esta posibilidad. Sin perjuicio de lo cual el Fiscal Nacional, en su Instructivo número 62, expresa que “el bien jurídico, es principalmente la seguridad del tránsito público, de carácter colectivo y, por tanto, imposible de ser calificado como un bien jurídicamente disponible, por lo que esta salida resulta improcedente.”<sup>82</sup>.

El Juez de Garantía, de oficio o a petición del Ministerio Público, negará lugar a un acuerdo reparatorio cuando: a) versaren sobre hechos diversos a los planteados en el inciso 2° del artículo 241 del CPP, b) constate que las partes no prestaron su consentimiento libre o sin pleno conocimiento de sus derechos o, c) si existe interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que existe este interés, cuando el imputado haya incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en el caso particular.

### **Oportunidad para solicitar la aprobación de los acuerdos reparatorios**

---

<sup>81</sup> Delitos tales como; robo calificado: Art. 433 CP, robo simple con violencia o intimidación: Art. 436, inciso 1 CP, robo por sorpresa: Art. 436, Inciso 211 CP, robo con fuerza en lugar habitado: Art. 440 CP. Además de otros delitos tales como los consignados en los Arts. 432 y 446 CP; 168 del DFL N° 4, de 1959, (hurto de energía eléctrica); Art. 448 CP (hurto de hallazgo); Art. 458 CP (usurpación no violenta); 459 y 61 CP (usurpación no violenta de aguas); Arts. 467 y 469 CP (entrega fraudulenta); Art. 470 N° 4 CP (suscripción engañosa de documento; Art.470 N° 6 CP (celebración fraudulenta de contrato aleatorio); Art. 470 N° 7 CP (fraude en juego); Art. 469 N° 3 CP; (administración fraudulenta); Art.470 N° 1 (apropiación indebida); 444 CPC (depositario alzado); y Art. 22 del DFL N° 707, de 1982 (giro doloso de cheque). Extorsión: Art. 438 CP, piratería común: Art. 434 CP, receptación: Art. 456 bis A) CP. exacción ilegal: Art. 147 CP., destrucción de documentos: Art. 470 N° 5 CP, suposición de remuneraciones a empleados públicos: Art. 469 N° 5 CP, obtención de prestaciones improcedentes: Art. 470 N° 8 CP, daños calificados: Arts. 485 y 486 CP, usurpación violenta: Art. 457 CP, usurpación violenta de aguas: Art. 460 CP, incendio calificado: Arts. 474 y 475 CP, incendio: Arts. 476 y 477 CP, adulteración de contabilidad en incendio: Art. 483 a) CP,18. Estragos: Arts. 480 y 481 CP 35.

En conformidad al artículo 245 del CPP, al igual que la suspensión condicional del procedimiento, puede pedirse la aprobación de un acuerdo reparatorio en la audiencia de formalización de la investigación y en cualquier momento posterior a ella, hasta el cierre de la investigación. Finalmente, puede pedirse en la audiencia de preparación del juicio oral.

### **Otorgamiento de los acuerdos reparatorios**

Presentada la petición de aprobación, el Juez de Garantía debe citar a todos los intervinientes a una audiencia conforme a lo dispuesto en el Art. 241 del CPP. En ella, el imputado y la víctima darán cuenta del acuerdo reparatorio convenido, pidiendo su aprobación. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 78 del CPP, corresponde a los fiscales informar a la víctima u ofendido, acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.

### **C.- Aplicación de salidas alternativas**

**El estudio sobre las salidas alternativas, de la Defensoría, encargado a la Universidad Central**, efectuado el 2003, que ya he citado, contiene los resultados de una investigación sobre la aplicación, cumplimiento y efectividad de las salidas alternativas.

Para esto se entrevistó a 289 personas cuyas causas estaban radicadas en cuatro de las cinco Regiones que estuvieron entre las primeras en operar con el nuevo sistema procesal –III, IV, VII y IX región. De las 289 personas entrevistadas, 240 habían finalizado una suspensión condicional del procedimiento y 49 personas habían finalizado un acuerdo reparatorio.

También, se realizaron entrevistas a los diversos actores del sistema procesal tales como: jueces de garantía, fiscales, defensores, profesionales que trabajan en

---

<sup>82</sup> Piedrabuena Richards, Guillermo, (n. 13), t. 3, p. 184.

instituciones que atienden personas que cumplen una suspensión condicional del procedimiento.

**Como resultado de este estudio** se expone que: la mayoría de las personas que cumplieron con una salida alternativa de **suspensión condicional del procedimiento** son hombres, 94%, mientras que sólo el 6% del total corresponde a mujeres. Este resultado era congruente con las estadísticas delictivas de la época. Lo que a la fecha actual según las estadísticas antes expuestas se ha revertido.<sup>83</sup>

La edad de las personas que alcanzaron una suspensión condicional del procedimiento muestra que se trata, mayoritariamente, de una población joven, esto es, la mitad 50%, tiene menos de 30 años de edad, mientras que un 25% tiene menos de 40 años.

En el plano familiar, uno de los datos de interés para el estudio es conocer si los entrevistados tienen o no hijos, por las consecuencias económicas y las implicancias que en el plano social y personal pueda ocasionarles. En este aspecto, los resultados señalan que del total de los entrevistados un 69% tiene hijos y el 31% no los tiene.

El nivel socioeconómico de las personas a quienes se les decretó esta salida alternativa refleja que, en general, es bajo. De hecho la mayoría de ellas (61%), no ha completado su educación media y un 2% no tiene estudio alguno y sólo un 4% tiene estudios universitarios.

Casi un tercio de ellos no tiene calificación profesional u ocupacional, un 32% no tiene oficio calificado y 10% no es activo laboralmente. Más aún, gran parte de las personas a quienes se les decreta esta salida se encuentran desocupadas al momento de iniciarla, un 39% del total. Lo que conduce a mayores dificultades a la hora de obtener empleos o de pagar una indemnización.

---

<sup>83</sup> Vease pág. 119 .

### **Tipo de delito y suspensión condicional del procedimiento**

Pareciera que es actualmente muy restrictiva, por lo prescrito en el Art. 237 del CPP, en sus letras a) y b), ya tratado.

El estudio basado en las entrevistas a imputados a quienes se les decretó una suspensión condicional del procedimiento, señalan que los delitos más frecuentes corresponden a delitos contra la propiedad, 49%, en particular, robo, hurto, estafa, abigeato. Un 18% corresponde a delitos de la ley de tránsito. Otro 13% corresponde a delitos contra la vida e integridad física de las personas que, en general, son lesiones o cuasidelitos de homicidio y de lesiones. En tanto, el 5% concentra delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

De acuerdo al estudio, no en todos los casos en que lo permite el Art. 237 letra a del CPP, el Fiscal solicita esta salida, pues algunos fiscales señalaron que siguiendo las orientaciones del instructivo del Ministerio Público, no solicitan esta salida cuando se trata de un abuso sexual, a pesar de que la pena en estos casos resulta inferior a tres años.

### **Medidas cautelares que anteceden a la resolución de la suspensión condicional del procedimiento.**

Las salidas alternativas se establecieron con el propósito, entre otros, de evitar otras sanciones penales más gravosas en casos de delitos leves. Ello supone que cuando se decreta una suspensión condicional del procedimiento, debería evitarse, en la etapa de formalización o durante la investigación la aplicación de una medida cautelar gravosa como la prisión preventiva. En este sentido, los resultados del estudio muestran que del total de personas entrevistadas a las que se les decretó suspensión condicional del procedimiento, un 10% de ellas cumplió prisión preventiva. El 52%, cumplió períodos de encierro que van de los 3 días a los 30 días, mientras que el 35% restante estuvo privado de libertad entre 31 y 180 días.

Algunos fiscales señalaron en el estudio que, en los casos de delitos sexuales, piden prisión preventiva con el propósito, por una parte, de proteger a la víctima y, por otra, de responder a la demanda de seguridad ciudadana.

En la mayoría de los casos, 80% del total de los entrevistados, señalaron que cumplieron, antes de la suspensión condicional del procedimiento, una o más de las medidas cautelares del Art. 155.

Los fiscales evalúan con frecuencia para solicitar la suspensión condicional del procedimiento, el interés de la víctima, las que son proclives a aceptar esta salida cuando el imputado es joven, pues sienten que con esta modalidad de reparar el daño, le dan otra oportunidad.<sup>84</sup>

En relación con este segundo requisito que establece el Art. 237 en su letra b, esto es, que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, los resultados de las entrevistas a los defensores, muestran que los fiscales lo han interpretado discrecionalmente, muchas veces, invocan procesos, formalizaciones y no estrictamente condenas.

Por otra parte, los resultados muestran que, casi todas las personas que finalizaron con una suspensión condicional del procedimiento, no tenían experiencia anterior con el sistema de justicia criminal. Es el caso de nueve de cada diez personas.

Los jueces de garantía para decretar una suspensión condicional del procedimiento, evalúan si el fiscal tiene fundamentos razonables para solicitar una condena. Si no los tiene, el juez rechaza esta solicitud. Esto según lo señalan los jueces, se debe a su rol de resguardar las garantías del imputado. Esta evaluación

---

<sup>84</sup> Estudio citado sobre salidas alternativas y el nuevo proceso penal.



la hacen algunos jueces incluso cuando el imputado está de acuerdo en la medida solicitada.

### **Condiciones que impone el tribunal**

Los resultados del estudio muestran que prácticamente todos los imputados que finalizaron con una suspensión condicional del procedimiento, 96%, fue informado de las condiciones del cumplimiento de tal salida, en su mayoría por el juez y el defensor.

**El tipo de condiciones que impone el tribunal** importan obligaciones que implican deberes, mientras que otras restringen la libertad de circulación, y otras implican el cumplimiento de compromisos económicos, educacionales, laborales o de salud. Las más frecuentes en orden descendente, corresponden a: obligación de presentarse al Ministerio Público a firmar (78%), obligación de fijar el domicilio y avisar de cualquier cambio (60%), prohibición de alejarse de la región o localidad (24%), pagar una indemnización a la víctima (24%), prohibición de frecuentar algunos lugares o personas (24%).

En tanto, las obligaciones cuyo objeto es mejorar las condiciones de vulnerabilidad de los imputados (problemas de salud, laborales o de educación) son las que se imponen con menor frecuencia. En efecto, de estas condiciones, un 11% de los entrevistados señalaron haberse sometido a las condiciones del área de salud: tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza. Otro 13% mencionó las del área laboral: tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo; y, finalmente, un 6% indicó las del área educacional: asistir a un Programa Educacional o de Capacitación.

Otra modalidad de obligación, que se ha ido desarrollando con la práctica a sugerencia de algunos de los actores, es pagar una cierta cantidad de dinero a beneficio de alguna institución o a la víctima en cuotas. Condición que se da frecuentemente en el caso de los delitos por conducir en estado de ebriedad

### **Tiempo de duración de la suspensión condicional del procedimiento.**

El plazo de esta salida no podrá ser inferior a un año ni superior a tres años, de acuerdo a lo que establece el Art. 237 CPP. Los resultados del estudio señalan que el plazo de duración más recurrente es **de un año, 64%** de los casos.

### **Cumplimiento y control institucional de las obligaciones**

El cumplimiento de las condiciones que impone el tribunal en esta salida es satisfactorio. En este sentido, todos los resultados del estudio, muestran que casi todos cumplen con las condiciones impuestas por el tribunal. Un 85% manifestó que cumplió todas las obligaciones, mientras que sólo un 13% señaló que cumplió algunas de ellas. **Es excepcional que las personas no cumplan las obligaciones, lo cual ocurrió en el 1% de los casos de este estudio.**

Una muestra de este cumplimiento son las escasas solicitudes y audiencias de revocación de estas salidas. Esto redundaría en la buena calificación que los jueces, fiscales y defensores hacen de la suspensión condicional del procedimiento.

### **Cumplimiento de las obligaciones económicas contraídas por el imputado**

Los resultados de las entrevistas a los defensores, muestran que los imputados presentan dificultades para responder a las obligaciones que se imponen. En estos casos, se impone el pago en cuotas, el imputado deposita directamente en la cuenta corriente de la persona o instituciones respectivas y, cuando terminan con esta obligación, hay dos controles institucionales que operan para revisar su cumplimiento. El primero, es la acreditación de los pagos que el mismo imputado hace en la Fiscalía, mientras que el segundo, opera a cargo de la Defensoría, cuando el imputado termina de pagar acude, con sus comprobantes al defensor y éste lo acompaña al tribunal para dejar constancia de que se cumplieron todos los pagos, luego el defensor solicita se dicte de oficio el sobreseimiento definitivo. Esto opera en forma muy expedita en los tribunales.

Hay algunos casos en que la revocación ha suscitado una apelación por el defensor a la respectiva Corte de Apelaciones. El argumento del defensor en la apelación ha sido generalmente que el imputado debe estar presente en la audiencia de revocación y escuchar las razones por las que se revoca la medida, argumento que ha sido acogido favorablemente por la Corte.

Los casos en que el tribunal decreta suspensión condicional del procedimiento a jóvenes menores de 18 años declarados con discernimiento, bajo la modalidad de someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza, (art. 238), o asistir a algún programa educacional o de capacitación, han suscitado dificultades institucionales en su aplicación. Esto, a causa de que no hay suficientes instituciones y profesionales, que cuenten con una adecuada capacitación y formación especializada que les permita atender las problemáticas que presentan este tipo de imputados. Para los casos de drogadicción, alcoholismo, violencia, autoagresiones, entre otras, no hay tratamientos especializados ni modalidades de intervención que ayuden a jóvenes en conflicto con su salud, con su familia o con su entorno.

Los resultados del estudio también muestran que, en general, los jóvenes cumplen con las condiciones que el tribunal les impone y que su deserción es muy baja o inexistente.

**Evaluación que hacen los imputados de las salidas alternativas**, en general, es muy favorable. De las razones que esgrimen los imputados para aceptar la suspensión condicional del procedimiento, tres son las más frecuentes. De ellas, el 74%, sostuvo que aceptó esta salida porque era una solución más rápida y fácil de cumplir, mientras que un 28% señaló que la aceptó para evitar ir a un juicio, y un 22% indicó que la aceptaba porque arriesgaba una solución más dura.

Un 73% de los beneficiados con esta medida, señalaron que las obligaciones que el tribunal les impuso eran fáciles de cumplir. Porque les quedaba cerca (51%); y

la segunda, porque no les interrumpía el trabajo (39%). Las otras razones, aunque son poco frecuentes, son, porque les ayudaba el asistir al tratamiento y porque el trabajo o la capacitación, era útil.

Sólo un 10% de los profesionales que atienden jóvenes calificó estas medidas como “muy blanda” y ninguno de ellos estimó que era “muy dura”. Todos los profesionales entrevistados reconocen esta salida como beneficiosa.

Los defensores son los actores del sistema que más promueven la suspensión condicional del procedimiento como alternativa al juicio. De hecho, cuando a los entrevistados se les consultó por la primera persona que les informó de esta opción de salida alternativa al juicio oral, el 66% de ellos respondió que fue el Defensor y el 32% nombró al Fiscal.

### **Eficacia e Impacto de la suspensión condicional del procedimiento**

La modalidad que asume esta salida alternativa da lugar a que, la mayoría de los imputados, mantengan y reciban el apoyo de su entorno familiar, laboral y social, Así, cuatro de cada cinco personas recibió apoyo familiar, de vecinos, amigos, compañeros y jefes. La mayoría conservó su trabajo y solo a un 23% lo despidieron.

Finalmente, cabe destacar que de acuerdo a los resultados del estudio, esta salida alternativa muestra que su eficacia radica principalmente en su capacidad para lograr el cumplimiento de las condiciones que impone el tribunal y que, muchas veces, satisfacen los intereses de las víctimas. Al mismo tiempo, elimina la aflictiva carga del proceso penal y, con ello, los efectos estigmatizantes de una sentencia condenatoria.

Adicionalmente, tiene impactos positivos en el sistema en los actores principales: los imputados, las víctimas y en el entorno social. En la medida que promueve la

búsqueda de consenso entre las partes, disminuyendo las gravosas cargas que para ambas significa la celebración del juicio.

Con respecto a las víctimas, la suspensión condicional del procedimiento posibilita la satisfacción de sus intereses en buena parte de los casos, particularmente en aquellos donde se imponen y cumplen adecuadamente obligaciones de tipo económico.

Esta salida alternativa es particularmente favorable en el caso de los jóvenes menores de 18 años, en especial los que ingresan por primera vez en el sistema o aquellos que se enfrentan a situaciones de vulnerabilidad social, porque contribuye a responsabilizarlos y a apoyarlos en su desarrollo personal, cumpliendo así funciones de prevención social.

### **Aplicación del acuerdo reparatorio**

Como ambas salidas alternativas tienen muchos aspectos en común, a continuación destacaré sólo las diferencias que tienen los impactos de los acuerdos reparatorios respecto de las suspensiones condicionales del procedimiento.

El perfil social, familiar y laboral de las personas que han participado en un caso que finaliza en un acuerdo reparatorio, no siempre es similar al de la justicia penal en general y tampoco resulta análogo con el de aquellas personas a quienes se les concedió una suspensión condicional del procedimiento. Esta diferenciación resulta útil, porque entrega insumos que permiten promover distintas modalidades de reparación. En el plano familiar, los resultados señalan que del total de los entrevistados a quienes se les otorgó esta salida alternativa, un 82% tiene hijos y un 18% no los tiene.

El nivel socioeconómico de estas personas, en general, es decididamente más alto que en el caso de la suspensión condicional del procedimiento. De hecho,

todos señalaron tener algún tipo de estudio, a su vez, un menor porcentaje no había completado su educación media, y un porcentaje mayor tiene estudios universitarios. Lo que contribuye a facilitar la reparación, o el pago de una indemnización.

En el plano laboral, la mitad de los entrevistados posee una actividad profesional y un 24% trabajan por cuenta propia, tienen un trabajo calificado, o estudian. Un dato que destaca, es el nivel de desempleo, la mitad de las personas a quienes se les decreta un acuerdo reparatorio, se encontraban desocupadas.

Los tipos de delitos por los cuales se puede convenir un acuerdo reparatorio son, como ya dije, aún más restrictivos que en la suspensión condicional del procedimiento, según el Art. 241 CPP.

De acuerdo a lo anterior, los resultados de las entrevistas muestran que los tipos de delitos por los cuales las personas llegan a un acuerdo reparatorio son leves: un 28% corresponde a delitos de robo y hurto; un 18% corresponde a lesiones leves; el 14% accidentes de tránsito que derivan en cuasidelitos de lesiones, un 20% son delitos leves o faltas: y, un 20% trata de otros delitos.

### **Tipos de acuerdo reparatorio**

Aunque inicialmente el acuerdo reparatorio fue proyectado, principalmente, como una salida conducente a una reparación o indemnización económica a la víctima, en la práctica, los actores del sistema han introducido nuevas modalidades de reparaciones que satisfacen a la víctima, al imputado y muchas veces al entorno social. Como el caso de petición de disculpas públicas del imputado.

De acuerdo a los resultados del estudio, los acuerdos reparatorios finalizan de tres formas: la más frecuente (78% de los casos) con el pago de una determinada suma de dinero o de reparación económica del daño ocasionado; la segunda es

firmar por un período de tiempo determinado (12%); y, la tercera es la presentación formal de disculpas a la víctima (10%).

### **Cumplimiento de las obligaciones del acuerdo reparatorio**

Un aspecto que contribuye al cumplimiento de las obligaciones impuestas en la salida alternativa, es la información oportuna y adecuada de los compromisos contraídos. Los resultados del estudio muestran que un 96% de los entrevistados, siempre cumplieron las obligaciones que le impusieron en el acuerdo.

Las cantidades pagadas como acuerdo reparatorio oscilan en el 40% de los casos entre los \$ 10.000 y los \$ 50.000. En tanto, uno de cada cinco acuerdos consistió en la prohibición de acercarse a la víctima o a ciertos lugares.

La evaluación que hacen los imputados del acuerdo reparatorio es, en general, muy favorable. Tres de cada cuatro entrevistados manifestaron que aceptaron porque era una solución más rápida, mientras que la mitad de los entrevistados señaló que la aceptaba para evitar ir a un juicio. Uno de cada tres entrevistados indicó que la aceptó porque arriesgaba una solución más dura y porque era lo que la víctima quería. Otro de los beneficios indicados fueron: que no se separó de su familia, que era una cantidad que podía pagar, que le sirvió para evitar conflictos en el futuro, que no perdió el trabajo.

Los argumentos desfavorables que las personas expresan del acuerdo reparatorio son: su familia se vio afectada por el monto que tuvo que pagar (37%); la medida fue muy extensa en cuanto a tiempo (31%); y, la medida fue muy costosa (25%).

### **Beneficios como impacto de los acuerdos reparatorios**

La modalidad del acuerdo reparatorio permite que la mayoría de los imputados mantengan y reciban el apoyo de su entorno familiar, laboral y social, lo que es una garantía de pago.

Esta salida alternativa logra el descongestionamiento del sistema; agilidad; oportunidad y transparencia; proporciona a la víctima y al imputado una fórmula capaz de solucionar conflictos penales sin los gravosos efectos del antiguo procedimiento.

Interesante resulta en este punto precisar, que la concurrencia proactiva del imputado con relación al acuerdo reparatorio, no significa por parte de él, reconocimiento alguno de culpabilidad o de aceptación de los hechos que motivan la persecución penal, sino simplemente su voluntad de acceder a esta salida alternativa del proceso, (artículo 335 del CPP).

Un dato implícito en toda la información recopilada, es que el acuerdo reparatorio, representa una vía pedagógica por la cual la confianza, el compromiso, la transparencia y el respeto, muestran ser altamente eficaces no sólo para solucionar casos de delitos leves y moderada gravedad, sino incluso, para resolver conflictos de gravedad mayor.

Esta salida alternativa evita el estigma que implica para muchas personas haber tenido relación con la justicia penal y solucionan el conflicto penal mucho más que una sentencia condenatoria.

Sin perjuicio de la opinión anterior, personalmente me gustaría incorporar otros argumentos en favor de esta salida alternativa, tales como<sup>85</sup>:

“Al derecho penal y procesal penal, no sólo le corresponde una labor sancionatoria, sino garantizadora de los derechos fundamentales de los intervinientes en la vida comunitaria, procurando de manera decisiva la reinserción

---

<sup>85</sup> Comentarios de “LOS ACUERDOS REPARATORIOS: ALGUNOS COMENTARIOS A PARTIR DE LAS NOCIONES DE REPARACIÓN Y NEGOCIACIÓN. De Manuel Zárate Campos, Octubre 2001.



social del imputado además de la plena y real satisfacción de los intereses de la víctima”<sup>86</sup>.

“La implementación de las salidas alternativas en el proceso penal, permiten una mejor aplicación del principio de legalidad procesal, el cual prescribe que: frente a todo hecho ilícito penal que se produzca dentro de la esfera de atribuciones del tribunal, debe ser conocido, juzgado y eventualmente castigado por éste. Es por ello que las salidas alternativas, surgen como una posibilidad de regular y consagrar la aplicación práctica de criterios de selección de casos, definidos de manera pública y transparente”<sup>87</sup>.

*Otro beneficio de las salidas alternativas, “es que posibilitan que el imputado, se reincorpore como ciudadano útil, no quedando marginado de la dinámica social. Adicionalmente, permiten que el grupo social y familiar más cercano al imputado, eviten el trauma social y económico que les causaría la aplicación a aquél, de una respuesta punitiva tradicional”<sup>88</sup>.*

Una adecuada selección en el ingreso de causas a la instancia de investigación, incidirá en un ahorro económico, evitando con ello el malgasto de importantes recursos en el inicio de investigaciones por delitos de escasa relevancia social, o bien, tratándose de hechos que dado los antecedentes existentes, ofrecen mínimas posibilidades de ser esclarecidos.

Los acuerdos reparatorios, tienen como objetivo *“realzar los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado”<sup>89</sup>.*

## **Problemas respecto a los acuerdos reparatorios <sup>90</sup>**

---

<sup>86</sup> Idem. Cita anterior.

<sup>87</sup> Idem cita anterior.

<sup>88</sup> Idem cita anterior.

Legalidad de los términos de un acuerdo reparatorio. Respecto de este punto, no existe norma expresa en el procedimiento penal, ¿podrá el Juez de Garantía rechazar un acuerdo por esta razón? Por ejemplo, el imputado se compromete a realizar trabajos fuera del límite de horas que el Código del Trabajo permite trabajar. En las disposiciones que rigen los acuerdos reparatorios aparece como limitada la facultad del Juez en el sentido de “tener” que aprobar los acuerdos si concurren los requisitos establecidos. Lo único que se podría hacer, sería concurrir a las normas civiles o constitucionales, estimando que el acuerdo contiene un objeto ilícito, por lo que no sería válido, o que los términos de aquél van contra las garantías protegidas por la Constitución.

Otro problema sería, el de hacer cumplir por el Tribunal los acuerdos reparatorios que no tengan caracteres propiamente económicos, con un procedimiento ejecutivo como el que se propone en el Código. Esto podría generar el inconveniente de limitar los acuerdos reparatorios en cuanto a que su contenido tendría que ser únicamente de carácter patrimonial. Algunos autores dicen que la solución se encuentra en el articulado del Código Procesal Civil, específicamente en el artículo 238, aplicable por disposición del artículo 243 del CPP, que señala que *“corresponderá al Juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento (de lo ordenado por una resolución), pudiendo al efecto imponer multas...o arresto..., determinados prudencialmente por el Tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio”*.

En los delitos sin víctima, o referentes a bienes jurídicos colectivos o difusos, se preguntan algunos autores si ¿podrían concurrir legítimamente a un acuerdo instituciones públicas o privadas, como titulares de los bienes jurídicos dañados por un ilícito? Lo anterior, dicen algunos, aparece en parte recogido en el artículo

---

<sup>89</sup> Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley que estableció el nuevo Código Procesal Penal. P. 104

<sup>90</sup> Comentarios de [www.acceso.uct.cl/congreso/docs/francisco\\_vargas.doc](http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/francisco_vargas.doc) “ Problema de hacer cumplir por el Tribunal los acuerdos reparatorios”.

111 del CPP que reconoce la posibilidad de ser querellante, a cualquier persona en ilícitos terroristas, cometidos por funcionarios públicos.

Por último, se ha planteado la inquietud de que esta salida pueda quedar “reservada” para las clases privilegiadas económicamente. Frente a este inconveniente, la mediación como proceso que abre una multiplicidad de alternativas y oportunidades de reparación puede ser la solución.

### **Recomendaciones para la aplicación de los acuerdos reparatorios**

El estudio realizado por la Defensoría en el año 2004, deja claro que existen algunos desafíos futuros, referentes a aspectos que pueden mejorarse, tales como:

- Es oportuno establecer criterios en el sistema cautelar destinados a evitar la prisión preventiva y a favorecer la aplicación de otras medidas cautelares del Art. 155 del CPP, en los casos en que se aplica un acuerdo reparatorio.
- Todos los actores que están involucrados en el acuerdo reparatorio: jueces, defensores, fiscales, imputado, víctima y sociedad, **coinciden en que el acuerdo reparatorio debe ser más utilizado, no sólo para los delitos leves como lo prevé la actual normativa, sino para muchos otros delitos** que pudieran alcanzar respuestas más satisfactorias para las víctimas y menos gravosas para el imputado.
- Mejorar la información destinada a dar cuenta del funcionamiento y desarrollo del sistema de salidas alternativas, mediante el diseño de un adecuado mecanismo de información, confiable para fines de monitoreo, seguimiento y evaluación.
- Promover el desarrollo de una propuesta destinada a generar una gama de mecanismos de control simples, expeditos y flexibles, conforme a la realidad de las regiones y tipos de medidas adoptadas.
- Diversificar la gama de obligaciones que imponen las salidas alternativas, con el objeto de que las personas que no tienen recursos puedan cumplir con otras obligaciones que estén a su alcance. Institucionalizar la

promoción y desarrollo de fórmulas recientes y exitosas, tales como las disculpas públicas, los trabajos comunitarios y las donaciones a instituciones benéficas.

- Promover el desarrollo de políticas interinstitucionales destinadas a fortalecer la misión de la Defensoría Penal Pública en este ámbito, como la atención especializada de jóvenes menores de 18 años infractores de ley. Paso, que ya a la fecha ha dado la Defensoría, creando una unidad especializada para la defensa de jóvenes.
- **Promover el desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la mediación penal**, especialmente en el caso de los no reincidentes y jóvenes. Desgraciadamente en la nueva ley de Responsabilidad Penal Juvenil, no se estableció un mecanismo como la mediación, para dar solución a los conflictos penales, sin perjuicio de establecerse una serie de salidas alternativas a las penas privativas de libertad.
- Aumentar la frecuencia y cobertura de la aplicación de salidas alternativas, de modo que éstas se utilicen en **mayor cantidad de tipos de delitos**, superando el requisito del límite legal, como ocurre actualmente.
- Flexibilizar los actuales procedimientos de control de las obligaciones que imponen las salidas alternativas, tanto en el Ministerio Público, como en los tribunales, para evitar la revocación de estas salidas que suelen conducir a la privación de libertad en casos injustificados.

**Personalmente, también recomendaría:**

- Activar la función propia de apoyo y promoción de las salidas alternativas y especialmente de los acuerdos reparatorios, de las Unidades de Atención a Testigos e Imputados de la Defensoría, creadas con el objetivo de apoyar a los defensores penales en los casos en que se requiera presentar pruebas periciales y testimoniales, o acordar salidas alternativas entre imputados y fiscales o víctimas.

- En caso del Ministerio Público, apoyar como función propia de las Unidades de Víctimas y Testigos, URAVIT, la promoción y colaboración en las salidas alternativas, especialmente en los proceso colaborativos que promueven los acuerdos reparatorios. A este respecto, *según* el profesor MATUS, “*es perfectamente posible y se encuentra legalmente respaldado, que el Fiscal Nacional, en uso de su atribución de fijar los criterios de actuación del Ministerio Público, determine que dicha Unidad organice y diseñe mecanismos que faciliten la obtención de los adecuados consensos para, la suspensión condicional y los acuerdos reparatorios, evitando el gasto de la realización de los juicios orales*”.<sup>91</sup>
- Los fiscales, abogados particulares de la víctima y defensores, deben buscar muy tempranamente, espacios de negociación que hagan viable la posibilidad de lograr un acuerdo de reparación, para no incurrir en gastos de recursos humanos, emocionales y económicos.
- Ampliar la aplicación legal de los acuerdos reparatorios a los delitos de Violencia Intrafamiliar bajo la Ley 20.066.<sup>92</sup>

### **La Reparación en los acuerdos reparatorios<sup>93</sup>**

La reparación, ha pasado ha constituir, para algunos autores<sup>94</sup>, una institución autónoma en el Derecho Penal, independiente al ejercicio de la acción civil restitutoria y o indemnizatoria, que puede derivarse de la comisión de un ilícito penal. Incluso algunos autores han llegado a asociar la reparación con una “tercera vía”, intermedia entre la distinción entre penas y medidas de seguridad.

---

<sup>91</sup> MATUS (n° 25), p. 141

<sup>92</sup> Estudio de la Universidad Diego Portales para la DPP “Las evaluaciones recabadas por diversos organismos internacionales dan cuenta que los esfuerzos de los Estados por limitar su área de intervención en violencia a la judicial no sólo es restringida sino además ineficiente. Sin medidas interdisciplinarias e intersectoriales las leyes que sancionan la violencia carecen de eficacia, pues se requiere intervención terapéutica para las personas que sufren violencia además de intervenciones específicas para aquellos que la perpetran”.

<sup>93</sup> Comentarios de “LOS ACUERDOS REPARATORIOS: ALGUNOS COMENTARIOS A PARTIR DE LAS NOCIONES DE REPARACIÓN Y NEGOCIACIÓN. De Manuel Zárate Campos **Octubre 2001**.”

<sup>94</sup> A este respecto podemos decir que la reparación comienza a ser estudiada con intensidad en el marco del proceso penal, a partir del desarrollo de la perspectiva victimológica, como reparación a la víctima y como revalorización del valor de ésta y de su interés preponderante en el proceso penal.

Así por ejemplo, el profesor ROXIN señala que *“es recomendable construir la reparación al lado de la pena y de la medida como un “tercer carril” del Derecho Penal”. La que en algunas ocasiones es una medida sustitutiva y otras complementa a la pena, “según convenga, a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima”. La reparación “es un instrumento autónomo para la consecución de los fines de la pena, evitándola o atenuándola.”.*<sup>95</sup>

Para algunos autores, la idea de reparación, en un proceso de mediación entre las partes, tiene un significado y un contenido diferente al concepto de reparación civil del daño. Reparar el mal causado por el delito comprendería la pena y la responsabilidad civil, teniendo la primera el significado de una reparación simbólica ante la víctima y la sociedad, mientras que la segunda se dirige a la indemnización de los daños causados efectivamente a la víctima como efecto del delito.

Esta noción de reparación permite abarcar tanto las prestaciones materiales como simbólicas, e incluso prestaciones que suponen la dedicación de tiempo o trabajo en beneficio de la víctima. La reparación simbólica que tiene como destinataria a la sociedad, por ejemplo, prestaciones materiales a instituciones de utilidad pública, representan un vínculo con las penas, a consecuencia de la distancia de la reparación con el daño efectivo producido a un sujeto concreto.

En realidad, la reparación representa un proceso en el que la confrontación y responsabilización constituyen los dos ejes claves, pues mientras la primera implica situar al sujeto infractor ante el acto delictivo cometido, para hacerle comprender que se trata de un hecho que atenta contra la norma social, que altera la convivencia de la comunidad y que es un perjuicio para la víctima, el reconocimiento de los hechos que conlleva la responsabilización implica la

---

<sup>95</sup> Roxin, Claus, *“Fines de la pena y reparación del daño”*, en *“De los Delitos y de las Víctimas”*, Editorial Ad Hoc, 1992, en Libedinsky Ventura, Sofía, *“Los Acuerdos Reparatorios”*, en Gaceta Jurídica n° 211, enero 1998, p. 14.

aceptación de las consecuencias de su actuar y la posterior voluntad de reparar y de compensar a la víctima.<sup>96</sup>

En materia penal, en 1985 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó dos reglas de relevancia para la reparación de la víctima, abriéndose a alternativas distintas al juicio para asegurar la garantía del acceso a la justicia. Prescribiendo que, “4°: *Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional*”, y “7°: *Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas*”.<sup>97</sup>

Constituye una debilidad del nuevo sistema de justicia criminal, el no contempla ningún mecanismo institucional o formalizado que haga posible la opción prioritaria por un mecanismo de solución de conflictos, tal como la negociación, conciliación o mediación, que contemple un proceso determinado para trabajar los acuerdos reparatorios e incluso la suspensión condicional del procedimiento.

Personalmente, estimo que en la suspensión condicional del procedimiento, el proceso más adecuado que debiera aplicarse es el de conciliación, que importa una dirección de una autoridad que puede ser el juez y que propone bases para un acuerdo. En cambio, en los acuerdos reparatorios, el proceso más adecuado es la mediación, en la que no existe autoridad que propone bases para un

---

<sup>96</sup> Comentarios de “LOS ACUERDOS REPARATORIOS: ALGUNOS COMENTARIOS A PARTIR DE LAS NOCIONES DE REPARACIÓN Y NEGOCIACIÓN. De Manuel Zárate Campos Octubre 2001.

<sup>97</sup> Declaración sobre Los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, recomendada por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán agosto-septiembre de 1985, adoptada por la Asamblea General en resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, en Chaves ramírez, Alfonso, *La Conciliación. Varios Autores, Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Asociación de Ciencias Penales Costa Rica. San José de Costa Rica, Noviembre 1996. P.171.

acuerdo, sino que son las partes los protagonistas quienes las proponen. Tema que desarrollaré en extenso en el próximo capítulo.

### **Efectos de las formas de resolución de los conflictos penales en la reincidencia**

Para efectos de evaluar la pertinencia de aplicar la mediación penal en Chile, parece trascendente analizar como las distintas formas de solución de los conflictos influye en evitar la reincidencia de los imputados por delitos.

Desgraciadamente en Chile no tenemos aún un estudio de reincidencia respecto de personas a las que se les ha aplicado la mediación penal, debido al escaso tiempo que ésta lleva practicándose en nuestro país. Así es que solo podremos apreciar un acercamiento en las salidas alternativas y especialmente en los acuerdos reparatorios, que no es lo mismo que la mediación penal y está lejos de serlo, ya que a éstos, les falta el elemento mas importante de la mediación; que es el proceso por el que pasan las partes y que personalmente y según la opinión de los adeptos a la mediación penal, produce un cambio interno en la forma que el ofensor enfrenta el delito.

La fuente que usaré para el análisis de la reincidencia según forma de resolución de conflictos penales en Chile, será el Informe “Reincidencia de los imputados atendidos por la Defensoría Penal Pública” entre los años 2001 y 2006, del Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública.

“Se trata del primer estudio sobre reincidencia de imputados que han sido procesados en el marco de la Reforma Procesal Penal. Este se realizó sobre el universo de condenados atendidos por la Defensoría Penal Pública durante la Reforma y se calculó la reincidencia sólo respecto de condenas dictadas en el marco de la reforma”<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Estudio sobre “Reincidencia de los Imputados Atendidos por la Defensoría Penal Pública” entre los años 2001 y 2006, del Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública. Elaborado por Luís Vial Recabarren.



Para realizar este estudio se seleccionó a todos los imputados que fueron atendidos por la Defensoría Penal Pública entre el 16 de diciembre del 2000 y el 30 de junio del 2006.

“Se utilizaron dos conceptos de reincidencia, uno amplio y otro restringido. En el sentido amplio se entiende que el imputado ha sido condenado más de una vez por la comisión de cualquier ilícito de carácter penal. En un sentido restringido, se entenderá que el imputado ha sido condenado más de una vez por el mismo ilícito de carácter penal”.<sup>99</sup>

“Se mide la reincidencia a partir de la primera causa terminada en el sistema. Se privilegió el estudio de los delitos con penas inferiores a tres años, relevantes desde un punto de vista estadístico y cuya primera forma de término sea una salida alternativa (suspensión condicional del procedimiento o acuerdo reparatorio) o una sentencia condenatoria con beneficios de la ley 18.216”.<sup>100</sup> Se privilegió esta mirada, en razón de que todos estos individuos tienen mayor oportunidad de reincidir por tener mayor grado de libertad ambulatoria.

“La gradualidad de la implementación de la Reforma no permite estudiar imputados condenados a penas largas –en general superiores a 5 años- pues muchos de ellos todavía no terminan de cumplir sus condenas, de todas maneras se han incluido resultados, a modo de referencia, para delitos con otras penas”.

“La salida alternativa, que es la forma de término más frecuente desde que se dio inicio a la Reforma, arrojó los porcentajes más bajos de reincidencia, en un sentido amplio, en relación a las otras formas de término. Sobre el total de imputados finalizados en un primer término por esta vía, sólo el 1,4% puede ser declarado

---

<sup>99</sup> Estudio sobre “Reincidencia de los Imputados Atendidos por la Defensoría Penal Pública” entre los años 2001 y 2006, del Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública. Elaborado por Juan Luís Vial.

<sup>100</sup> Idem. Cita anterior, pág 4.

como reincidente en un sentido amplio por tener dos o más condenas posteriores a la salida alternativa.”<sup>101</sup>

El año 2003, sólo el 3,2% de los imputados finalizados a través de una salida alternativa puede ser considerado como reincidente en un sentido amplio. “Las condenas con beneficio muestran en general una tasa menor de reincidencia en un sentido amplio que las condenas sin beneficio, lo que es coherente con otros estudios realizados en Chile sobre este tema. En el caso de los condenados a cumplir su pena con beneficios de la ley 18.216, el 16,3% fue nuevamente condenado en causas posteriores. En el caso de los condenados a cumplir su pena intramuros, el 19,5% fue nuevamente condenado tras ese primer término”<sup>102</sup>.

Los resultados del estudio mostraron que en el caso del hurto simple, que es uno de los delitos más frecuente en la prestación de defensa y susceptible de acuerdo reparatorio, tenía una reincidencia en un sentido restringido del 28,67%. Las mujeres presentan una reincidencia en un sentido restringido para el año 2003, muy superior llegando al 34,6%.

Para que un individuo sea considerado como reincidente debe tener más de una condena en distintas causas. No es considerado reincidente un imputado que tenga una salida alternativa en una primera causa y una condena en una segunda causa. Es considerado reincidente un imputado que tenga una salida alternativa en una primera causa y dos condenas posteriores en distintas causas.

Ninguno de los conceptos de reincidencia utilizados es equivalente a alguno de los conceptos de reincidencia utilizados por la ley<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Idem. Cita anterior.

<sup>102</sup> Idem. Cita anterior, pág 3 y 4.

<sup>103</sup> En nuestro CP es posible distinguir dos clases de reincidencia, atendiendo a si el sujeto cumplió o no condena con anterioridad: la *reincidencia impropia*, recogida por el art. 12 N° 14 CP, y la *reincidencia propia*, recogida en el art. 12 N° 15 y N° 16. Esta última, a su vez, puede clasificarse en *reincidencia propia genérica*, recogida en el art. 12 N° 15, y *reincidencia propia específica*, recogida en el artículo 12 N° 16. Lo que diferencia de la *reincidencia* en relación con la *reiteración* -que recibe tratamiento conforme a las reglas para concurso de delitos- es el hecho que en aquélla ha mediado, entre la primera y la segunda infracción, la dictación de una sentencia condenatoria.

El concepto restringido de reincidencia utilizado en este estudio, comprende sólo los casos en que se es condenado nuevamente por el *mismo* delito, siendo insuficiente que el nuevo delito simplemente afecte el mismo bien jurídico o que tenga “similar naturaleza”.

Gendarmería de Chile ha realizado dos estudios de reincidencia, ambos previos a la implementación de la Reforma. Por otro lado el estudio empírico de penas presentado por la Fundación Paz Ciudadana en el mes de junio 2006, sin ser un estudio de reincidencia, aporta algunos antecedentes respecto de este fenómeno para algunos delitos.

### **Los aportes de estas investigaciones previas**

En el estudio de la Defensoría, ya citado, se corrobora lo demostrado en los estudios de Gendarmería<sup>104</sup>, esto es, que las medidas alternativas a la reclusión tienen tasas de reincidencia inferiores a las penas que se cumplen en privación de libertad. Esto a pesar que la Reforma introduce una distorsión en las características de la población que deba cumplir medidas alternativas. Desde la creación de las salidas alternativas al procedimiento, se produce un filtro previo a las condenas con beneficio de la ley 18.216, pues es probable que un grupo de la población que hoy obtiene salidas alternativas, anteriormente, bajo el antiguo Código de Procedimiento Penal, era sancionado con medidas alternativas, lo que modifica el perfil de la población cumpliendo condenas en el medio libre.

---

<sup>104</sup> Estudio que fue publicado el año 1997 en el libro “Castigar o rehabilitar? Las medidas alternativas a la reclusión en Chile”. Esta investigación se orientó principalmente a medir la tasa de reincidencia de personas que cumplieron medidas alternativas entre 1990 y 1992. Con un tiempo de observación posterior al cumplimiento de la pena de 3 a 5 años.

El segundo estudio fue publicado en marzo del año 2000 en el Cuaderno UNICRIM N° 2, con el nombre “Tasa de Reincidencia de condenados egresados del sistema penitenciario”. En este estudio se extendió la investigación, además de las medidas alternativas, a la reincidencia de condenados que cumplieron su pena intramuros. En este caso el tiempo mínimo de observación posterior fue de cinco años.

En segundo lugar, respecto del estudio que realizó la Fundación Paz Ciudadana, se recoge principalmente la constatación que algunos delitos muestran tasas altas de reincidencia, en particular el delito de hurto. Los resultados que se obtuvieron son semejantes en este sentido.

En el estudio de la Defensoría, la mayor parte de las personas atendidas por ésta, registraban una sola causa, 199.924 imputados recibieron defensa penal pública en una sola oportunidad, lo que equivale al 83,3% del total de atendidos.

La mayoría de los imputados atendidos por la Defensoría finalizó su primera causa por una forma de término distinta a una condena y no ha sido nunca condenada en el período seleccionado para el presente estudio. Un total de 170.021 imputados goza de esta condición, lo que corresponde al 70,8% de las personas atendidas.

Considerando todas las formas de término, los imputados que tienen dos o más condenas, es decir, que pueden ser considerados como reincidentes, corresponden al 6,2% de los imputados atendidos por la Defensoría.

### **Reincidencia para imputados con salida alternativa como término de la primera causa finalizada**

En las salidas alternativas, como término de la primera causa penal ingresada al sistema, hay menos imputados con nuevas causas penales en comparación a otras formas de término. Al 30 de junio de 2006, el 89,7% (93.575) de los imputados a los cuales se les había decretado alguna salida alternativa al procedimiento, tenían una sola causa registrada en su historia judicial. Es decir, el 10,3% (10.793) de los imputados, a los cuáles se les había decretado en su primera causa judicial alguna salida alternativa al procedimiento, tenía nuevas causas penales terminadas posteriores a esa salida alternativa.

“Ello no significa que estos imputados puedan ser considerados como reincidentes, ni siquiera en sentido amplio. En primer lugar porque para ser considerado como tal, en el caso de las salidas alternativas, es necesario que un imputado tenga más de una condena en causas posteriores al primer término por

salida alternativa. Segundo, esa segunda causa pudo terminar en sobreseimiento o cualquier otro término distinto de una condena”<sup>105</sup>.

Sólo el 5% de los imputados que han terminado su causa por salida alternativa son posteriormente condenados. De estos, no todos pueden ser considerados como reincidentes, tomando en cuenta que sólo el 1,4% de los imputados que han terminado su primera causa en salida alternativa tienen 2 o más condenas posteriores como se observa en la tabla N° 1<sup>106</sup>.

Si observamos los datos del año 2003, lo que nos permite tener un período más largo de seguimiento tras un primer término, vemos que al 21% de los imputados terminados en salida alternativa, en su primer ingreso al sistema, se les abren causas posteriores. Sin embargo sólo el 10% de los imputados, cuya primera causa termina en salida alternativa, tiene condenas posteriores. Por último, el 3,1% (282) de los imputados puede ser considerado como reincidente en un sentido amplio, esto por tener 2 o más condenas posteriores a la salida alternativa.

**Tabla N° 1**  
**Imputados terminados en salida alternativa según**  
**cantidad de condenas posteriores**  
 Desde el inicio de la Reforma al 30 de junio 2006

Salidas alternativas al procedimiento									Otras formas de Término	Total
Acuerdo Reparatorio				Suspensión Condicional			Subtotal			
cant	cant	%	cant	%	cant	%	cant	%	cant	%
Sin condenas posteriores	22.159	94,4%	76.990	95,2%	99.149	95,0%	70.872	52,2%	170.021	70,8%
1 condena posterior	950	4,0%	2.810	3,5%	3.760	3,6%	51.343	37,8%	55.103	23,0%
2 o más condenas posteriores	355	1,5%	1.104	1,4%	1.459	1,4%	13.490	9,9%	14.949	6,2%

<sup>105</sup> Estudio sobre “Reincidencia de los Imputados Atendidos por la Defensoría Penal Pública” entre los años 2001 y 2006, del Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública. Elaborado por Juan Luís Vial. Pág 21 y 22.

<sup>106</sup> Idem. cita anterior, Tabla 5 del citado estudio. Fuente Defensoría.

Total	23.464	100%	80.904	100%	104.368	100%	135.705	100,0%	240.073	100%
-------	--------	------	--------	------	---------	------	---------	--------	---------	------

Uno de los puntos que se pudo profundizar a través del presente estudio, fue el de la reincidencia por tipo de delitos. Los delitos que exhiben mayor cantidad de reingresos tras un primer término por salida alternativa, no son necesariamente los que exhiben mayor frecuencia en los términos por este tipo de salida. En general los delitos contra la propiedad que han terminado por salida alternativa muestran tasas de reincidencia más altas que el resto de los delitos. Entre los delitos contra la propiedad los robos por sorpresa y los robos con fuerza son los que muestran mayores tasas en este sentido.

- El robo por sorpresa tiene un 7,8% de reincidencia
- El robo en bienes nacionales de uso público un 6,5%
- El robo en lugar habitado un 6,4%.
- El robo en lugar no habitado un 4,4%.
- El hurto simple, uno de los delitos con mayor frecuencia que termina en salida alternativa tiene una tasa más baja de reincidencia en comparación a otros delitos contra la propiedad, es de un 3,5%.

Los delitos de ley de tránsito, 21,1% y las lesiones, el 16,2%, que como categorías generales representan un porcentaje significativo de las salidas alternativas, son los que exhiben las menores tasas de reincidencia histórica.

### **Reincidencia de los imputados condenados en un primer término**

Una de las conclusiones interesantes de este estudio es la confirmación de resultados obtenidos en otros estudios. Esto es, que los imputados condenados a penas con beneficio, muestran niveles más bajos de reincidencia que aquellos condenados a cumplir su pena privados de libertad.

Al observar los datos de imputados condenados el año 2003, constatamos que las tasas de reincidencia aumentan en comparación a las tasas históricas. En el caso

de las condenas con beneficio, estas llegan al 26,7% mientras que las condenas sin beneficio muestran tasas de reincidencia del 30,1%.

### **Reincidencia en un sentido restringido**

En términos generales se comprobó que las personas que eran condenadas dos veces por el mismo delito, representaban un bajo porcentaje del total de condenados en un primer término. Considerando la totalidad de imputados condenados, atendidos por la Defensoría en un primer término, desde el inicio de la reforma, vemos que sólo el 7% de ellos reincidió en el mismo delito.

### **Conclusiones sobre la forma como se resuelven los conflictos penales en Chile.**

La Reforma Procesal Penal en Chile, aportó a un nuevo sistema penal más ágil y eficaz que el antiguo, resolviendo una mayor proporción de conflictos penales en un período de tiempo menor, con una gran proporción de salidas alternativas al proceso y con mayor cantidad de condenas que el antiguo sistema. Presentando a su vez una menor cantidad de imputados y más corto tiempo de detención preventiva.

La reforma al proceso penal, ha debido hacerse cargo de las expectativas que ha generado, que no eran en un comienzo objetivos propios de ésta, esto es, la seguridad ciudadana, la reducción del temor y victimización y adicionalmente, de una mayor denunciabilidad de delitos.

Por otro lado, la Reforma ha debido enfrentarse a críticas negativas, tales como aquellas que se hacen respecto de que es un “sistema muy garantista”, que “desecha los delitos de menor cuantía”, y que esto redundaría en un aumento de la victimización por delitos como el hurto.

Las investigaciones recientes en esta área, desmitifican a la Reforma en ambos sentidos. No hay evidencia que nos permita atribuir a la Reforma, algún efecto sobre la victimización, no se incrementa la comisión de delitos, así como tampoco

varía la denunciabilidad de éstos con la Reforma, es decir no se reduce la cifra negra, como sería esperable, aunque existe una mejor evaluación de las instituciones penales producto de la Reforma.

Otro antecedente que es importante a la hora de evaluar la resolución de conflictos penales en Chile, es la constatación de que los delitos de mayor frecuencia en el año 2006, son las lesiones, seguidos por los hurtos y luego los delitos contra la ley del tránsito y en el caso de los jóvenes, el delito que con más frecuencia se comete es el robo no violento y el hurto. Datos que nos proporciona, la posibilidad de aplicar, salidas alternativas y soluciones colaborativas, tales como la mediación penal, a este tipo de conflicto penal, donde se encuentran identificadas las dos partes del conflicto y en que participan jóvenes que están comenzando a delinquir, por lo que la posibilidad de aprendizaje y evitar la reincidencia mediante un procedimiento restaurativo es mucho mayor.

La misma deducción se puede sacar del análisis de las estadísticas de delitos denunciados, respecto a la sensación de temor e inseguridad ciudadana frente al delito, ya que debiera estar basado principalmente en los delitos de mayor frecuencia que son el hurto y las lesiones menos graves, más que en delitos más graves como son el homicidio y la violación, que son los de menor frecuencia.

Una evaluación que puede ser de trascendencia para la forma de resolución de los conflictos penales, es el análisis de los delitos que ingresan al sistema con contraparte identificada, dato que podemos lograr analizando las estadísticas de los delitos con imputado, esto es, en que están identificadas las dos partes del conflicto. Este mismo dato lo podemos obtener también, analizando las estadísticas de casos denunciados e ingresados al Ministerio Público versus los ingresados a la Defensoría, que nos proporcionan aproximadamente la cantidad de delitos que tienen imputado, ya que aquellos imputados que tienen defensa particular corresponden a un porcentaje muy menor, de algo más de un 5 % aproximadamente del total de los imputados.



Lo dicho anteriormente, puede significar que aproximadamente el 26.% de los conflictos penales que se denuncian, tienen una posibilidad real de resolución, ya que al menos cuentan con una contraparte identificada entrando al sistema penal, la que tiene la posibilidad de responder frente al delito. Esto poniéndonos en el caso, en que efectivamente el conflicto penal se resuelva con un ingreso de ambas partes al actual sistema penal.

El dato anterior sumado a la cifra negra de delitos que no se denuncian, dan cuenta del alto porcentaje de conflictos penales que no tienen ninguna solución penal en Chile.

Por otra parte, teniendo en cuenta que durante el año 2006 en el Ministerio Público se terminaron 1.123.983 relaciones, de ellas, el 36.3% correspondieron a formas de término que implican un pronunciamiento judicial, mientras el 63.7 % terminaron por vías de término facultativa del Ministerio Público, denota la gran cantidad de conflictos que quedan sin resolver satisfactoriamente para las partes y por lo tanto, la necesidad que tiene nuestro sistema penal, de contar con una forma institucionalizada, prejudicial y más amplia que la actual de aplicar los acuerdos reparatorios y las soluciones colaborativas a los conflictos penales, especialmente en aquellos casos que quedan sin resolver.

El éxito de las salidas alternativas, se puede evaluar con el dato de que: en Chile, *La forma de término más relevante el año 2006 han sido las salidas alternativas en un 40% del total de causas terminadas.* Las salidas alternativas y las condenas son las dos formas principales de término de las causas judicializadas, alcanzando en forma conjunta cerca de 70% de todas las formas de término de causas.

Todos los actores que están involucrados en el acuerdo reparatorio: jueces, defensores, fiscales, imputado, víctima y sociedad, valoran el haber tenido una exitosa experiencia con esta salida alternativa. Esto los lleva a coincidir en que

dicha salida debe ser más utilizada, no sólo para los delitos leves como lo prevé la actual normativa, sino para muchos otros delitos que pudieran alcanzar respuestas más satisfactorias para las víctimas y menos gravosas para el imputado.

Hay una valoración muy positiva por parte de la persona a quien se le impone un acuerdo reparatorio, en razón de que su situación emocional no se ve afectada al no perder la confianza de familiares, amigos y vecinos, soportes de su vida emocional y social.

También son evidentes los efectos favorables que el acuerdo reparatorio tiene en el ámbito laboral tales como la conservación del empleo y el apoyo de los jefes y compañeros de trabajo. Lo que constituye una garantía del compromiso de pago.

Los acuerdos reparatorios, en la práctica, han implicado un variado espectro de acciones reparatorias, que no se circunscriben solamente a indemnizaciones económicas. Como por ejemplo, la petición de disculpas, el no acercarse a determinado lugar o a la víctima.

En casi todos los casos, las obligaciones que impone el acuerdo reparatorio se cumplieron, independientemente de la modalidad que este acuerdo asumió.

La posibilidad de reparar el daño no sólo mediante el pago de dinero sino bajo otra modalidad, impide que impacte negativamente en la economía familiar dado que el imputado es, en la mayoría de los casos, el único proveedor de los ingresos al hogar. Adicionalmente, aporta a que esta medida no suponga una discriminación para los imputados que por razones económicas no puedan alternativa.

Un dato implícito en toda la información recopilada es que el acuerdo reparatorio, al facilitar un acuerdo privado entre las partes para solucionar conflictos penales, representa una vía pedagógica por la cual la confianza, el compromiso, la transparencia y el respeto muestran ser altamente eficaces no sólo para

solucionar casos de delitos leves y moderada gravedad, sino, incluso, para resolver conflictos de gravedad mayor, tal y como lo sugieren en el mismo sentido la mayoría de las opiniones de los jueces, defensores y aún los fiscales.

Otro aspecto relevante, es que las personas que cumplieron y finalizaron un acuerdo reparatorio, conservan su libertad y no pasan por el degradante proceso de deterioro de la personalidad que padecen los encarcelados. De esta manera esta salida alternativa evita el estigma que implica para muchas personas haber tenido relación con la justicia penal. Por esta razón, en el espacio de los acuerdos reparatorios, es oportuno establecer criterios en el sistema cautelar, destinados a evitar la prisión preventiva y a favorecer la aplicación de otras medidas cautelares del Art. 155, en aquellos casos en que es posible prever un acuerdo reparatorio.

Frente al fenómeno del delito y al conflicto social que él genera, tradicionalmente el Derecho Penal, ha respondido con penas que afectan la libertad ambulatoria e incluso la integridad física-psíquica y la propia vida del delincuente, surgiendo la legítima interrogante de si dicha respuesta constituye realmente una solución. Actualmente, las soluciones que son adoptadas frente al conflicto, no consideran de manera preponderante el interés de la víctima, ni el interés de la sociedad. Por ello, la incorporación de las salidas alternativas otorgan una mayor gama de posibilidades de solución real a los conflictos, de manera pertinente y coherente con el tipo de interés preponderante en dicha solución.

Otro elemento positivo frente a la prevención del delito es el dato entregado en el Estudio de la Defensoría Penal pública, sobre la reincidencia, en que se corrobora lo demostrado en los estudios de Gendarmería, esto es que las medidas alternativas a la reclusión, las salidas alternativas y especialmente los acuerdos reparatorios, tienen tasas de reincidencia inferiores a las penas que se cumplen en privación de libertad.

Constituye una debilidad del nuevo sistema de justicia criminal el no contemplar ningún mecanismo institucional o formalizado que haga posible la opción prioritaria por un mecanismo de solución de conflictos, tal como la negociación, conciliación o mediación, que contemple un proceso determinado para trabajar los acuerdos reparatorios e incluso la suspensión provisional del procedimiento.

Las estadísticas sobre reincidencia, muestran la baja tasa de imputados que han terminado su causa a través de una salida alternativa que puede ser considerado como reincidente, a diferencia de los condenados a cumplir una pena intramuros, en que la reincidencia, es mucho mayor.

Estas estadísticas, muestran que la pena privativa de libertad no evita la reincidencia sino todo lo contrario, fomenta el delito, lo que fortalece la postura de encontrar más amplias y nuevas formas de aplicar las salidas alternativas, en una más amplia gama de delitos y en etapas anteriores a la judicialización del conflicto.

Finalmente, parece necesario establecer nuevas formas de reparación a las víctimas, que no solo digan relación con indemnizaciones en dinero, sino también con reparaciones simbólicas, laborales o comunitarias, que permitan a los imputados de cualquier situación socioeconómica acceder a estas formas de resolución del conflicto penal.

## **CAPITULO VI**

### **LOS CONFLICTOS PENALES Y SU FORMA DE RESOLUCIÓN COLABORATIVA**

El conflicto surge en la relación con otros, y desde una perspectiva de la comunicación, puede entenderse fundamentalmente como la incapacidad de establecer comunicaciones armónicas y eficientes.

Podemos definir el conflicto, como un proceso que se inicia cuando una parte percibe que otra, ha afectado de manera negativa alguno de sus intereses. Se genera por incompatibilidad de metas, diferencias de interpretación, expectativas frustradas, razones conductuales, entre otras.

Tendemos a identificar el conflicto con sentimientos de antipatía, hostilidad, e incluso con violencia, pero el conflicto es necesario para la vida social. Los conflictos son parte de nuestra realidad, nos guste o no. Se resuelven en la medida en que los reconocemos y asumimos constructivamente.

**El abordaje de conflictos**, va desde la evitación, como tendencia a desviar la atención y no enfrentarlos, minimizándolos, desconociéndolos o negándolos, hasta la solución violenta de ellos, que implica la agresión directa o indirecta, de quienes se encuentran involucrados.

En medio de estos dos polos encontramos uso de estrategias que constituyen formas cooperativas de enfrentarlos, llamadas métodos de resolución alternativa de conflictos (RAC) o Medios colaborativos de solución de conflictos.

**El conflicto en el modelo tradicional de Harvard** es un problema y necesita ser resuelto. Su duración en consecuencia debe ser corta y acotada.

**En el modelo Transformativo;** Josehp Folger, su creador señala, que el conflicto emerge de las inquietudes, intereses, insatisfacciones y tensiones en las relaciones interpersonales. No debe ser visto como un problema, sino como una oportunidad para el crecimiento humano, por lo que debe ser abordado como proceso a largo plazo que se maneja a través de dos formas: El empoderamiento: fortalecimiento de la capacidad de los individuos para enfrentar situaciones adversas, así como para tomar decisiones y autodeterminarse y la reconocimiento: posibilidad de los involucrados de contactarse con puntos de vista distintos y desarrollar actitudes de respeto, tolerancia y empatía, en base de una relación colaborativa.

### **El modelo Circular Narrativo**

Desde este enfoque, los conflictos tienen la estructura de una narrativa. En consecuencia, el lenguaje es un punto central en la construcción del conflicto, que surge como choque entre diversas interpretaciones.<sup>107</sup>

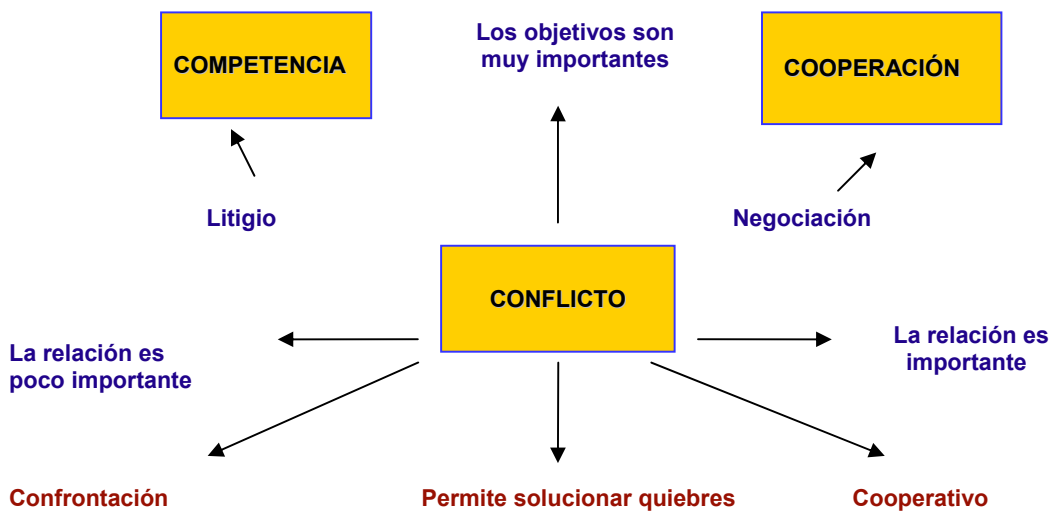
Es posible que las partes construyan una narrativa alternativa, la cual puede desarrollar una forma diferente de relato y por lo tanto de relación entre ellas.

Algunos de los factores que suelen tenerse presente al momento de abordar un conflicto, son el miedo, la desconfianza en la justicia, el choque de personalidades, la agresividad, la incertidumbre y los costos de todo tipo.

Si comprendemos la naturaleza del conflicto, podemos descubrir y practicar métodos que nos permitan regularlo y encausarlo hacia resultados productivos.

---

<sup>107</sup> Marinés Suárez, plantea que en los discursos existe una secuencia de hechos coherentes, en los cuales se van definiendo roles que enmarcan a las partes en un sistema.



**En el conflicto penal**, el Código Procesal Penal, no se refiere expresamente a la forma como los acuerdos reparatorios podrán ser llevados a la práctica, limitándose a señalar que “la víctima y el imputado podrán convenir acuerdos reparatorios” y que el juez de garantía deberá aprobarlos en audiencia a la que citará a los intervinientes (Art. 241 del CPP). De esta forma, nada impide que éstos se lleven a cabo a través de diversas formas de solución colaborativa o resolución alternativa de conflictos (RAC), siempre y cuando, se cumpla con los demás requisitos legales.<sup>108</sup>

Dentro de las diversas formas de resolución alternativa de conflictos que se aplican actualmente, se encuentran:

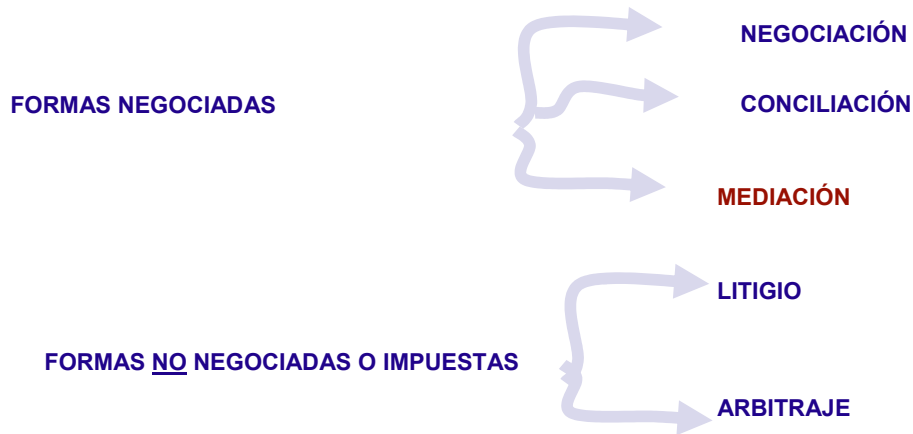
**Formas Negociadas:** Son aquellas en que las partes acuerdan conjuntamente la solución del conflicto: percibiendo que ambas se benefician con la solución encontrada. La decisión se basa en las propias pretensiones de las partes.

**Formas no negociadas:** Son aquellas en que un tercero suple la voluntad de las partes decidiendo la solución del conflicto: La decisión se basa en la ley o en algún

<sup>108</sup> Comentario de Alejandra Díaz Gude.

precedente (jurisprudencia, doctrina, etc.) y las partes están enfrentadas y si una gana la otra pierde.

### Formas de solucionar los conflictos



a) **La negociación:** Proceso en que dos o más partes que están en conflicto intentan lograr un acuerdo en materia de interés común. Este proceso es voluntario, informal y no estructurado. En él, no hay un tercero imparcial, las partes son las que deciden.

La negociación penal puede darse de varias maneras; 1- directamente entre víctima e imputado; 2- entre la víctima y el imputado, acompañados por su abogado defensor y el fiscal; 3- entre el abogado defensor y el fiscal como intervinientes principales, quienes aplican un mecanismo de consulta informal a las partes.

b) **La conciliación:** Método alternativo de carácter no adversarial, mediante el cual, las partes intentan llegar a un acuerdo mediante la intervención de un tercero imparcial, quien propone las bases para el acuerdo. Generalmente el llamado a conciliación es obligatorio. El procedimiento es informal inmerso en uno formal. Las partes deciden, por lo que el acuerdo es voluntario, pero con un marco de



bases propuestas por un tercero. Lo que no inhabilita a este tercero para juzgar o intervenir en el conflicto con posterioridad. El tercero, que generalmente es autoridad para las partes y las convoca, es imparcial, sin perjuicio de ejercer protección al más débil. Finalmente, el acuerdo tiene mérito ejecutivo.

**En materia penal** la conciliación se realiza entre víctima e imputado, con la guía de un tercero imparcial que propone bases de arreglo a las partes. Forma de resolución, que como he dicho antes, me parece más apropiada para la suspensión condicional del procedimiento, en que el juez hace de conciliador, por la imparcialidad que lo caracteriza en el proceso. El fiscal ni el defensor podrían hacer de conciliador por la parcialidad de sus intereses.

**c) La mediación:** es un método de resolución de conflictos que contribuye a la paz social y formación no adversarial de las personas, mediante el cual intentan facilitar o restablecer la comunicación entre ellas, para la comprensión de sus necesidades e intereses mutuos, permitiéndoles enfrentar sus conflictos de manera que les abra posibilidades de acuerdo, a través de la participación de un tercero imparcial, quien facilita la comunicación y acerca a las partes sin proponer bases para el acuerdo.

La mediación es voluntaria, el procedimiento es informal, flexible, participativo, legitimador, empoderador de las partes, colaborativo y con acento en el futuro. Las partes deciden sobre la forma de resolver el conflicto, el acuerdo es voluntario y, no es esencial que sea escrito, pudiendo o no tener mérito ejecutivo.

En el cuadro siguiente, se muestran las diferencias esenciales entre los distintos mecanismos de solución de conflictos, en relación a las partes, rol del tercero, quién y en base a qué se toman decisiones, sus beneficios y cumplimiento.

Mediación	Negociación	Conciliación	Juicio
Las partes y un mediador	Solo las partes	Las partes y una autoridad	El Juez y las partes
El mediador solo acerca a las partes, no propone	Las partes acercan posiciones	Propone bases para un acuerdo	Impone una decisión
Se evalúan las necesidades de ambas partes	Pesan las posiciones de poder	Se evalúan los posibles resultados en juicio	Se evalúan las pruebas y fundamentos jurídicos
Las partes son actores relevantes en las decisiones	Las partes desde su posición deciden	Las partes de acuerdo a las bases del 3°	El Juez resuelve. Las partes no definen
Voluntario Participativo 3° Imparcial	Voluntario Participativo Interés personal	Obligatoria -protagonismo 3° imparcial	Obligatorio Sin protagonismo 3° Imparcial
Ambas partes ganan, quedan convencidas de los acuerdos	Ambas partes ceden derechos y posiciones	Ambas partes ceden derechos y posiciones	Uno gana del todo y el otro pierde todo
Cumplimiento obligatorio pero con mayor disposición	Cumplimiento obligatorio	Cumplimiento obligatorio	Cumplimiento forzado

**En materia penal**, la mediación debiera hacerse en centros especializados, respetándose el principio de la confidencialidad e imparcialidad. Existen además otras formas de auto-composición que han surgido en la práctica de la justicia restaurativa a nivel comparado, que pudieran adaptarse al marco legal de los acuerdos reparatorios.

Algunos autores estiman que al no prescribir la norma del artículo 241 del CPP, un determinado procedimiento para celebrar los acuerdos reparatorios, deja abierta la posibilidad de incorporar diversos mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Esta técnica legislativa ha demostrado ser útil para efectos de fomentar el desarrollo de la justicia restaurativa en otros países. En efecto, la experiencia internacional indica que muchas prácticas de resolución alternativa de conflictos que se han desarrollado en el ámbito penal, han tenido lugar basándose en disposiciones legales flexibles que han permitido el principio de oportunidad al fiscal en la persecución penal, sin un modelo legal determinado de resolución de

conflictos.<sup>109</sup> Sin perjuicio de lo cual, según mi parecer, el haber contemplado la ley un mecanismo determinado para las salidas alternativas, habría permitido que estos mecanismos se legitimaran entre los operadores del sistema penal.

La mediación penal le da posibilidades a los acuerdos reparatorios, de fortalecerse y validarse como una forma satisfactoria de terminar un proceso penal para las partes, conforme a sus necesidades, especialmente, cuando se trata de delitos cometidos entre personas unidas por una relación permanente, que deben seguir tratándose.

---

<sup>109</sup> Opinión inspirada en comentarios de Alejandra Díaz Gude.

## VII LA MEDIACIÓN PENAL EN CHILE

### 1.- Historia.

La práctica de la mediación en Chile, se inicia a principios de los noventa, impulsada por las instituciones encargadas de ofrecer asistencia jurídica gratuita a las personas sin recursos, el Programa de Asistencia Jurídica “Acceso a la Justicia” y las Corporaciones de Asistencia Judicial. En el primero, se aplicó un modelo de mediación híbrido, en términos de la diversidad de herramientas y principios que utilizaba, aplicado a casi todas las materias y en el caso de las Corporaciones de Asistencia Judicial, comenzaron creando centros especializados para mediación familiar.

Estas experiencias tuvieron resultados satisfactorios, logrando desjudicializar conflictos que antiguamente solo eran transables en Tribunales, especialmente en materias de familia, lo que ha contribuido a aminorar el impacto y los costos emocionales de las personas.

Estudios de percepción del usuario en mediación familiar en Chile, demuestran que aquellas personas que lograron un acuerdo, que representan más del 50% de los casos, opinan que el acuerdo fue satisfactorio (77%), y que la mediación fue un aporte positivo (93%). El 100% de estas personas recomienda esta alternativa como instancia de solución, y aunque no hayan logrado acuerdo lo valoran como una experiencia positiva (65%) y una gran mayoría de éstos (82%) recomendaría la mediación.<sup>110</sup>

Por otra parte, la incorporación de una experiencia innovativa en el área penal, consistente en: “Centros de Atención Integral a Víctimas de Delitos Violentos”, creados por el Programa “Acceso a la Justicia” en el año 1996, hizo posible mirar

---

<sup>110</sup> Datos del Estudio del Programa de Resolución de Conflictos Anexo a Tribunales del Ministerio de Justicia, sobre mediación familiar.

el delito y la necesidad de reparación a las víctimas, desde la perspectiva de un modelo sistémico y psicojurídico.

Una mirada integradora de estas dos experiencias, indicó que se hacía necesario en materia penal, contar con una alternativa de atención en la que se pueda incorporar a la víctima y al ofensor en la reparación del delito de una forma colaborativa. De esta manera, la mediación penal surge como una alternativa social que brinda la oportunidad al infractor, de solucionar el conflicto surgido entre él y la comunidad y los problemas generados a la víctima, a través de una participación directa, activa y voluntaria de ambos actores.

Una de las primeras iniciativas institucionales en materia de mediación penal, se inició el año 2003, por el Ministerio de Justicia, a través del Servicio Nacional de Menores (SENAME), que ejecutó un piloto con programas de reparación a víctimas y trabajos en beneficio de la comunidad, para jóvenes, en las regiones II, III, IV, VII y IX, en las que a la fecha estaba en vigencia la Reforma Procesal Penal.

Los principales propósitos de dicho programa se pueden resumir en: generar las condiciones para una participación diferente a la tradicional de los actores del conflicto penal, e incorporación de elementos compensadores y restauradores, que contribuyan a generar en la ciudadanía sentimientos de mayor efectividad del sistema de administración de justicia.

Otro paso de institucionalización de la mediación penal, se dio el año 2005, con la conformación de una mesa sobre este tema, impulsada por el Ministro de Justicia y compuesta por actores públicos y privados, que tuvo por objeto lograr una transformación cultural en el país, transitando desde procesos de solución de conflictos penales eminentemente confrontacionales y represivos, a aquellos que se sustentan en dinámicas de colaboración, diálogo y respeto mutuo, contribuyendo a fortalecer el acceso a la justicia de los ciudadanos.

Estamos hablando de una nueva justicia, “LA JUSTICIA DE LOS ACUERDOS”, que establece menores costos en el ámbito emocional, económico y de tiempo, promoviendo la mantención de relaciones posteriores al conflicto y una sensación final de ganancia para ambas partes.

Existe consenso respecto a que el Estado no es el único ente responsable de impartir justicia, son muchos los actores que desde el mundo social, político y académico, entre otros, se encuentran interesados en entregar nuevas construcciones.

En materia de mediación penal, en Chile, desde el año 1993, existe una muy insipiente experiencia en mediación penal, consistente en iniciativas aisladas. El Sename, y las Corporaciones de Asistencia Judicial, de las Regiones del Bío- Bío, en la ciudad de Temuco, la de Tarapacá y Antofagasta y la de Valparaíso, han comenzado a incursionar en esta materia, sin perjuicio de la existencia de otras iniciativas privadas, especialmente comunales y universitarias, las que mediante un fortalecimiento de las redes con las Fiscalías y Defensorías locales, han logrado instalar este tema en el país. Experiencias que más adelante desarrollare.

Como todos los procesos de cambio, ha sido muy difícil que las instituciones acepten avanzar en este campo, en forma decidida, como de costumbre, son algunas aisladas iniciativas de pioneros con valentía y muchos anhelos de innovar los que han logrado dar los primeros pasos en la práctica de la mediación penal en Chile.

## **2.- Concepto de Mediación Penal.**

“ Es un proceso de solución de conflictos penales guiado por un tercero imparcial, en el que las partes participan voluntariamente, buscando en forma colaborativa el

restablecimiento del equilibrio roto por la transgresión ocasionada por un delito, falta u ofensa, mediante la restauración de sus consecuencias y la reconciliación de las personas afectadas con la sociedad”<sup>111</sup>.

Algunos la vinculan más a la justicia restaurativa y otros lo focalizan sólo hacia los acuerdos reparatorios en materia penal, lo que sin duda tiene consecuencias en cuanto a la definición, a sus principios y a su ámbito de aplicación.

Quienes plantean un concepto de mediación penal más vinculado a la justicia restaurativa, señalan que además de abordar los conflictos tipificados penalmente, es importante acoger aquellas situaciones que producen un quiebre relacional, considerar un campo más amplio, que incluya soluciones prejudiciales e incluso acciones que más que delitos puedan ser también, faltas u ofensas.

Este concepto relaciona los conflictos penales con los comunitarios o vecinales, los que suelen ser la puerta de entrada del delito, terminando muchas veces en delitos violentos. Amplía también su ámbito de acción, a la prevención y a delitos más graves que los que permiten los acuerdos reparatorios.

Para aunar criterios, se definió poner un nombre distinto a esta forma de intervención, que no solo lo designara como mediación penal, sino también como mediación restaurativa penal, la que permitía incorporar más amplitud al concepto.

La Mediación Penal Restaurativa, se ha considerado como un proceso educativo y de transformación cultural que contribuya a la Paz Social. Se ha definido como: “un plan de acción para la solución de un conflicto penal que aborda y repara el daño causado a una víctima o a su familia por un delito, falta o conducta abusiva que afecta sus derechos”.

---

<sup>111</sup> Fuente, definición personal.

En este sentido, tendría dos tipos de función respecto del sistema penal: complementaria y la substitutiva. La primera, como una solución de reparación de la víctima y reinserción social del ofensor en que se aplicaría además de una pena, para los casos de delitos más graves y la segunda, como una alternativa a la pena y reemplazo de ésta.

### **3.- Los objetivos de la mediación penal restaurativa contemplan:**

- La reparación y curación de la víctima.
- Reintegración social del trasgresor: técnica que ayuda a la rehabilitación de un delincuente o infractor, bajo supervisión apropiada, a encontrar maneras de hacerse responsable por un delito o falta y entregar una compensación a las personas que él ha lastimado por su ofensa.
- Prevención del delito, al permitir al ofensor tomar conciencia del daño causado a “un legítimo otro”<sup>112</sup>, persona concreta, a la que mirará de frente en el dolor causado por su acción, disminuyendo con esto la probabilidad de reincidencia.<sup>113</sup>
- Participación del ciudadano en la lucha contra la criminalidad, en forma directa, desarrollando la habilidad personal de resolver conflictos de manera no violenta.

### **4.- Principios de Mediación Penal Restaurativa.**

Se destacaron como principios de la mediación penal: los especiales de la mediación penal, los comunes a toda la mediación, y además, los principios comunes al proceso penal.

**a) Especiales de la mediación penal:** Si bien los procesos de mediación penal y los desarrollados en otras áreas de los conflictos humanos son muy similares, existen ciertas diferencias, que le imponen una impronta especial a este proceso, entre éstas, señalaré:

---

<sup>112</sup> Termino del Doctor Humberto Maturana.

<sup>113</sup> Estudio de Gendarmería, publicado en Revista de Criminología.



**1.- Promueve la prevención del delito**, en forma tanto general para toda la sociedad, como especial para las partes que participan, enseñando otras formas menos violentas de resolución de los conflictos.

**2.- La participación de las partes**, es uno de los elementos fundamentales de este proceso, ya que se les reconoce la capacidad a las personas de resolver los conflictos que le afectan y de solucionarlos de acuerdo a sus necesidades.

**3.- Protección a la víctima**, con todas las medidas de resguardo fuera del proceso y cautelares dentro del proceso, para que participe de un espacio seguro.

**4.- Reconocimiento y reparación del daño por parte del infractor**. Este principio determina a su vez, la necesidad de **responsabilización** del infractor, frente al hecho dañoso cometido, reconociendo el daño causado tanto a la víctima como a su familia y a la comunidad. **Comprometiéndose** el infractor y su familia, con la reparación a la víctima. Este es un proceso que requiere del apoyo familiar del ofensor y de su entorno.

**5.- La reparación y restauración de la víctima** según sus necesidades, logrando un equilibrio emocional entre las partes, para lo que es trascendente contar con la voluntad del ofensor.

**6.-Debe asegurarse el equilibrio** entre las medidas de resguardo y reparación a la víctima, con la naturaleza y circunstancias del delito cometido.

**7.- Adecuación del proceso a la situación de las partes**. Esto es, antes de iniciar un proceso de mediación penal, por lo delicado de los temas a tratar, se debe realizar una evaluación con criterios psicosociales de vulnerabilidad de la víctima. Y además se debe evaluar la posibilidad del infractor de participar en un proceso de mediación, esto es, capacidad de reconocer lo inadecuado de su acción, el daño causado y su responsabilidad en el hecho. Estos elementos son trascendentes en el proceso, sin perjuicio, de que en los acuerdos reparatorios la legislación chilena, no exige el reconocimiento de responsabilidad del imputado.

En el proceso inicial de selección de casos, es importante contar con personal técnico especializado, como los de las Unidades o Centros de Atención a Víctimas de Delitos o Unidad de Apoyo a la Gestión de Defensa y cumplir con que el requisito de realizar las entrevistas iniciales de la víctima y del ofensor por

separado y en privado, lo que no impide que estén acompañados de su abogado o de familia.

**8.- Reconciliación social del ofensor;** El proceso de la mediación penal está dirigido hacia una justicia restaurativa, que valora la significación simbólica de los gestos de las partes, que permitan al ofensor el reconciliarse socialmente, sentirse en paz con el hecho ilícito cometido, mediante su arrepentimiento, perdón de la víctima y/o comunidad y habiendo hecho lo posible por reparar su acción y el daño causado a éstas.

#### **b) Principios comunes a la mediación en otras áreas del conflicto**

Entre los aspectos comunes más relevantes, se encuentra el que el mediador debe ser un “tercero” neutral al conflicto, que trate a las partes con imparcialidad y voluntariedad, que no imponga un acuerdo, sino que permita que sean las propias partes quienes construyan la solución a su conflicto.

Si bien ambas formas de mediación comparten principios similares, como el de la voluntariedad, imparcialidad y confidencialidad, existen ciertos matices en la aplicación de estos principios en una y otra área.

Una de las más fundamentales variantes consiste en que la mediación no penal, pone a las partes en igualdad de valoración y condiciones. En cambio, la mediación penal, parte de una premisa distinta, por cuanto requiere del reconocimiento por parte del infractor, de que éste ha cometido una injusticia en contra de la víctima y del reconocimiento de la condición de víctima que afecta a una de las partes en el conflicto.

Por otra parte, la mediación penal en el más estricto de sus sentidos, requiere de un proceso que se inicie con una denuncia que es condición de la formalización de cualquier acuerdo entre las partes, lo cual no encuentra un equivalente dentro de la mediación familiar, que puede realizarse extrajudicialmente, salvo la mediación

licitada, que necesariamente para regular el sistema económico, requiere que ingrese el caso a la vía judicial.

**El Principio de Voluntariedad:** opera tanto en la incorporación de las partes al proceso de mediación, como en la permanencia de éstas durante el proceso y finalmente, en cuanto a los contenidos de los acuerdos logrados en el proceso de mediación.

Este principio dice relación también, con que no se puede vincular la mediación con una alternativa a la pena, ya que aún que la derivación pudiera ser obligatoria, para que las partes conozcan la oferta, no necesariamente debe ser obligación aceptar incorporarse al proceso, poniendo como opción a una negativa, la pena.

En el caso de la mediación penal, algunos han señalado que la participación voluntaria respecto del imputado, no es posible, o más bien es una “voluntad relativa”. Esto por el contexto coercitivo en que ella se desarrolla. En efecto, la amenaza de la persecución penal que subyace a una oferta de mediación en sede penal, haría discutible la afirmación de que la participación del imputado sea voluntaria.

En las jurisdicciones comparadas, en donde se ha desarrollado la mediación penal, el principio de la voluntariedad se ha ido relativizando, frente al reconocimiento de que no es posible exigir el mismo grado de voluntariedad pura que se da en la mediación en otras materias, especialmente en Estados Unidos y Europa, dado que muchos de los programas de mediación penal se han implementado en contacto directo con las agencias de justicia formal (Policía, Fiscalía, Defensoría y tribunales) y dependen de estas agencias, ya sea para la derivación de causas, como para el financiamiento de los casos.

Sin embargo, el debate y conflicto en torno al problema de la voluntariedad de la participación del imputado en la mediación penal no ha sido zanjado, y existen una

serie de programas en el Derecho comparado que han implementado mecanismos a fin de resguardar el principio de voluntariedad. Así por ejemplo, en algunos programas se establece la posibilidad que una vez que el imputado ha aceptado participar en el proceso de mediación, el caso se desestime por parte del fiscal o de la policía, independientemente de si se produce o no un acuerdo.

También influye en la voluntariedad de las partes el hecho que, antes de la modificación legal introducida por la ley 20.074, de noviembre del 2005, con la sola celebración de un acuerdo reparatorio se producía la extinción de la responsabilidad penal y por lo tanto el incumplimiento del acuerdo no daba lugar a la reanudación del proceso penal, salvo el derecho a exigir su cumplimiento ante el Juez de Garantía. En cambio con la modificación al artículo 242 del CPP, se establece que sólo una vez cumplida las obligaciones contraídas por el imputado en el acuerdo reparatorio o garantizada debidamente a satisfacción de la víctima, el tribunal dictará sobreseimiento definitivo total o parcial, en la causa.

**La idea de prestar el consentimiento libre, debe ser tutelado por los jueces de garantía,** tomando en cuenta la plena información con la que deben contar las partes. Es decir, no podemos desconocer las presiones de la víctima y el imputado en un proceso penal, pero se debe, al menos, tutelar que conozcan los efectos y alcance del acuerdo reparatorio al cual están llegando. La información dará la posibilidad de una opción libre.

**El Principio de Confidencialidad:** es otro de los principios esenciales en la mediación, ya que permite que las partes puedan hablar libremente acerca de los hechos, expresar sus sentimientos, y plantear sus intereses y necesidades en un ambiente de confianza y respeto mutuos.

“Las legislaciones de otros países, se han preocupado de que exista una especial protección legal para asegurar el secreto de las discusiones que tengan lugar dentro del proceso de mediación”.<sup>114</sup>

En la legislación chilena actual: ¿gozaría el mediador de la protección del secreto profesional si es llamado a declarar ante el juez en un posterior juicio criminal? ¿Pueden las partes hacer valer las declaraciones emitidas durante el proceso de mediación en un posterior juicio criminal o civil? ¿Puede el fiscal o el abogado defensor, invocar las discusiones de los acuerdos reparatorios en algún procedimiento penal?

“El artículo 335 del Código Procesal Penal entrega una solución preliminar a este problema”, estableciendo que “No se podrá invocar, dar lectura, ni incorporar como medio de prueba al juicio oral, ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un **acuerdo reparatorio** o de la tramitación de un procedimiento abreviado. De esta forma, el artículo 335 del CPP consagra el principio de confidencialidad y, por vía indirecta, establece una especie de protección al secreto profesional de los mediadores,....”<sup>115</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, tal vez sería recomendable establecer una protección expresa a nivel legislativo del principio de confidencialidad que rige respecto de los mediadores e, incluso, en relación a todas las partes que intervienen en el proceso de mediación, como ocurre en materia de familia.

---

<sup>114</sup> AIMONE, Daniel: “Análisis de la Procedencia de la Mediación en el Nuevo Sistema Procesal Penal”, *La Semana Jurídica*, Nº 195, Santiago de Chile, Agosto de 2004.

<sup>115</sup> Conclusiones de Aimonde Daniel: “Análisis de la Procedencia de la Mediación en el Nuevo Sistema Procesal Penal”, *La Semana Jurídica*, Nº 195, Santiago de Chile, Agosto de 2004.

**Principio de Imparcialidad:** El desarrollo del proceso de mediación penal debe darse en un **escenario neutral**. El principio de neutralidad ha sido cuestionado, dado que en el proceso de mediación debe procurar reparar el daño causado y además tiene la necesidad de equilibrar los poderes de las partes, lo que no es fácil lograr con una neutralidad, sino más bien con imparcialidad, que implica no comprometerse con la postura propia de una de las partes, en desmedro de los intereses de la otra parte. En la mediación penal el mediador no es absolutamente neutral, se dice que es duro con el delito y el daño, pero blando con las personas.

Los principios de la voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad, no tendría cabida en los acuerdos reparatorios, ni en la mediación, si es el fiscal quien hace de mediador, por su deber de persecución de los delitos, razón por la que el Fiscal Nacional prohibió su intervención en este rol, a través del Instructivo N° 34, el cual expresamente inhabilita a los fiscales para conducir procesos de mediación.

Adicionalmente, los fiscales carecen de preparación en destrezas de mediación, estando entrenados fuertemente en litigación, que es la competencia que requieren los procesos adversariales, lo que hace incompatible su postura con los procesos cooperativos y dialogantes que supone la mediación.

Es importante **diferenciar el acuerdo reparatorio de la mediación penal**, ya que el acuerdo es el producto y la mediación es el proceso por el que se llega al acuerdo. El acuerdo se puede dar también sin proceso, lo que impide obtener los beneficios propios del proceso de mediación. El mecanismo por el que generalmente se llega hoy a un acuerdo reparatorio, consiste en una rápida negociación entre el fiscal y el imputado y/o con su defensor.

Un segundo tema, se refiere a si es conveniente que las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos (UAVT) que operan en las Fiscalías Regionales, desarrollen procesos de mediación penal. Como se vio, ello es actualmente permitido por el Instructivo N° 34 del Fiscal Nacional. Sin perjuicio de ello, este ha sido un tema

discutido al interior de la División de Atención a Víctimas y Testigos y de las propias UAVT. La posición de la División al respecto, se orienta hacia la alternativa de **potenciar la derivación de causas hacia organismos externos que realicen mediación penal**. Ello, principalmente, porque se estima que las UAVT no se encuentran en una posición institucional que les permita asegurar la debida **imparcialidad y neutralidad** que requiere la figura del mediador, ya que, por un lado, las UAVT forman parte del Ministerio Público, el cual es el encargado de la persecución penal pública y, por el otro, poseen la misión fundamental de velar por los intereses de las víctimas, es decir, de una de las partes en el conflicto.

Asimismo, los profesionales de las UAVT no estarían amparados por el **principio de confidencialidad** en caso de que, por ejemplo, el Fiscal les solicitase información sobre la mediación.

Por último, se ha manifestado cierta preocupación en cuanto a que la presencia del imputado en las oficinas de las UAVT pudiera generar en las víctimas, dudas en cuanto al rol de protección y atención que las unidades tienen respecto de ellas. Argumento con el que personalmente no estoy de acuerdo, dado que precisamente, esta forma de solución de conflictos penales, es una de las más importantes maneras de apoyar a las víctimas, ya que permite a las entidades encargadas de su protección ampliar el ámbito de servicios ofrecidos a ésta, cooperando con la reparación de la víctima, la satisfacción de las necesidades de ésta y además permitiéndole participar activamente en la solución de su conflicto penal.

A mayor abundamiento, pienso que son precisamente estos organismos técnicos quienes tienen más herramientas para hacer la evaluación psíco-social a la víctima y al imputado, para determinar su vulnerabilidad en el primer caso y capacidad de participación en el proceso de mediación en el segundo caso.

En Chile, a pesar de la resistencia de algunos Centros de Víctimas de Delitos Violentos de las Corporaciones de Asistencia Judicial, algunos de éstos, como

veremos más adelante, están comenzando a participar de estos espacios de mediación penal y en otros casos, solo hacen el examen de vulnerabilidad de la víctima y derivan a los Centros de Mediación especializados de las mismas Corporaciones.

Asimismo, cabe señalar que en otros países, “existen numerosas asociaciones de ayuda a las víctimas que conducen procesos de mediación víctima-infractor, particularmente en Francia y otros países de Europa. Una de las ventajas que se han detectado de estos programas, es que muchas veces las víctimas se sienten más motivadas a participar en los procesos de mediación cuando éstos operan en agencias que son vistas por las víctimas como proclives a sus intereses (ej.: asociaciones de asistencia a víctimas) y que, a contrario sensu, se sentirían menos motivadas a participar cuando el proceso de mediación tiene lugar en una agencia que puede ser vista por la víctima como “pro-imputado” (ej.: agencias de *probation* o libertad vigilada). Esto es muy relevante en el ámbito de la mediación penal, ya que uno de los principales problemas que han confrontado los programas de mediación penal en otros países ha sido precisamente la gran dificultad en obtener la participación de la víctima”.<sup>116</sup> Por tanto, este tema debiera estudiarse en profundidad, y tal vez sería recomendable fomentar la realización de diversos programas y proyectos pilotos en mediación penal en distintas organizaciones, incluyendo las de protección a víctimas e imputados, a efectos de comparar los resultados obtenidos.

### **c) Principios propios del proceso penal en la mediación penal:**

**Principio de inmediación**, en virtud del cual se procura asegurar que el mediador se encuentre en permanente e íntima vinculación personal con los actores que intervienen en el proceso.

---

<sup>116</sup> Conclusiones de Aimone, Daniel: “Análisis de la Procedencia de la Mediación en el Nuevo Sistema Procesal Penal”, *La Semana Jurídica*, N° 195, Santiago de Chile, Agosto de 2004.



**Principio de oralidad**, hace que se pueda cumplir con la inmediación. La audiencia conjunta es el momento culminante, aquel en que el sistema víctima-victimario se encuentra con el mediador. Tema que no siempre es indispensable, ya que dependiendo del tipo de delito y condición de las partes, la mediación se puede trabajar con el mediador como puente y sin que necesariamente las partes se encuentren cara a cara.

**Principio de impulso procesal de oficio**, requiere mayor impulso que los procesos comunes.

**Principio de gratuidad**, este principio se refleja en dos hechos fundamentales, primero, que las gestiones en principio no causarán impuesto ni gastos extras y segundo, que aquellos que carezcan de medios para pagar los servicios puedan acceder gratuitamente.

**Principio de confidencialidad**: ya expresado en los principios comunes a la mediación, el que en mediación se formaliza mediante la suscripción del convenio de confidencialidad. Lo cierto, es que además con este principio se busca evitar la publicidad, tanto de los hechos como de los actores por los medios de comunicación.

**Principio de Flexibilidad de las Estructuras**: cuando se propugna una desformalización no se está hablando de desorden, pues la mediación se enmarca en un proceso que tiene etapas bien demarcadas que deben respetarse.

**Principio de congruencia**: Este principio responde a la obligación que tiene el mediador de circunscribirse necesariamente en el acta de acuerdo al marco que le fijan los hechos que constituyen el fundamento de la querrela o delito denunciado, razón de la derivación, sin perjuicio que en las reuniones privadas se traten temas conexos a fin de dar real solución a la integridad del conflicto, los acuerdos se basan en los hechos denunciados.

**Principio de economía procesal**: Este principio guarda relación con el hecho de la concentración de las actuaciones y con el de celeridad del proceso. Lo cierto es que el proceso como tal debe terminar en el menor plazo posible, de manera que no ocasione trastorno psicológico para los involucrados.

**Principio de la accesibilidad:** conocimiento y posibilidad real de usar el servicio de mediación de todas las personas que lo necesiten

**Principio de eficacia del proceso:** El servicio público de justicia supone funcionarios muy bien dotados y preparados, que obtengan los mejores resultados con los menores recursos de tiempo, desgaste emocional o económico posibles.

**Principio de debido proceso:** Está incluido en las garantías constitucionales. El proceso de mediación debe cumplir con las mismas garantías del proceso judicial, tanto en cuanto a la información completa, como a las garantías de defensa y protección con que deben contar la víctima como del imputado.

A la Mediación Penal Restaurativa, se le aplican los principios propios del Derecho Procesal general y del Procesal Penal en particular. Las normas que rigen la mediación están especialmente en consonancia con los principios Constitucionales que garantizan el debido proceso, el acceso a la justicia, la bilateralidad del proceso y la defensa en juicio.

## **5- Ámbito de acción de la Mediación Penal.**

En este tema hay dos corrientes, la primera señala que la mediación penal debe tener un ámbito de acción acotado a un marco institucional, establecido dentro del área judicial y del procedimiento penal de los acuerdos reparatorios y la segunda, que señala que el ámbito de acción sea amplio e integre un espacio extrajudicial y en delitos que no solo estén determinados por los límites fijados por la ley para ser susceptibles de aplicación de acuerdos reparatorios.

**Dentro de la primera corriente** se encuentran los siguientes planteamientos:

La mediación penal interviene solo en los conflictos que son susceptibles de ser sometidos a acuerdos reparatorios, por lo tanto su ámbito de acción debe enmarcarse dentro del sistema judicial del proceso penal. Los otros espacios, fuera del sistema procesal penal, no son para esta corriente mediación penal, sino que podría denominárseles acciones de prevención, mediación comunitaria o vecinal.

Esta postura plantea que no podemos trabajar en la mediación penal fuera del sistema penal, por encontrarse el delito en un ámbito tipificado. Sin perjuicio de lo cual, se podría trabajar de igual manera la mediación en el ámbito de la justicia restaurativa y especialmente como una herramienta de prevención, pero que debemos separarla de la mediación penal, ya que se trata de dos herramientas distintas.

La mediación penal según esta postura, debe ser una forma sustitutiva a la pena y no complementaria al sistema penal. Esto debido a que de ser complementaria la mediación penal, podría contribuir a la tendencia que lleva a la expansión del derecho penal, creando nuevos tipos penales y nuevas penas.

**La segunda corriente**, plantea un ámbito de acción de la mediación penal restaurativa más amplia que aquella que permiten los acuerdos reparatorios y el uso de esta herramienta como un medio preventivo y con posibilidades de aplicarse fuera del sistema penal formal.

Sostiene que su ámbito de acción puede aplicarse a faltas administrativas, delitos enmarcados en los acuerdos reparatorios; pero también a los delitos que están fuera de los límites contemplados en los acuerdos reparatorios como; los delitos que son susceptibles de suspensión condicional del procedimiento, otros delitos más graves que aquellos en que se permitan las salidas alternativas de los artículos 237 y siguientes del CPP, en el ámbito extrajudicial. O bien en aquellos casos que habiendo ingresado al sistema penal, se haya desestimado su persecución por archivo provisional del artículo 167 del CPP, al no existir antecedentes suficientes como para ir a juicio; o cuando se pueda aplicar el principio de oportunidad del art. 170 del CPP; en caso del sobreseimiento temporal del artículo 252 del CPP, o finalmente, la aplicación de la mediación penal como complementaria a la pena, en casos de indemnizaciones civiles o necesidad de

reparación a la víctima, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 273 del CPP, sobre el proceso de conciliación de las acciones civiles.

En la situación actual de la legislación chilena, no podría homologarse judicialmente un acuerdo sometido a un proceso de mediación penal, de delitos que están fuera de los límites de los acuerdos reparatorios, salvo modificación legal, ya que tratándose de tipos de mayor gravedad a los permitidos por éstos, estaría impedida la justicia penal a aprobarlo.

Actualmente la mediación penal en Chile, también podría tener un rol en los casos de archivo provisional, en los que opere el principio de oportunidad y facultad para no iniciar investigación, terminando con acuerdo homologado siempre que se trate de delitos que sean susceptibles de acuerdos reparatorios. De tratarse de delitos que no son susceptibles de acuerdo reparatorios, podría aplicarse mediación penal previa y salir por las formas establecidas en los artículos 167, 168, 170, ya descritas.

Esta postura es muy cuestionada, especialmente por los defensores, dado que consideran que no sería razonable para su defensa, aconsejar a su cliente participar en estas condiciones en una mediación penal, por la probabilidad de que no se continuara por el Fiscal en la prosecución de la investigación. Sin embargo, desde una perspectiva meramente práctica, para la defensa podría ser útil que su parte participará en un proceso en que la víctima quedara satisfecha y no insistiera en perseverar en su acción penal, dado que su opinión en esta materia puede ser una pieza clave a la hora de que el Ministerio Público y el juez de garantía acepte este tipo de salidas, en conformidad al artículo 169 del CPP, que somete a control judicial la decisión del fiscal, cuando la víctima lo solicita mediante querrela, debiendo el fiscal seguir adelante la investigación. También de acuerdo al artículo 170, inciso 3° del CPP, podrá la víctima, dentro de los diez días siguientes a que se comunique la decisión del fiscal, manifestar de cualquier modo su interés en el inicio o continuación de la persecución penal.

Finalmente, en el caso del sobreseimiento temporal, la víctima podría influir en forma importante en la prosecución de la causa mediante recurso, conforme al artículo 254 del CPP, o requerimiento en conformidad a los artículos 254 y 257 del CPP.

**La mediación penal extrajudicial**, fuera del sistema procesal penal, puede presentar dos problemas; uno referente al flujo de derivación al Centro de Mediación, de los casos de delitos de acción pública, si estos son conocidos por Carabineros, Juzgados de Policía Local, servicios médicos u otros funcionarios públicos, ¿podrían ser derivados a mediación y no denunciados?. Los funcionarios públicos tendrían la obligación de denunciar los delitos de acción pública que tengan conocimiento en ocasión de su cargo. No así los casos de acción privada o mixta. El segundo problema, se refiere a la homologación de los acuerdos de mediación penal, ya que necesariamente si se trata de delitos, tendrían que presentarse ante el Tribunal de Garantía y este, no los acogería si no son de aquellos susceptibles de acuerdos reparatorios o suspensión condicional cuando se cumplen las condiciones de estas

En los acuerdos reparatorios, el Ministerio Público tiene la facultad de derivar las causas a un centro privado de mediación. El artículo 19 del Instructivo General N° 34 del Fiscal Nacional, sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios establece, "Si conforme a la evaluación de la Unidad Regional resulta posible llegar a un acuerdo reparatorio, ésta conducirá un proceso de conciliación o de mediación penal invitando a: la víctima y al imputado para que concurren voluntariamente a su presencia. Antes de la audiencia correspondiente, el fiscal o la Unidad Regional también podrán ofrecer a la víctima y al imputado, que concurren voluntariamente a un centro especializado en mediación, cuando hubiere uno en la región respectiva. Los fiscales no podrán en ningún caso conducir procesos de conciliación o mediación penal puesto que no son terceros

respecto de las partes sino que, por el contrario, ejercen la acción pública en contra de una de ellas, cual es el imputado”.

En la práctica, sin perjuicio de los esfuerzos destinados por los Centros de Mediación, para realizar un trabajo en conjunto con la fiscalía, este comenzó concretándose muy lentamente, quizá por la poca información que los operadores de la reforma tienen sobre la mediación en general y en particular la mediación penal, sin embargo, cada vez ha ido en aumento las derivaciones a los Centros de Mediación.

A los escasos Centros de Mediación que funcionan en Chile; especialmente en Temuco, Antofagasta y Zona Sur Metropolitana, más algunos Centro de Mediación privados, han llegado causas derivadas de la Fiscalía, de los Juzgados de Garantía y de la Defensoría.

Los derivados por la Fiscalía y la Defensoría según los Centros de Mediación, por lo general son aquellos en donde se ha aplicado una salida alternativa preliminar (principio de oportunidad, facultad para no investigar, archivo provisional) y con el objeto de que las víctimas no queden en una situación de indefensión ya que el sistema penal no acogió su denuncia.

En general la Reforma Procesal Penal, abrió una importante ventana a la mediación, sin embargo, urge que los operadores de la reforma adquieran conocimiento de estas herramientas y sean utilizadas en beneficio no sólo del nuevo sistema, sino que además, en beneficio de las víctimas y ofensores, otorgándoles la posibilidad que sean ellos quienes acuerden la mejor forma de reparar el daño causado.

En suma, las discusiones que se han expuesto son situaciones que se nos han planteado como país y que a los operadores del sistema penal y de la mediación, les han exigido una decisión, ya que no existe ningún tipo de legislación que

dirima el tema, por ejemplo, de la utilización de la mediación en el principio de oportunidad y en las salidas alternativas.

Dentro de la corriente más amplia, están quienes dicen que **el campo de acción de la mediación penal** debiera definirse:

a) no a partir del delito sino a partir de la evaluación de la vulnerabilidad, tanto de la víctima como el reconocimiento e intención de reparar del infractor; realizada por instrumentos técnicos psicosociales. La evaluación de las partes daría el corte para determinar si un caso es o no mediable.

b) Que debiera incorporarse al ámbito de acción de la mediación, situaciones conflictivas donde hay un quiebre relacional, hay daño, y el sistema penal no opera.

c) Adicionalmente, existe una gran cifra negra de delitos que no se denuncian, por que no confían en el sistema penal, o por que la víctima no quiere sufrir el costo psíquico y económico que requiere un juicio, en consecuencia, la mediación penal fuera del sistema, podría ser una buena alternativa de solución a este tipo de conflictos, que de igual forma no llegan al sistema procesal.

Quienes son partidarios de una aplicación más restringida de la mediación penal, dicen que ésta no puede ser un subsidio al fracaso del sistema procesal penal y por lo tanto no debe ocupar espacios que le corresponde hacerse cargo al sistema penal.

Para tomar una determinación al respecto, algunos dicen que se debe partir por preguntar: ¿Cómo podemos aportar más? ¿Somos capaces de tratar la Mediación Penal fuera del contexto penal?

La discusión sobre si la solución alternativa del conflicto penal debe ser intentada fuera del juicio o procedimiento penal, por la estigmatización que esta produce en el infractor o dentro del juicio por el control social que asegura y las garantías del debido proceso, se resuelve mediante una salida institucional antes de comenzar el juicio oral, pero dentro de una investigación. Ni tan temprano que no se sepa de qué se acusa al imputado, permitiendo a las partes aclarar los hechos y respetar las garantías del debido proceso, ni tan tarde que parezca pena.

Personalmente pienso, que es necesario, que se incorpore al ámbito de acción de la mediación penal, no solo lo tipificado en el sistema procesal penal como susceptible de acuerdos reparatorios, sino que también situaciones conflictivas donde hay un quiebre relacional, hay daño, y el sistema penal no opera como forma efectiva de solución. En consecuencia, la mediación penal fuera del sistema procesal, podría ser una buena alternativa de solución a un tipo de conflictos, que de igual forma no van a llegar al sistema procesal.

## **6.- Ventajas de la mediación.**

Las experiencias muestran que existen muchas ventajas en poner en funcionamiento un sistema de Mediación Penal. El fundamento de la mediación penal, descansa en una visión encaminada a la protección y promoción de los intereses de la víctima y la necesidad de contar con nuevos mecanismos que permitan hacer una diferenciación de los casos y ofrecer respuestas distintas y adecuadas a cada situación particular.

Dentro de las ventajas de la Mediación Penal los autores distinguen:

**Para la víctima**, implica el ser escuchada, encontrar una solución rápida y acorde a *su necesidad*, ante la situación generada por el delito. Le permite a la víctima, beneficios tanto psicológicos como materiales o económicos; En el ámbito psicológico le permite bajar sus niveles de temor y ansiedad frente al imputado, al



tener la oportunidad de diálogo y comunicación con éste, descubriendo su identidad y la motivación que tuvo éste al cometer el delito.

La víctima recibe una **disculpa** y experimenta la apropiación del conflicto. Se le da la oportunidad de contar su historia y ser reconocida en su dolor.

Obtener la recuperación o reparación por las pérdidas provocadas con el ilícito y en algunos casos, la compensación económica de acuerdo a las posibilidades del imputado.

Finalizar situaciones de conflictos que el sistema tradicional no puede darle una solución satisfactoria, y que llevaría muchos años cerrar.

**Para el imputado:** la posibilidad de evitar una eventual condena, reparando el hecho ilícito, lo que no siempre tienen un sentido económico, ayuda al imputado permitiéndole apreciar el daño que ha producido, previniendo posibles delitos posteriores. La mediación penal, apoya la prevención, con un efecto pedagógico en el ofensor, favoreciendo la resocialización: 1) relaciona al ofensor con las consecuencias de su accionar; 2) lo hace partícipe de la reparación; 3) permite la toma de conciencia de que el daño producido no es abstracto, sino a una persona o personas determinadas.

**En la labor judicial,** se hace posible una importante descompresión, que optimiza en tiempo y forma el sistema, tanto para los Tribunales como para el Ministerio Público, permitiendo concretar sus esfuerzos en la investigación y persecución de los delitos más graves, y para la Defensoría, ya que le permite obtener acuerdos más beneficiosos para sus defendidos e implica menos costos de tiempo y esfuerzo de sus defensores. Además, el procedimiento es más rápido y menos costoso para el Estado, contribuyendo a que la ciudadanía tenga una mejor percepción del sistema de justicia.

## **7.- Rol de los actores del sistema penal en la mediación.**

Es necesario en todo proceso de implementación de una práctica novedosa, como es la mediación penal y los acuerdos reparatorios, preguntarse acerca de cómo se fomentará su uso y aplicación por parte de las diversas agencias de la justicia penal.

Adicionalmente, es importante responder a la inquietud sobre ¿cómo debiera insertarse institucionalmente la mediación penal en nuestro país? ¿De qué institución debiera depender la elaboración de su política pública, la determinación de sus requerimientos técnicos, su monitoreo y seguimiento, los recursos necesarios para su implementación?

En Chile, esta experiencia que ha comenzado a originarse por iniciativa de entidades públicas y privadas, requiere que este servicio esté al alcance de todas las personas por igual y por tanto, se pueda acceder a él gratuitamente, para lo cual en un futuro próximo, debiera considerarse como política pública la necesidad de implementar Centros de Mediación Penal, formados por profesionales habilitados en esta disciplina y destinarse por el Estado fondos necesarios para su funcionamiento, como se hizo en familia, sin perjuicio del aporte de particulares.

Si observamos el proceso que ha tenido la mediación familiar, escolar, laboral y de salud, podríamos decir que han dependido de los Ministerios que corresponden a la materia a mediar. En el caso de la mediación penal como en el de familia, al parecer debieran ser regulados por el Ministerio de Justicia, pudiendo hacerlo a través de sus Servicios asociados, como es el caso de la Defensoría Penal Pública. En otros países de la Región, los centros de Mediación son centros privados o dependen de la Fiscalía, Poder Judicial y en algunos casos de todo el sistema penal que incluye también a la Defensoría Penal Pública, como ocurre en algunos Estados Federados de Argentina.

Personalmente, creo que el impulso y liderazgo en esta materia, debiera corresponder a iniciativas conjuntas del Ministerio Público y Defensoría Penal Pública, que permitan promover programas pilotos de mediación penal, en que tanto la víctima como el ofensor se sientan en igualdad de condiciones, por tratarse de las entidades que mayor interés deben tener en dar solución a los conflictos penales, ya sea por programas de mediación penal pública, creados mediante una potestad reglamentaria de la Reforma Procesal Penal, para el ejercicio de la normativa de acuerdos reparatorios o a través de terceros, regulados en cuanto a su calidad por el Ministerio de Justicia, quien que debiera mantener un registro de mediadores calificados.

También existe la posibilidad de que las Corporaciones de Asistencia Judicial, otorguen este tipo de atención con sus Centros de Mediación especializados.

No existe en nuestro país normativa respecto de la mediación penal, salvo lo que el artículo 6°, inciso 2° del CPP establece, respecto a que el **Ministerio Público** tiene el deber de promover “acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima”. Esta norma establece una base legal importante para la promoción de los acuerdos reparatorios por parte de la Fiscalía, lo cual es apropiado si se considera que: es el Fiscal quien tendrá normalmente la capacidad para derivar casos hacia Centros de Mediación externos, y el que posee la facultad de oponerse a la celebración de acuerdos reparatorios en la audiencia de aprobación judicial, por lo cual es importante contar con su respaldo pero no indispensable, ya que el juez puede aprobarlos aún en contra de la voluntad del fiscal.

En cuanto a la forma o procedimiento de resolución alternativa de conflictos que se adopte para los Acuerdos Reparatorios, el Instructivo N° 34 también fija criterios de actuación a los fiscales. En ellos, se establecen básicamente tres modelos de resolución colaborativa de conflictos que los fiscales pueden seguir en caso de optar por esta salida alternativa al proceso penal:

- 1) El fiscal puede derivar el caso a la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos de la Fiscalía, (según Oficio N° 38 de 2003) para que conduzca un proceso de mediación o de conciliación entre las partes;
- 2) El fiscal puede derivar el caso a un servicio o programa de mediación externo a la Fiscalía, si hubiere alguno en la Región;
- 3) El fiscal puede coadyuvar a una negociación entre víctima e imputado, pero con la salvedad de que el fiscal no es ni actúa como abogado de la víctima. Se señala expresamente que los fiscales no podrán conducir procesos de mediación penal entre las partes, ya que no son terceros en el conflicto, sino que representan el interés público en la persecución.

Si bien no existe información sistematizada a la fecha, por los datos entregados por los centros, en la práctica parecieran estar dándose casi todas las formas de resolución alternativa de conflictos mencionadas precedentemente, esto es: la negociación, conciliación y mediación penal, y bajo las diversas modalidades planteadas en el Instructivo N° 34.

**La Defensoría Penal Pública**, también tiene un rol importante en cuanto a promover la mediación penal en Chile, es así como, en la mayoría de los Centros de Mediación Penal catastrados en nuestro país, reciben derivaciones de las Defensorías Regionales. Sin perjuicio de lo cual, no existe aún una política institucional al respecto.

Según mi parecer, esta institución debiera ser la principal interesada en fomentar el uso, creación y derivación a Centros de Mediación, por la oportunidad que estos mecanismos ofrecen a los imputados, tanto desde el punto de vista práctico, emocional, como de evitar la reincidencia y promover su reintegración social.

**Parecería razonable que la Defensoría destinara recursos para asegurar la posibilidad de que sus imputados tengan un servicio de mediación penal donde recurrir, especialmente en los casos que puedan prestarse para**

**acuerdos reparatorios y en los que puedan tener una salida diversa al juicio, en que se corra el riesgo de que la víctima se oponga.** Para estos efectos podría celebrar convenios con algunos Centros de Mediación de la Universidades o de particulares, para tener una oferta clara, formal y controlada donde derivar los casos antes indicados.

Da la impresión, de que en parte su obligación de Defensa se vería apoyada y fortalecida por formas diversas al juicio, ampliando las alternativas y medios de entregar más y mejores servicios de defensa.

## **8.- Experiencias en Chile sobre mediación penal**

Las experiencias sobre ejercicio de Mediación Penal en Chile, están comenzando a expandirse especialmente estos dos últimos años. Con el propósito de dar a conocer los principales aspectos de su desarrollo, sistematizaré estas experiencias dando a conocer sus características comunes y divergentes:

### **a) Entre las experiencias con mayor madurez en Chile podríamos mencionar:**

- El Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA, de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. Es el primer centro que en Chile surge desde la sociedad civil. Como proyecto financiado por el Ministerio de Educación, tuvo una ejecución de tres años (1999 -2001) y, producto de sus resultados, pudo continuar luego con fondos de la Universidad.
- Experiencia del Servicio Nacional de Menores (SENAME), con un piloto de programas para jóvenes, de reparación a víctimas y trabajos en beneficio de la comunidad, en las regiones II, III, IV, VII y IX.
- Experiencia del Modelo de Mediación Penal, implementado en la Ciudad de Temuco, por el Centro de Víctimas y de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial del Bío-Bío. Años 2005 a la fecha.

- Experiencia de Mediación Penal en Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, en Centro de Atención de Víctimas de Iquique y en Centro de Mediación de Antofagasta. Año 2005 a la fecha.
- Experiencia de Mediación Penal en Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso. Año 2006 a la fecha
- Experiencia en formación sobre Mediación Penal en la Universidad Bolivariana, 2005, y 2006.
- Experiencia del Centro de “Mediadores Asociados Chile”, nació de una oferta que realizó la Fiscalía Metropolitana Sur, en el mes de abril del año 2005, ha funcionado durante los años 2005 y 2006, atendiendo casos derivados de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur, de las comunas de La Pintana, El Bosque, San Ramón, San Miguel, Lo Espejo, Pedro Aguirre Cerda, San Joaquín. Puente Alto, San José de Maipú, Pirque y La Cisterna.

#### **b) Principales objetivos de los proyectos de mediación penal implementados**

Ofrecer a la comunidad una forma de solución de conflictos penales como alternativa a la judicialización, propiciando la búsqueda de soluciones colaborativas, rápidas y efectivas para las víctimas e imputados de delitos, favoreciendo la descongestión del sistema penal.

Las experiencias implementadas, se han orientado a definir un modelo de mediación penal que contenga los instrumentos teóricos y prácticos útiles a la mediación penal, considerando especialmente la interdisciplinariedad, entre las ciencias jurídicas, sociológicas, de la comunicación y de la intervención comunitaria, que permitan dar un servicio de calidad.

Finalmente, los Centros de Mediación penal se han propuesto poner en marcha las acciones necesarias para su difusión, la que constituye un requisito indispensable para la consolidación de la mediación penal en Chile.

### **c) Estrategias implementadas para la aplicación de la mediación penal**

A nivel de gobierno, desde el Ministerio de Justicia, se definió fortalecer la especialización de los Centros de Mediación y RAC, de las Corporaciones de Asistencia Judicial, en materias comunitaria y penal, áreas diversas al tema de familia que era su fortaleza hasta la fecha, dado la decisión legislativa de licitar a privados la mediación gratuita en familia. Para estos efectos se elaboró un proyecto que está en actual ejecución, con apoyo de la AGCI, agencia internacional que apoyará económicamente, en la capacitación del personal de las Corporaciones de Asistencia Judicial y en la transformación de sus Centros de Mediación, al área comunitaria y penal.

Las estrategias implementadas por las entidades que ofrecen mediación penal en Chile, han consistido en coordinar el trabajo al interior de las instituciones, como ocurre en el caso de las Corporaciones de Asistencia Judicial, entre los Centro de Atención a Víctimas de Delitos Violentos y los Centros de Mediación. En cambio, en los centros privados de mediación dependientes de Universidades o Municipios, han fortalecido las redes de apoyo y coordinación dentro de las instituciones de la comuna donde se encuentran funcionando, para una utilización eficiente de los recursos locales.

Los programas pilotos de mediación penal, se han comenzado a ejecutar, luego de contar con apoyo del Ministerio Público y Defensoría Penal Pública, fruto de una importante labor de coordinación con estas entidades. Ha sido relevante en esta área, consolidar una relación de confianza y conocimiento mutuo, entre los Centros de Mediación y los organismos del sistema penal local; Ministerio Público y Defensoría Penal Pública y Tribunales de Garantía, correspondientes a su jurisdicción, para efectos de propiciar una derivación responsable.

Se ha requerido para el éxito de estas iniciativas apoyos institucionales y financieros del sector público y en menor medida del sector privado. Sin perjuicio

que en la mayoría de los casos, los centros atienden gratuitamente y sus mediadores son voluntarios o funcionarios de instituciones privadas o públicas que con el objeto de validarse y adquirir experiencia en esta área, prestan atención gratuita en esta materia.

En algunos caso ha sido necesario distinguir, entre la entidad que ofrecerá apoyo y asesoría jurídica a la víctima y la que tratará la mediación penal.

Se ha trabajado la mediación penal en forma interdisciplinaria, con un grupo de profesionales que enfrenten el conflicto integralmente desde sus diversas capacidades. Los equipos de trabajo deben estar preparados tanto en mediación como en materias penales.

Se ha comenzado por incorporar la mediación a delitos que no han tenido gran connotación pública. Hasta ahora no todos los delitos que permiten los acuerdos reparatorios se han trabajado en el ámbito de la mediación penal, sino solo los delitos de menor gravedad y cuasidelitos. La idea es ir paulatinamente y por etapas ampliando su aplicación a mayor número de delitos y de mayor gravedad.

En los Centros de Mediación, ha sido necesaria la creación de un flujograma, que defina el recorrido que debe realizar una causa penal que es derivada a mediación, con claridad en cuanto a los lugares, etapas, plazos y requerimiento que debe cumplir, para terminar en un acuerdo reparatorio aprobado por el Tribunal.

Ha sido necesaria la elaboración de un modelo de mediación penal, con una metodología de solución colaborativa para el abordaje de los conflictos penales, aprobada especialmente por la Fiscalía y Defensoría, que son quienes derivan los casos a mediación.



Generar instrumentos de sensibilización y socialización de la mediación penal al interior de la ciudadanía y antes que eso, al interior de los operadores del sistema penal, especialmente de los defensores, fiscales, jueces y abogados litigantes. Lo que hasta la fecha no se ha intentado en forma masiva, sino muy parcialmente. De otra forma ocurrirá como sucedió en materia de familia, que uno de los principales inconvenientes que existió en la implementación de los programas de mediación, fue el desconocimiento de la ciudadanía y la falta de convicción de los operadores del sistema judicial, sobre la utilidad y beneficios de la mediación.

Para difundir esta forma de solución en el ámbito penal, como primer paso, se requiere expandir la presencia de estos centros de solución colaborativa en diversos sectores del país, de forma que no se trate de iniciativas aisladas.

Fortalecer y ampliar la aplicación de los mecanismos de salidas alternativas, ofrecidos por el nuevo Código Procesal Penal.

Integrarse y ampliar la organización de las redes comunitarias presentes en el territorio. Vincularse a Centros de Mediación comunitaria, donde se acogen conflictos comunitarios y vecinales para su resolución colaborativa, por tratarse de instancias en que los conflictos con que se trabaja son colindantes y no tienen un límite claro con lo penal, ya que son las instancias comunitarias y vecinales donde generalmente se inician los delitos violentos. En consecuencia, los Centros de Mediación Comunitaria pueden utilizarse mutuamente como derivadores y trabajar casos en forma conjunta.

#### **d) Metodologías ocupadas**

El proceso se inicia con la derivación desde la Fiscalía o Defensoría, de un caso que es recepcionado por la entidad tratante, que puede ser un Centro de Mediación y en algunos casos los Centros de Atención de Víctimas de Delitos Violentos de las Corporaciones de Asistencia Judicial.

La metodología utilizada es distinta, diferenciando si el caso se inicia en el CAVI, Centro de Atención de Delitos Violentos de las CAJ o en los Centros de Mediación. En el caso de los CAVIS, se inicia por la entrevista de ingreso, en donde participa una dupla de profesionales (psicóloga-asistente social), quienes realizan la acogida, una vez definido el contexto de la situación problema, se exploran las expectativas de la víctima, y frente a ello, si corresponde, se define en conjunto la posibilidad de efectuar una derivación vinculada al Centro de Mediación.

Cuando se deriva el caso al Centro de Mediación, se desarrolla un seguimiento del caso por parte del CAVI, para constatar logros y posibles soluciones. De existir un fracaso de la mediación, algunos equipos del CAVI proceden a reinsertar el caso en el marco de su modelo de atención a víctimas, para que junto a ella se definan posibles pasos a seguir. Existen otros CAVI, que en esta situación, se inhabilitan de seguir conociendo el caso, por considerar que ya han tratado con ambas parte y existiría problema con la imparcialidad.

Cuando el caso es ingresado al Centro de Mediación se procede a tratarlo distinguiendo entre las siguientes etapas:

Cita a víctima e imputado a una entrevista preliminar, que se realiza por separado y que tendrá los siguientes objetivos:

- Acoger a ambas partes
- Evaluar las reales posibilidades de llegar al acuerdo
- Verificar el consentimiento libre y espontáneo de la víctima e imputado para dicho acuerdo.
- Dar a conocer a las partes los efectos jurídicos que produce dicho acuerdo.

El Centro de Mediación, realiza a través de sesiones conjuntas o individuales, el proceso de mediación o negociación penal asistida, con el objeto de fijar el contenido de los acuerdos.

En algunas situaciones, en que la víctima no se encuentra en situación psicológica de enfrentar al infractor, aún que si desea participar en la mediación, el mediador hace de puente, evitando que se encuentren las partes.

La metodología utilizada es participativa, en donde el acento está puesto, en entregar el conflicto a sus protagonistas, empoderarlos en la solución del mismo, generando un aprendizaje significativo para los involucrados. Este modelo tiene su base en el enfoque teórico sistémico.

La mediación se da por terminada sin éxito si una de las partes no concurre a las sesiones siendo citada en dos oportunidades.

Si se ha llegado a acuerdo, se solicita ante el Tribunal de Garantía la celebración de una audiencia para la aprobación judicial de dicho acuerdo. Si no se ha arribado a acuerdo, se informa dicha situación al Ministerio Público y Defensoría Penal Pública.

Los acuerdos generalmente han versado en el pago de una suma de dinero u otra prestación. Estos acuerdos son presentados, en audiencia de formalización, como un acuerdo reparatorio, el cual es aprobado judicialmente y en la propia audiencia es cancelada la suma de dinero, o la prestación correspondiente o se asegura esta a satisfacción de la víctima, procediendo a sobreseer la causa.

#### **e) Modelos de Mediación Penal Restaurativa en Chile**

Con el objeto de entregar una visión de los diversos modelos de mediación penal, realicé una sistematización de ellos que sería muy largo de abordar en este trabajo, razón por la cual daré cuenta de sus aspectos comunes y algunas diferencias más importantes

1.- La mayor parte de las experiencias se encuentran insertas en el sistema procesal penal y cumplen los requisitos de los acuerdos reparatorios, tanto en cuanto al tipo de delitos, la forma de derivación, como la formalización del

resultado de la mediación, sin perjuicio de existir también, algunas derivaciones desde dentro y fuera del sistema penal, en que se aplicaría el principio de oportunidad o que no tendrían posibilidad de resolverse dentro del sistema, por el carácter selectivo que debe tener éste.

2.- La mayoría de los actores que han desarrollado labores de mediación penal han requerido una importante, previa y permanente coordinación institucional con la Fiscalía, la Defensoría y los Juzgados de Garantía.

3.- La metodología usada por estas entidades incorpora un flujograma que se inicia con una derivación de Fiscalía o Defensoría, y consagra una entrevista independiente del ofensor y la víctima para evaluar la pertinencia de someter el caso a un proceso de mediación, realizada generalmente por una dupla interdisciplinaria de profesionales, instancia en la que se efectúa una evaluación centrada en las condiciones psicológicas, jurídicas, expectativas y la voluntad de las personas para participar en este proceso y el tipo de delito de que se trata. A este examen en el caso de las víctimas, se le llama examen de vulnerabilidad y se usan para estos efectos criterios técnicos, muchos de los cuales fueron trabajados por la Dirección Técnica de los Centros de Víctimas de Delitos Violentos del Ministerio de Justicia y por la Dirección Técnica de las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía.

4.- Se evalúa por estos modelos, como una necesidad importante, el contar con un sistema que asegure la efectividad en el cumplimiento de sus acuerdos, evitando una victimización secundaria de las partes. En este sentido, se ha señalado como alternativa para los casos prejudiciales, el hacer contar el acuerdo en un instrumento que permita asegurar su cumplimiento, como por ejemplo una escritura pública de transacción.

Se ha designado al Centro de Mediación como entidad que efectúa el seguimiento de los acuerdos en los casos extrajudiciales. En cambio, para los temas ya

judicializados, se señala la intervención de la Fiscalía o del Tribunal de Garantía, como encargado de realizar el seguimiento y monitoreo del cumplimiento de los acuerdos, sin perjuicio de la labor del defensor respecto de su cliente.

5.- Uno de los modelos que primero se implementó en Chile fue **el Programa Piloto del SENAME**, que posee algunas características distintas a las observadas, ya que va dirigido a jóvenes infractores. El programa constituye una alternativa a las medidas no privativas de libertad, bajo dos modalidades: reparación del daño a la víctima y servicios en beneficio de la comunidad.

Se establece que la función del delegado de reparación a la víctima, no es resolver el conflicto, sino conducir el proceso, transformándose en este sentido en un mediador que busca acercar a las partes y utiliza técnicas de mediación. A los Delegados de Reparación en Servicios en Beneficios de la Comunidad, les compete mantener los vínculos con las entidades públicas o privadas que ofrecen los espacios y actividades para que los infractores restituyan los daños ocasionados. Para ambos casos se contempla un seguimiento y control de la ejecución de la medida.

Este modelo favorece la responsabilización y la inserción social de los adolescentes inculcados de infringir la ley penal derivados por los tribunales, cumpliendo sanciones no privativas de libertad, en un programa de reparación a la víctima y servicios en beneficio de la comunidad. Promueve el restablecimiento de los tejidos sociales, y la reparación del daño a través de acciones consensuadas entre el adolescente y la víctima.

Los programas están focalizados en simples delitos y se están implementando convenios de colaboración con el Ministerio Público y Sename.

La línea de Mediación resulta más lenta de implementar, porque en los delitos asociados a los ingresos no existen víctimas o si existen, estas no muestran interés por conocer al infractor.

Respecto a la línea de Trabajo en Beneficio de la Comunidad, existen experiencias creativas aprovechando las habilidades del inculcado, ej: un joven deportista que cumplió su sanción enseñando su deporte en una escuela pública, otro que había rayado murallas, reparó su daño a la Comuna pintando murales para hermostrar la Comuna y transformándose en monitor de otros jóvenes.

Se ha alcanzado un promedio de 50 horas de trabajo asignadas, otorgándose el máximo en aquellos delitos de mayor connotación y derivados desde Tribunal de Garantía.

6.- Una de las dos regiones pilotos en que se comenzó a implementar la Reforma, desde diciembre de 2000 es en la IX Región, donde se encuentra el **Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA**, de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. El CREA, es el primer centro que en Chile surge desde la sociedad civil. Como proyecto financiado por el Ministerio de Educación tuvo una ejecución de 3 años (1999 -2001) y, producto de sus buenos resultados, continuó luego con fondos de la Universidad. El proyecto tiene tres aristas principales:

- a) La investigación de los métodos alternativos de resolución de disputas. Este se materializa a través de una publicación anual, la Revista CREA y, con tres concursos de memorias o tesis de grado vinculadas al tema.
- b) La capacitación y difusión, que se concreta en los cursos CREA y las charlas a la comunidad.
- c) El Centro de Mediación, que dentro del esfuerzo por difundir lo que es la mediación y poder recibir causas, celebró convenios y estableció redes de colaboración, en temas de familia y penal, recibiendo causas derivadas de la Fiscalía y/o la Defensoría Penal Pública.

**7.- El modelo de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Bío-Bío, en la ciudad de Temuco,** es uno de los procedimientos actuales de mediación penal que se visualizan como más especializados.

El proceso de mediación es iniciado en una unidad especializada, el Centro de Atención de Víctimas de Delitos Violentos, de la misma institución, donde se realiza el diagnóstico de acuerdo a criterios de vulnerabilidad descrito en el numerando anterior. El Centro individualizado, cita a víctima e imputado por separado a una entrevista preliminar. Se realiza por separado la entrevista preliminar que tendrá los siguientes objetivos:

- Acoger a ambas partes
- Evaluar las reales posibilidades de llegar al acuerdo
- Verificar el consentimiento libre y espontáneo de la víctima para dicho acuerdo.
- Dar a conocer los efectos jurídicos que produce dicho acuerdo.

Luego se deriva para el proceso de mediación al Centro de Mediación de esta entidad, quién, realiza a través de sesiones conjuntas o individuales el proceso de mediación o negociación penal asistida, con el objeto de fijar el contenido de los acuerdos.

Si se ha llegado a acuerdo, se solicita ante el Tribunal de Garantía la celebración de una audiencia para la aprobación judicial de dicho acuerdo. Si no se ha arribado a acuerdo, se informará dicha situación al Ministerio Público y Defensoría Penal Pública.

Un elemento interesante de evaluar, es que en cuando dicho Centro de Atención de Víctimas ha intervenido en los procesos de diagnósticos antes descritos y el caso es definido como mediable e ingresado a mediación, en caso de no tener éxito este proceso, no se ingresa nuevamente para defensas jurídica al mismo Centro sino que se remite con los resultados a la Fiscalía. Esta forma de

intervención, no es usada de la misma manera por otros Centros, como el de la CAJ de Antofagasta, en los que el Centro de Víctimas de Atención de Delitos Violentos, solo trabajan la capacidad de la víctima para entrar en estos procesos de mediación como una forma de ampliar su servicio de reparación, no evalúa al ofensor, en cuyo caso, de no resultar la mediación, no tiene impedimento para hacerse cargo de continuar el proceso penal adelante.

8.- En algunos **Centros de Mediación, como el de la comuna de El Bosque**, el modelo de mediación se desarrolla en el marco del “Plan de Seguridad y Convivencia Ciudadana”, donde el Centro de Mediación busca desarrollar relaciones cívicas y dialogantes de convivencia, realizando labores de contención, reparación, prevención y promoción en diversas áreas.

Las materias en que trabaja este Centro son referentes a mediación familiar, escolar, vecinal, comunitaria y penal con jóvenes y adultos, estos últimos derivados de policía local y carabineros. Se centra especialmente en la experiencia de mediación comunitaria, con una fase de premediación referida a la información, educación y alternativas de las partes. Luego se desarrolla el proceso de mediación, con sesiones de tipo privadas, conjuntas y ampliadas, con un análisis de trabajo clínico de casos y finalmente una fase de post-mediación donde se monitorean los acuerdos y se vela por el cumplimiento de éstos.

En este modelo se enfatiza la importancia de que las partes firmen un compromiso de participación en el proceso de mediación. Además se hace referencia al perfil de los mediadores, que requiere el manejo de técnicas de grupos y conocimientos específicos en las materias que conciernen a los tipos de conflictos que aborda esta mediación.

9.- Otra experiencia interesante es la del **Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso**<sup>117</sup>, la que propone un modelo

---

<sup>117</sup> Modelo de Mediación Penal elaborado por Pamela Espinoza de la CAJ Valparaíso.



de mediación penal restaurativo, con una metodología de investigación basada en experiencias e historias de profesionales en relación al trabajo con víctimas.

En este modelo, se visualiza el conflicto penal desde una perspectiva amplia, incluyendo sus implicancias sociales y las responsabilidades involucradas, no solo de las partes sino también institucionales y públicas. Incorpora además aspectos como la protección a las víctimas, a la vez de promover la rehabilitación del imputado, sin dejar de lado el interés social en la persecución de un delito.

Plantea un concepto de justicia restaurativa que busca equilibrar los intereses de la víctima y de la comunidad, con la necesidad de reintegrar al delincuente a la sociedad. Da especial importancia a los intereses individuales, distingue como intereses de la víctima, la reparación del daño, la seguridad y adaptación social; como intereses del imputado, la rehabilitación social y el compromiso de cambio; y finalmente, como intereses de la sociedad, las garantías de un proceso penal, la persecución del delito, evitar reincidencias y administrar justicia.

Propone una transformación en el proceso de mediación penal, que se traduce en una resignificación del hecho que contribuirá al proceso de reparación.

Este modelo pone especial énfasis en la evaluación de vulnerabilidad, la que es referida a la víctima específicamente. Propone que debe ser realizado en forma previa al proceso de mediación y por un agente externo al Centro de Mediación, consistente en expertos psicólogos, con experiencia en el área de víctimas.

10.- El modelo de mediación penal elaborado por los “**Mediadores Asociados Chile**” durante los años 2005 y 2006, atendiendo casos derivados de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur, a la que pertenecen las comunas de La Pintana, El Bosque, San Ramón, San Miguel, Lo Espejo, Pedro Aguirre Cerda, San Joaquín. Puente Alto, San José de Maipú, Pirque y La Cisterna. Esta, es una experiencia

que se realiza en una institución privada, principalmente con lo delitos de lesiones leves, amenazas y conflictos vecinales, con éxito en su gestión.

La manera de proceder de este Centro, consiste en que una vez derivado el caso, se cita a ambas partes por separado, evaluando expectativas y herramientas para generar el acuerdo, luego se realizan una o dos sesiones conjunta, y en ocasiones la cantidad de sesiones se prolonga dependiendo del caso, luego el resultado del acuerdo se remite directamente al ente derivador.<sup>118</sup>

Este Centro cree que es de gran relevancia, sensibilizar y captar casos posibles de mediar incluso en una etapa prejudicial. Para ello es importante lograr una coordinación con las instituciones participantes como Carabineros, Fiscalía, Defensoría y, comunidad en general.<sup>119</sup>

Pese a que en la mayoría de los casos se llegó a acuerdo, en los casos en que no lo hubo, el solo hecho de ser partícipes de este proceso ampliaba la visión sobre el conflicto, pues necesariamente las partes debían oír la versión entregada por su contraparte.

En este sentido el rol educador del proceso se hacía presente, mostrando que existen diversos modos de ver el mismo problema y diferentes formas de abordarlo, más allá de la agresión física o verbal que eran los casos más recurrentes.

Otro aprendizaje fundamental, es la idea de que las palabras víctimas e imputado, son solo la identificación del caso, ya que existe toda una historia detrás de las partes, que los convierte en ocasiones en víctimas y en otras en victimarios de los eventos conflictivos.

---

<sup>118</sup> Referencia de sistematización realizada por el Centro Mediadores Asociados de Chile. Coordinadora: Isabel Lobos.

<sup>119</sup> Comentarios de Isabel Lobos, Coordinadora del Centro en referencia.

Entre abril del año 2005 y diciembre del año 2006 se atendieron 60 casos, obteniéndose acuerdo en un 68% de éstos. Sin duda, las demandas por atención son altas, sin embargo el Centro de Mediación atendió un número limitado de casos, pues al ser un trabajo no remunerado debía complementarse con otra actividad laboral

### **Recepción de los Casos:**

El proceso comienza por la llegada del formulario de derivación proveniente de la Fiscalía, a través de correo electrónico. En este proceso, la utilización de internet es un medio efectivo y rápido, sin embargo, el ingreso masivo de ellas, requiere necesariamente de un programa en red que indique los horarios disponibles para la atención de los casos y el profesional que atenderá. De este modo, se agiliza la atención, pues se otorga fecha y hora para la mediación en forma inmediata. En este sentido se ahorra el paso de esperar que el Centro de Mediación determine la hora y luego se avise a las partes involucradas.

**Citación de las partes involucradas:** El modo en que el Centro de Mediación realizaba las citaciones fue variando en el transcurso del tiempo. En un comienzo se citaba a través del teléfono o se entregaba la invitación personalmente, cuando no se contaba con número telefónico del destinatario. Luego se fueron entregando las invitaciones a través de telefonograma, lo que al igual que la invitación personal es más efectivo, pero más caro. En este sentido, lo más recomendable es citar a las partes con un mínimo de dos semanas de anticipación.

La mediación penal no remunerada, implica gastos extraordinarios, que a veces no permiten la utilización de medios más efectivos de citación.

Otro factor analizado en el proceso de las invitaciones a mediación, es quién debería enviarlas, si el Centro de Mediación, la Fiscalía o la Defensoría, ya que al provenir de una entidad institucionalizada como estas dos últimas, son mayores las posibilidades de concurrencia de las partes, dado que aún la ideología de la

mediación no ha sido instaurada como medio de resolución de conflictos en forma masiva, persistiendo en la conciencia colectiva la formalidad de las citaciones realizadas por una entidad estatal.

Si bien la mediación penal es voluntaria, las partes no pueden decidir si quieren o no participar de ella, sólo hasta saber de que se trata. El hecho de ser citados por la Fiscalía o Defensoría no va en contra del principio de voluntariedad, sino por el contrario, favorecería el proceso, porque aumentan las probabilidades de que las partes involucradas asistan a las sesiones de mediación.

Aún cuando se generaron las citaciones desde el Centro de Mediación privado, se redactó una forma que incluyera el nombre de la Fiscalía como gestora de esta alternativa de resolución de conflicto, método que dio buenos resultados de asistencia.

### **Intención de no asistir de parte de los involucrados.**

Aparte de la dificultad que puede presentarse en el proceso de mediación al no recibir las partes la invitación, el desconocimiento de los beneficios de la mediación, está el temor de quien denuncia de encontrarse con la contraparte. En este caso se eleva acta de no comparecencia y se le informa a la otra parte involucrada que no asista. Existe en este caso, la posibilidad de una intermediación (puente). Es similar a las sesiones individuales en las que se expone de parte del mediador a una parte, solo lo que ha sido autorizado a exponer por la otra parte.

### **El primer encuentro**

Una vez que ambas partes han asistido a la sesión de mediación penal acordada, la conducta más recurrente es evitarse. Los niveles de tensión en esta primera etapa son altos, la conducta más recurrente es la vista a los mediadores evitando todo contacto físico y visual con la contraparte.

Un hecho importante de destacar en esta primera fase, es que en todos los casos atendidos nunca se vivió situaciones de violencia y agresividad extrema, comentan las sistematizadoras de esta experiencia. Las partes por lo general llegaron con alguna dosis de agresividad, causada probablemente por el desconocimiento del proceso de mediación y como un sistema de autodefensa, pero que en el transcurso del proceso siempre la actitud fue cambiando.

Es importante destacar que el centro de la conversación será el conflicto, separando a las personas de éste, para facilitar el acuerdo. Sin embargo, es conducta reiterada el salirse del conflicto y reprochar conductas pasadas de la contraparte. Dentro de la mediación, la seguridad de que el otro siempre quiere perjudicarlo se quiebra, puesto que la comunicación directa comienza a aclarar algunos puntos que antes se creían ciertos. Lo importante de encontrar durante el proceso el problema latente y las necesidades bajo las posiciones.

En cuanto a la **percepción de los usuarios**, todavía no existen resultados, sin perjuicio de encontrarse en proceso de construcción las herramientas para su medición.

## **f) Estadísticas de los Centros de Mediación Penal**

Con el objeto de entender los conceptos que se usarán en los cuadros estadísticos de los Centros de Mediación Penal, se incorpora la siguiente cita.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> Casos Ingresados: Aquellos que son ingresados al Centro por derivación de Fiscalía u otro organismo independientemente que comparezca el solicitado personalmente a pedir la hora.

Casos Mediados: Aquellos en que a lo menos ha existido una sesión individual con cada una de las partes o una conjunta.

Casos Sin Mediación: Aquellos en que no se ha podido realizar a los menos una sesión con cada parte o una conjunta sea por problemas de notificación o por que las partes no desean asistir.

Casos Inmediables: Aquellos que por cuestiones éticas no pueden ser sometidas a un proceso de mediación por transgresión de los principios de la mediación o por existir riesgo vital de las partes.

Para sistematizar de mejor manera las estadísticas de los Centros de Mediación, se agrupan las experiencias de las tres Corporaciones de Asistencia Judicial que realizan mediación penal, las de las regiones de; Tarapacá y Antofagasta, Valparaíso y Bío –Bío, incluyendo la estadística del Centro de Mediación privado que ha atendido mayor número de casos penales y luego se realiza una somera referencia a las intervenciones del Sename, por tratarse de un estilo distinto de trabajo con jóvenes.

### Estadísticas de mediación penal en las CAJ

	Iquique	Antof.	Victoria	La Ser.	Valpo.	Ranc.	Talcah.	Temuco	Pto. M	Total
TOTAL FAMILIA	130	619	19	119	157	152	416	288	203	4408
TOTAL CIVIL	96	0	20	38	44	3	6	25	128	659
LABORAL	9	0	4	14	3	0	6	7	1	70
TOTAL VECINAL	4	0	5	3	7	9	1	11	10	75
TOTAL PENAL	11	56	1	2	21	1	2	12	4	110
<b>TOTAL GENERAL</b>	<b>250</b>	<b>675</b>	<b>49</b>	<b>176</b>	<b>232</b>	<b>165</b>	<b>431</b>	<b>333</b>	<b>346</b>	<b>5322</b>

### Proyección de resultados

Casos Ingresados	100%
Casos Terminados	100%
Casos Inmediables	5,6%
Casos Mediados	72,2%
Casos Sin Mediación	22,2%

### Materias de Ingreso 2006

Casos Ingresados	100%
Amenazas	16.6 %
Daños Simples	28 %
Lesiones Leves	44,4%
Riña	11%

Casos Desistido: Aquellos que habiendo sido mediados una de las partes o ambas manifiesta que no desea seguir con el proceso habiendo asistido a una sola sesión.

Caso con acuerdo: Aquellos que habiendo sido mediados las partes llegan a algún tipo de acuerdo.

Casos Sin acuerdo: Aquellos que habiendo sido mediados, las partes no desean llegar a ningún acuerdo o el mediador termina la mediación en la convicción que no se llegará a acuerdo en ninguna materia.

### Causales de Término

Casos Mediados	100%
Casos desistidos por solicitante	15%
Casos desistidos por solicitado	23%
Casos con Acuerdo	54%
Casos sin Acuerdo	8%

### Sesiones de los casos Mediados

Casos Mediados	100%
Casos con dos sesiones	38%
Casos con tres sesiones	54%
Casos con cuatro sesiones	8%
Promedio de Sesiones	2,6 Sesiones

**Tipos de reparación según delito y tiempos en los que se obtuvo acuerdo.<sup>121</sup>**

---

<sup>121</sup> A modo de referencia, citaré las reparaciones que se ofrecieron en los delitos que tuvieron mayor reiteración de los tratados en el Centro de Mediación de la CAJ de Valparaíso, usaré este cuadro por que es muy similar el tipo de reparación que se han obtenido en otros Centros de Mediación Penal de otras CAJ.

A continuación se muestran estadísticas provenientes de un centro privado, para

<b>Tipo de Delito Según Derivación</b>	<b>Fecha Ingreso</b>	<b>Fecha Término</b>	<b>Tipo de Reparación Acordada</b>
Daños simples	22/08/06	06/09/06	Compromiso de no incurrir en nuevas agresiones. Acuerdo para el uso conjunto de un bien inmueble común.
Riña	24/08/06	04/09/06	Compromiso de no incurrir en nuevas agresiones. Compromiso de no difamarse mutuamente en el barrio. Reconocimiento de agresión mutua y daño sin intención. Reparación del daño de los lentes ópticos de la víctima pagando denunciado \$ 26.000.
Lesiones leves	31/07/06	25/08/06	Reconocimiento de la agresión como conducta inapropiada. Explicaciones mutas del malentendido. Compromiso de no incurrir en nuevas agresiones y prohibición recíproca de acercamiento. Ofrecimiento de disculpas recíprocas. Adquisición por parte de denunciado de lentes ópticos para la víctima por \$ 78.000.-
Amenaza atentado contra personas	24/08/06	04/09/06	Reconocimiento de efectos de la amenaza y declaración de intención de no dañar a nadie. Compromiso de no incurrir en nuevas agresiones y prohibición recíproca de acercamiento.
Amenazas arma blanca	29/08/06	12/09/06	Acuerdo sobre el monto de deuda entre las partes en \$26.800 y convenio de pago. Compromiso de no mantener en el futuro relaciones comerciales y no incurrir en nuevas agresiones mutuas.
Apropiación indebida	Fechas sólo	de ejemplo.	Devolución de lo apropiado

apreciar la diferencia con los centros públicos expuestos anteriormente. Se tomará como referencia uno de los Centros que ha tenido mayor experiencia sobre mediación penal en Chile.<sup>122</sup>

### **Experiencia del Centro de Mediación Penal “Mediadores Asociados Chile”**

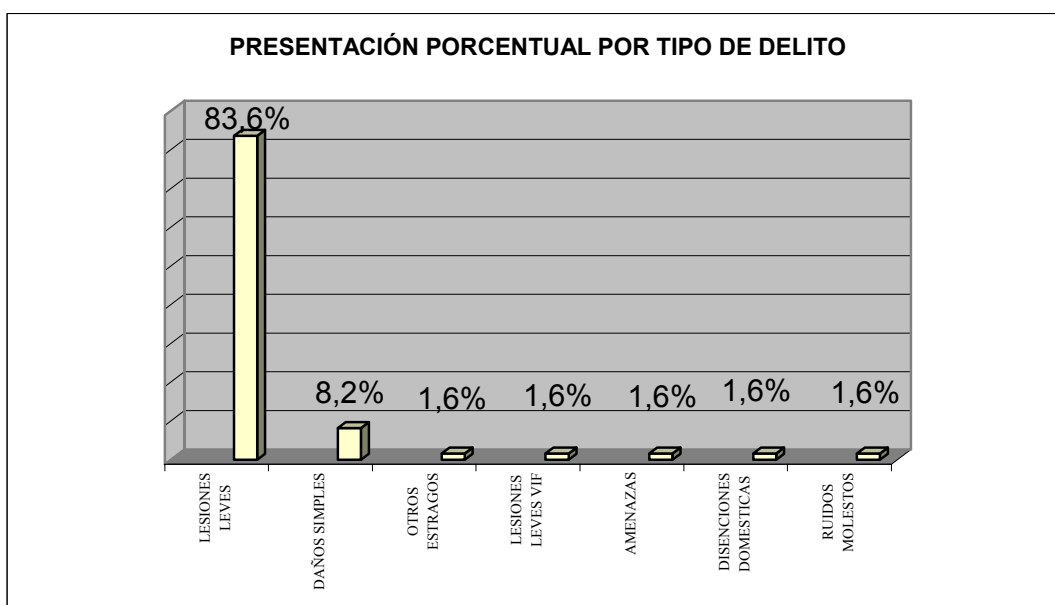
<sup>122</sup> Los datos mostrados a continuación fueron entregados para esta investigación por su coordinadora Isabel Lobos. Sistematización que tiene como autoras a Solange Caballero Andaur, Isabel Lobos Fortet y Lidice Nazal Arévalo.



El mayor número de causas atendidas provino de la comuna de La Pintana representando un 27%, seguida de las comunas del El Bosque con un 18% y la Granja (17%).

### Tipo de delito

La tipificación principal de los casos recibidos fue la de lesiones leves, representando un alto porcentaje, específicamente de un 83,6%, seguida de daños simples con una amplia diferencia pues esta última está representada por solo un 8,2%. Los daños simples constituyen daños a la propiedad material, mientras que otros estragos tipifican aquellos delitos distintos, como es el ejemplo de una denuncia de una vecina a otra por muerte de animales. Disensiones domésticas se atribuye a aquellas molestias y amenazas constantes verbales de una persona hacia otra.



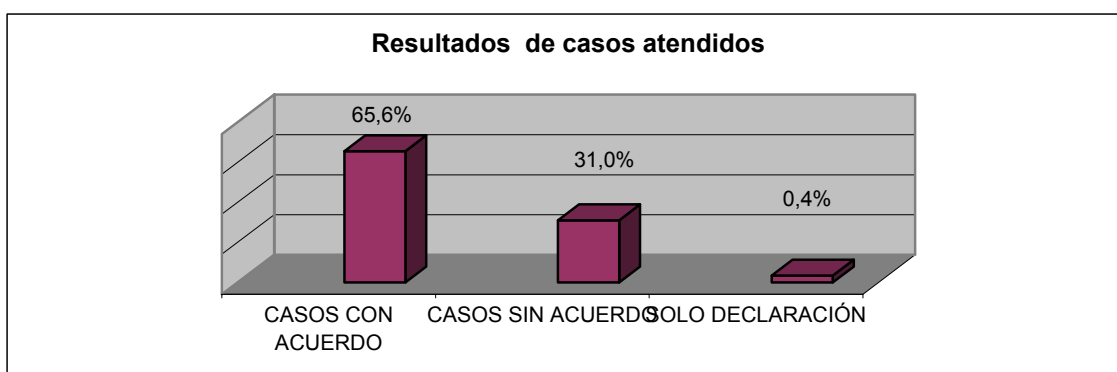
### Resultados de la mediación Penal

Del total de casos atendidos en mediación penal, en el Centro “**Mediadores Asociados Chile**”, hubo un 65,6% de acuerdos, mientras que en un 31% de las atenciones, las partes no llegaron a acuerdo y un 0,4% sólo obtuvo acuerdo

verbal. En este sentido, es importante rescatar que en los casos en los que no se llegó a acuerdo, la traba principal fue el no reconocimiento de los hechos por los cuales se interpuso la denuncia por parte del imputado. Este factor, imposibilitaba el trabajar sobre un conflicto que era negado completamente por una de las partes.

Uno de los requisitos básicos para que las personas accedan a la salida alternativa de la mediación penal, es haber reconocido el delito. Sin embargo, en la práctica, se detectó que las partes llegaban con dos versiones completamente excluyentes entre ambas.

Del 100 % de casos atendidos, en el 93% la mediación llegó a término en una sesión, mientras que en el 3,4% se necesitó de dos sesiones para dar término a la mediación y en un 3,6% se realizó tres sesiones.

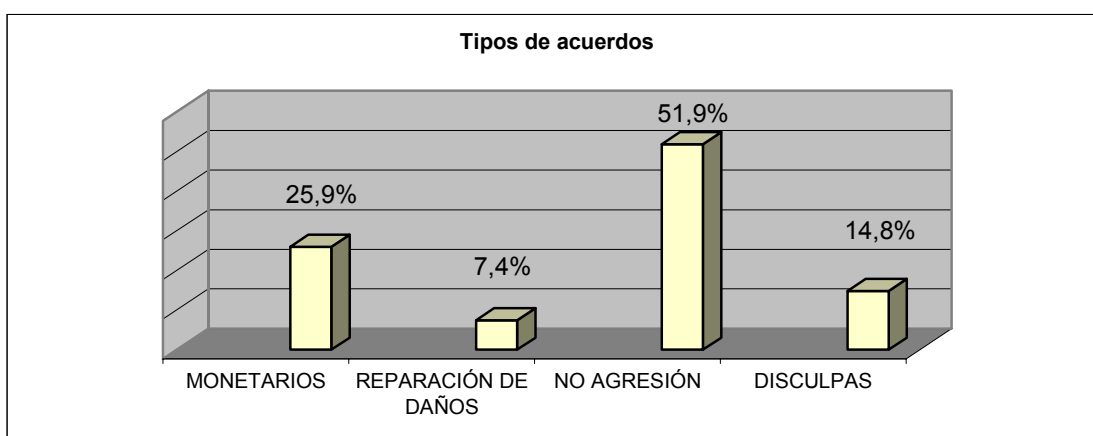


### Tipo de acuerdo

En los casos en los que hubo acuerdo, el más recurrente fue el de no agresión. En este punto se corrobora la toma de conciencia, de las partes de que ambas tuvieron responsabilidad en el conflicto. Lo interesante de este tipo de acuerdo fue que el compromiso fue tomado tanto por el “imputado” como también por la “víctima”. En un porcentaje del 51,9% los acuerdos consideraron este punto como relevante, comprometiéndose a no volver a agredirse.

Los acuerdos monetarios son de un 25,9% (26%), ambas partes llegan a un acuerdo mutuamente aceptado sobre un determinado monto a pagar y el modo en cómo se entregará el dinero, lugar y cuotas según corresponda. En un 15% el acuerdo consiste en dar disculpas por el daño causado. Esta situación corrobora la falta de comunicación como gestora de conflictos.

Sin duda un aspecto gratificante para quienes participaron de esas mediaciones fue que los niveles de tensión iniciales entre las partes tienden a desaparecer al término de ésta. Por último, y con un porcentaje menor de incidencia, 7,4%, se acordó la reparación de daños. Este tipo de acuerdo implica reparar personalmente el daño causado, ya sea instalar un vidrio roto o reponer e instalar material de techos, panderetas y muros.

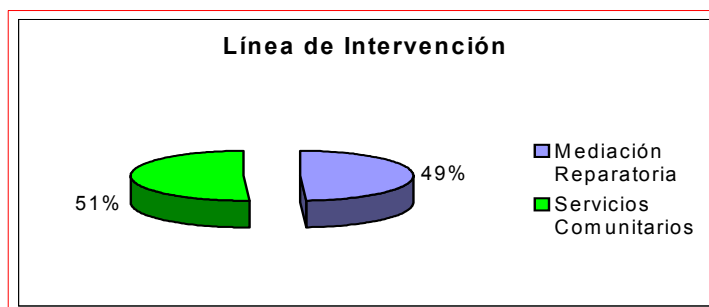


### Resultado del total de casos recibidos

Del total de casos enviados desde la Fiscalía, cabe destacar que a todos se les citó, sin embargo, por los factores antes mencionados, un 51,7% aprox. no se presentó. Del total de los derivados, el 31,7% obtuvo acuerdo y 15% no tuvo acuerdo.

Por otra parte, es interesante evaluar el **Programa del Servicio Nacional de Menores**, porque trabaja en mediación penal con adolescentes, los que tienen mayores probabilidades de reinsertarse socialmente y no reincidir.<sup>123</sup>

En cuanto a las líneas de intervención, la que mayor éxito ha tenido, es la de servicios comunitarios, en un 51% y en menor medida la mediación, con un 49%, ya que para aumentar el uso de esta última, falta promover una cultura de justicia de los acuerdos.



Es así como podemos observar que el 83% de los jóvenes egresados de este sistema no presentan escalada conductual. El 17% restante se encuentra en el segmento de los jóvenes que ingresaron por faltas o delitos menores. Aquellos que presentan nuevas denuncias, corresponden a porcentajes muy bajos, de ellos el 91% ha participado en la línea de trabajo comunitario y solo el 9% en procesos de mediación, que al parecer impactan más profundamente en los adolescentes.

#### g) Perfil y formación de mediadores penales

<sup>123</sup> Información de SENAME 2005.

Se ha discutido mucho si para definir el perfil del mediador y sus requerimientos de formación, debemos distinguir entre aquellos que intervendrán en mediación penal propiamente tal en el marco del proceso penal y aquellos que se dedicarán a justicia restaurativa penal, en un sentido más amplio, que incorpora la mediación penal, comunitaria y escolar. Mediadores, que sin perjuicio de compartir muchos de sus características de perfil y temáticas de formación, tienen algunos aspectos diferenciadores.

En materia de justicia restaurativa, el mediador puede ser profesional o técnico, por ejemplo en China, se relata una novedosa experiencia en que los reos con libertad vigilada y las personas jubiladas trabajaban como voluntarios en solución colaborativa en la comunidad y con jóvenes infractores.

Se ha definido en espacios de discusión académica y experiencial sobre esta materia, que es importante la labor que en justicia restaurativa pueden realizar los líderes naturales validados en su espacio de acción, sin perjuicio de ser también trascendente su formación técnica y el apoyo de un equipo interdisciplinario, con especialización en disciplinas sociales y jurídicas.

Otro de los espacios en que aparece importante formar mediadores como líderes internos dentro de la misma comunidad es en las cárceles, como forma de resolver conflictos internos. Para esto, Gendarmería debe estudiar una forma de integración de un modelo que considere la cultura interna, dado que ésta tiene sus propias normas de conductas y sanciones.

A diferencia de lo anteriormente expresado, para trabajar en mediación penal parecería necesario tener una formación profesional en el ámbito jurídico y en lo posible complementar el trabajo interdisciplinario con un profesional del área de salud mental.

### **Elementos comunes del perfil y formación del mediador penal y restaurativo**

Hasta hoy, los mediadores que han ejercido en el campo penal son mediadores que no han tenido una formación especial en esta área de la mediación, sino en otros ámbitos como el familiar o escolar, salvo en el caso del Sename, en que sus mediadores contaron con 40 horas de capacitación especializada en este tema, lo que aún no parece suficiente según su propia percepción.<sup>124</sup> En todo caso, la formación de los mediadores penales debiera estar en permanente desarrollo e incorporación de competencias.

La experiencia del Instituto Carlos Casanueva, da cuenta de que la metodología a utilizar en la formación de este mediador, implica un proceso transformativo del alumno que va orientado a liberar al futuro mediador de su formación anterior y de sus propios prejuicios.

La Universidad Bolivariana, en cambio, prioriza en el perfil del mediador penal la habilidad que éste debe tener para el tratamiento, tanto de la víctima como del victimario en lo que han definido como “bipolaridad”.

Una parte de la doctrina, destaca el hecho que el mediador penal debe tener una especial empatía con la víctima durante el proceso de mediación penal, pues el interés de ésta se presenta como un bien superior. En este sentido, se visualiza a la víctima en una situación de desbalance respecto del victimario.

Se destaca el hecho, de que el ofensor también es sujeto de derechos, pues el delito sólo afecta un espacio de la vida del infractor, por lo tanto, los conceptos de reinserción social o resocialización deben utilizarse apropiadamente y solo circunscritos a un área determinada de la vida del infractor, ya que no se trata de socializarlo nuevamente en toda su integridad, ya que eso equivaldría a volver a nacer.

---

<sup>124</sup> Conclusiones de encuentro realizado en Valparaíso el 2003 por Sename y la Universidad Humanismo Cristiano.

Existe coincidencia en que para trabajar con víctimas e imputados, se requiere primeramente revisar las condiciones psicológicas del mediador, en ambos tipos de mediación. En este sentido, se sugiere incorporar en la formación del futuro mediador penal, la posibilidad de detectar sus prejuicios contra víctima o victimario, que puedan incidir en el desempeño futuro del mediador.

Otra característica propia del mediador penal y restaurativo, es que sea flexible en la aplicación de las distintas técnicas de los modelos de mediación, adecuándolas al caso concreto.

Que el mediador cuente con una formación ética muy fortalecida.

Que tenga conocimientos teóricos y prácticos en mediación y en el área específica con que trabajará (penal, escolar o comunitaria).

Se requiere que el mediador esté empoderado en su rol, ya que tiene un poder distinto del que detentan las partes. Necesita detentar autoridad natural y liderazgo.

Habilidad para intervención en violencia. Analizar su propia reacción ante la violencia. Manejar elementos de daño y violencia y saber como intervenirlos.

Experiencia para desarrollar en otras habilidades y destrezas.

El mediador requiere de permanente supervisión. Ser capaz de autocensurarse y definir que necesita de otras especialidades.

Una parte de la doctrina piensa que un mediador para trabajar en mediación penal, por lo delicado de su función, debe contar al menos con una experiencia práctica de dos años, en mediación u otro tipo de mecanismos de resolución colaborativa de conflictos.

Existen otros requerimientos importantes para la **formación del mediador penal**, los que consisten fundamentalmente en tener conocimientos básicos de: Reforma Procesal Penal, victimología, criminología, principios del Derecho Penal, útiles para comprender el contexto del delito y daño, manejo de criterios de vulnerabilidad, acogida e intervención en crisis, ley de responsabilidad penal juvenil, psicología adolescente y marco de ejecución penal.

Finalmente, debiera considerarse como política pública la necesidad de implementar Centros de Mediación Penal, formados por profesionales habilitados en esta disciplina, para lo que es necesario establecer a futuro un registro público de mediadores penales, con requisitos de formación, que permita otorgar servicios de calidad a los usuarios.

#### **h) Fortalezas**

Entre las fortalezas detectadas en el proceso, se observa que logra solucionar de manera eficiente el conflicto penal, dando una solución rápida y satisfactoria a ambas partes, las cuales manifestaron estar contentas con haber participado en el proceso de mediación.

Aparte del acuerdo formal que fue presentado a tribunales, dentro del proceso de mediación, el imputado pide disculpas a la víctima, manifestando que nunca tuvo la intención de causarle los problemas a los cuales se ha visto expuesta, la víctima por otro lado valora esta disculpa y la intención por parte del imputado de tratar de reparar el daño causado.

Se estima un porcentaje de éxito en los casos derivados a mediación, cercano a un 50% de los casos recibidos.



Otra fortaleza, que podría considerarse, es la colaboración que presta la mediación penal a la prevención en victimización secundaria, dado la superación de la gran extensión de los procesos jurídicos que somete a la víctima y al ofensor a un serio estrés, como también el empoderamiento de la víctima a partir de su participación directa en la resolución del conflicto.

### **i) Debilidades y desafíos pendientes**

Como debilidades de la mediación penal se pueden señalar: No se ha implementado una derivación previa al ingreso de los casos al sistema penal, como por ejemplo una derivación desde Carabineros o del Juzgado de Policía Local o instancias sociales tales como el Municipio. Las derivaciones desde la Fiscalía o Defensoría, no permiten tratar los conflictos antes de su judicialización, debiendo insertarse las personas en el sistema penal, para poder participar de esta forma de solución colaborativa.

Por otra parte, las instrucciones dadas por el Fiscal Nacional, restringen la posibilidad de atender en mediación y aprobar a través de los acuerdos reparatorios, delitos que la ley permite tratar de esta forma.

La ley ha restringido la aplicación de los acuerdos reparatorios y por lo tanto la posibilidad de tratar a través de la mediación penal materias que sería muy válido trabajar mediante este proceso, como es el caso de los delitos de violencia intrafamiliar.

La experiencia de los Centros, indica que un importante porcentaje de causas que son derivadas, tienen un problema familiar subyacente. Es decir, como parte del presunto delito de lesiones o amenazas, se encuentra un problema de familia. Por otra parte, si evaluamos que las sanciones que contempla esta ley son: multa, obligación del ofensor de someterse a un tratamiento psicológico y prisión en cualquiera de sus grados, en definitiva, no se hace cargo, pese a los esfuerzos

que se realizan por los agentes encargados de aplicarla, del problema de fondo: la violencia doméstica.<sup>125</sup>

Otra debilidad de la mediación penal, es la carencia de herramientas para hacer efectivo el cumplimiento de acuerdos, cuando no se trata de prestaciones en dinero.

Adicionalmente, falta definir una política pública institucional sobre la materia, ya sea desde el Ministerio de Justicia, de la Defensoría o Fiscalía, que valide la mediación penal como instrumento útil, posible y necesario de utilizar, por los integrantes del sistema penal, posibilitando su uso mediante un reglamento, instrucción u otra normativa y multiplicando su oferta, potenciando la creación y manutención de nuevos centros de mediación penal. Esta sería una manera de darle reconocimiento por parte del Estado a esta forma de resolución de conflictos penales, no solo en términos de oferta gratuita, sino como un servicio legitimado por un presupuesto nacional, que permita ofrecer el servicio gratuitamente a quienes no gocen de recursos económicos.

Una de las dificultades que más pesan en la actualidad en esta materia, es la inexistencia en Chile, de medios para trabajar en formas de reparación, que permitan a los imputados reparar los daños causados a la víctima, en forma económica, contando con un trabajo o realizando funciones comunitarias o de curación médica, entre otras. En otros países se han implementado redes municipales muy fortalecidas en estos aspectos para ofrecer trabajos remunerados a los imputados, que les permitan ofrecer reparación a las víctimas y además ofertas de trabajos comunitarios, para reparaciones comunitarias o simbólicas.

---

<sup>125</sup> *¿Podríamos hacer mediación penal en Chile?* Scarlett Lagos Fuentes

Por la escasez de experiencia, en nuestro país no contamos con estudios de percepción de usuarios, lo que sería extremadamente útil para mejorar la calidad del servicio y legitimar su uso entre los operadores del sistema penal y en la ciudadanía. Sin embargo como lo expuse anteriormente, el estudio efectuado por la Defensoría, refleja que existe una buena percepción de los usuarios sobre los acuerdos reparatorios.

Falta una oferta mayor de instancias de capacitación en mediación penal, que permitan una profunda formación, no solo técnica sino que también ética de los mediadores penales, con una maya curricular para formación de competencias definida institucionalmente por el Estado, a través del Ministerio de Justicia, que se valide mediante la exigencia de inscripción obligatoria de los mediadores en un registro público, para asegurar su calidad.

También, falta acordar y unificar los parámetros de evaluación y herramientas de control de los lineamientos técnicos de la mediación penal, para medir sus resultados cualitativamente.

Finalmente, falta mucha información y sensibilización a los actores del sistema y a los usuarios sobre los beneficios de la mediación penal.

#### **j) Delitos que más frecuentemente podrían ser objeto de mediación penal**

Dentro de los delitos que han ingresado a procesos de mediación penal en Chile, en su gran mayoría han correspondido a aquellos que la ley permite los acuerdos reparatorios y especialmente a apropiación indebida, delitos culposos, daños y lesiones.

Los delitos que por su naturaleza los mediadores penales estiman de mayor probabilidad de tratar en mediación penal son:

1.-Los que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial; entre los más habituales podríamos señalar:

<b>Norma legal</b>	<b>Delito</b>	<b>Bien Jurídico</b>
Artículos 432 y 446 del Código Penal	Hurto	Patrimonio
Artículo 458 del Código Penal	Usurpación no violenta	Patrimonio
Artículo 462 del Código Penal	Alteración o destrucción de deslindes de propiedad particular	Patrimonio
Artículo 487 del Código Penal	Daños simples	Patrimonio
Artículo 468 del Código Penal	Estafa	Patrimonio
Artículo 470 N° 1 del Código Penal	Apropiación indebida	Patrimonio
Artículo 471 N° 1 del Código Penal	Hurto de posesión	Patrimonio
Artículo 471 N° 2 del Código Penal	Celebración de contrato simulado	Patrimonio
Artículo 469 N° 6 del Código Penal	Destrucción de la cosa embargada	Patrimonio
Artículo 197 del Código Penal	Falsificación de instrumento privado	Patrimonio
Artículo 198 del Código Penal	Uso malicioso de instrumento privado falso	Patrimonio
Artículo 442 del Código Penal	Robo con fuerza en lugar no habitado	Patrimonio
Artículo 449 del Código Penal	Robo o hurto de vehículos y el abigeato	Patrimonio
Artículo 478 del Código Penal	Incendio de objetos de poco valor	Patrimonio
Artículo 472 del Código Penal	Usura	Patrimonio, economía monetaria

2.-Lesiones menos graves y leves tipificados en los artículos 399 y 494 N° 5 del Código Penal.

3.- Delitos culposos; entre los cuales podemos señalar:

<b>Norma legal</b>	<b>Delito</b>
Artículo 490 del Código Penal	Homicidio y lesiones por imprudencia temeraria
Artículo 491 del Código Penal	Homicidio y lesiones por imprudencia simple del facultativo o dueño de animales
Artículo 492 del Código Penal	Homicidio y lesiones por imprudencia simple con infracción de reglamentos

## Conclusiones

El análisis de las normas sobre acuerdos reparatorios vigentes en el Código Procesal Penal, así como la experiencia de los Centros de Mediación en Chile y las sanciones de reparación a la víctima y servicio en beneficio de la comunidad propuestas por el proyecto de ley de responsabilidad penal adolescente, nos lleva a concluir que en nuestra legislación, la incorporación de los conceptos de la justicia restaurativa es paulatina y asociada principalmente a delitos patrimoniales, sin que se vislumbre en el corto plazo la incorporación de delitos más graves, sino mediante una transición lenta.

Sin embargo, lo que hemos observado sobre los avances que ha tenido Chile en esta materia, nos permite esperar que mediante los avances que se logren en la

práctica sobre esta materia, se hará posible un fortalecimiento de los programas de mediación penal, tanto respecto del sistema penal de adultos, como para los adolescentes infractores de ley.

Frente a esta posibilidad, surge la pregunta acerca de por qué, en los acuerdos reparatorios, no se consideró la incorporación en nuestra legislación de la mediación penal u otra de las formas de intervención de la justicia restaurativa de manera explícita, tal como se hizo en el proyecto de ley de tribunales de familia, a propósito de la mediación familiar.<sup>126</sup>

Lo anterior, no era tarea fácil, toda vez que en nuestra legislación aparece la antigua discusión doctrinaria referida al titular del conflicto, Estado – Víctima, que al parecer se inclina hacia la concepción retributiva más tradicional, lo que se verifica en las restricciones que impuso nuestra legislación al ámbito de los acuerdos reparatorios. Sin embargo, nuestro país tiene la historia y tradición de los pueblos originarios indígenas, que incorporan como prácticas cotidianas formas de mediación efectuadas por ancianos de la comunidad.

Otro antecedente importante con el que nuestra cultura puede aportar en este sentido, son los programas de mediación escolar que se han instalado con mucho éxito, en varios colegios municipalizados, los que pueden servir de base para una formación de solución de conflictos colaborativa en los futuros ciudadanos.

---

<sup>126</sup> Comentario inspirados en reflexiones y conclusiones del curso de capacitación, en “Justicia restaurativa y mediación penal”, realizado por SENAME, la Universidad Humanismo Cristiano y la Asociación Pro Naciones Unidas de Chile, Valparaíso 2003.

## **Capítulo VIII**

### **Experiencia comparada en Mediación Penal**

#### **1.- Los modelos de mediación penal**

Los modelos restaurativos, varían en cuanto a su metodología y forma de intervención, según la cultura del país donde se aplican y las influencias que en este aspecto hayan recibido de otras regiones. No siempre estos procesos son propiamente mediación penal, tienen en común que parten del concepto de justicia restaurativa y que aplican formas colaborativas de solución al conflicto penal, con muchos principios propios de la mediación, aunque a veces, tienen también aspectos de una forma alternativa de resolución de conflictos llamada conciliación.

Muchos de los modelos de solución colaborativa de conflictos en materia penal, se implementaron para ser aplicados en jóvenes y adolescentes y luego se han

extendido a la población adulto. A continuación haré referencia a algunas de las experiencias comparadas que sobre esta materia han mostrado, sustentabilidad, calidad e innovación:

**A.- Nueva Zelanda**, ha implementado en forma sostenida en el tiempo, modelos de justicia restaurativa y mediación penal. Experiencias que se destacan por considerarse de las más desarrolladas y sistemáticas del mundo en esta materia. Estas han sido en un comienzo aplicadas a jóvenes infractores, extendiéndose los últimos años también a los adultos<sup>127</sup>.

En Nueva Zelanda, hay cuatro modelos de intervención de justicia restaurativa y mediación penal: La Conferencia del Grupo Familiar, en adelante CGF, el encuentro entre víctima y agresor, el círculo de sanación y los paneles de víctimas y victimarios.<sup>128</sup>

1.- El más conocido de estos modelos es la Conferencia del Grupo Familiar, que consiste en que frente a una infracción juvenil y existiendo o no una acusación formal, se desarrolla un proceso de diálogo, con el objetivo de discutir la conducta de el o los jóvenes involucrados y los hechos acontecidos antes y durante el delito, proponiendo un plan para el futuro. Este procedimiento es organizado según una metodología definida, por un funcionario designado del Departamento de Trabajo Social, quien convoca con este fin; al joven involucrado, su familia, la víctima, un trabajador social, un representante de la División de Apoyo de Jóvenes de la Policía y a otros representantes de la comunidad.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Versión en Español, ver: "La Justicia Restauradora en Sociedades Diversas y Desiguales", *Revista CREA*, N°2. Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2001, pp. 116-134.

<sup>128</sup> Modelo citado en el I Foro Iberoamericano de Solución Colaborativa de Conflictos: Panel compuesto por: Mylene Jacoud, Profesora e Investigadora de la Escuela de Criminología de la Universidad de Montreal de Canadá; Annette Pearson, Cónsul Honoraria de Nueva Zelanda en Colombia y Renato Campos De Vitto, Secretaría de la Reforma del Poder Judicial de Brasil.

<sup>129</sup> Se denominan conferencias comunitarias. En ellas el encuentro del victimario es con una víctima sustituta, no la real y en la reparación no participa la familia del acusado sino la comunidad.

Todos los casos que no son desestimados o resueltos de manera informal por la policía van a conferencia en alguna etapa, incluyendo aquellos que han recibido sentencia en el tribunal.

Las Conferencias de Grupo Familiar, también son únicas en cuanto a su proceso de creación, el que comprendió un proceso de activismo político de “abajo hacia arriba” por parte de grupos “Maoríes”, que presionaron a fin de que la justicia formal incluyera sus prácticas de justicia indígena. Es así como se produjo un movimiento socio – político, en el cual las demandas de los “Maoríes” coincidieron con el apoyo de numerosos funcionarios estatales, asistentes sociales y jueces, lo cual culminó con la dictación de la Ley *Children, Young Persons and Their Families Act*, de 1989. Esta ley, entregó prácticamente todos los casos de delincuencia juvenil que hubieren continuado más allá de la fase de investigación por parte de la policía, a las conferencias familiares, salvo situaciones excepcionales. Incluso, si el caso era derivado para ser juzgado en los tribunales, la ley proveyó que, en general, debía pasar primero por un proceso de conferencia familiar. Esto transformó a las CGF de Nueva Zelanda, en el primer modelo en el mundo que cuenta con la incorporación sistemática de la justicia restaurativa en la justicia legal, formal.

La Conferencia del Grupo Familiar, consiste básicamente en una reunión informal entre el joven infractor, un grupo importante de miembros de su familia, la víctima, las personas que la apoyan, y los profesionales que se han involucrado en el caso. Puede estar presente también el abogado del infractor y algún miembro de la policía, quien tiene el rol de dar lectura a los cargos y participar en todo el proceso de conferencia.

El desarrollo de la conferencia es libre y flexible, y el grupo en su conjunto debe intentar llegar a un consenso acerca del futuro del caso.



La organización de la conferencia está en manos de un profesional perteneciente al Ministerio de Seguridad Social, con el propósito de alejarlo lo más posible de un modelo de justicia formal.

El lugar de la conferencia, es elegido por el joven infractor junto a su familia, con el acuerdo de la víctima. En la mayoría de los casos, las conferencias se desarrollan en salas del Departamento de Seguridad Social o en sedes comunitarias, y ocasionalmente, tienen lugar en los “*marae*”, o casa tradicional “Maorí”, o bien en la casa de la víctima. Los participantes normalmente se acomodan en sillas colocadas en forma de círculo.

Esta es una oportunidad para que el joven infractor niegue los cargos si lo desea. Si admite los cargos, la conferencia prosigue. De lo contrario, el caso es devuelto a la policía, quien puede tomar la decisión de derivarlo, a su vez, a la Corte Juvenil para que se realice una audiencia.

Luego de esta fase preliminar, la víctima es invitada a hablar primero, la que dará cuenta del impacto que el delito tuvo en ella. Luego se invita al joven ofensor a narrar las circunstancias de comisión del delito y las razones que tuvo para cometerlo. A continuación, sigue una discusión general entre todos los participantes, especialmente entre las familias y grupos de apoyo de ambas partes. Luego de ello, todos los participantes, incluido el coordinador, se retiran de la habitación para dejar al joven y su familia en privado, a fin de que puedan hablar y preparar un plan de reparación que luego propondrán a toda la conferencia.

Este plan debe estar en armonía con los principios y valores de la ley de Responsabilidad Penal Juvenil, número° 1989, que son fundamentalmente: fomentar la responsabilidad activa del joven infractor, dar respuesta a las necesidades de la víctima, y apoyar el desarrollo conductual del joven a fin de que no vuelva a delinquir. En particular, las medidas de prevención de la reincidencia deben propender a fortalecer sus lazos con la familia nuclear, extensa y su

comunidad de parentesco, así como también deben transmitirle destrezas para la resolución de problemas. En este momento se puede ofrecer disculpas a la víctima, y en algunas conferencias se producen gestos de reconciliación entre ambas partes.

Los resultados más comunes de las CGF son: ofrecimiento de disculpas, trabajo comunitario, reparación, y asistencia a programas de rehabilitación. La reparación material o económica no es muy común, debido a la pobreza de muchos de los jóvenes infractores y sus familias.

Es preciso destacar que las CGF, a diferencia de otros programas restaurativos en el mundo, tienen lugar respecto de una amplia gama de delitos, exceptuándose únicamente los casos de homicidio. Sin embargo, las conferencias se suelen utilizar sólo una vez que el caso ha llegado a una etapa más formal del procedimiento, aplicándose como una alternativa al juicio. En los demás casos de delitos menos graves, se aplican salidas tempranas al procedimiento penal, menos costosas y menos estructuradas que las CGF, tales como advertencias informales de la policía o planes de comportamiento elaborados de una manera más informal.

No obstante su éxito como programa, las CGF presentan a veces algunos problemas, como, la insuficiente preparación de los participantes en ella. Se ha aprendido que es muy importante que existan varias reuniones previas entre los participantes y el coordinador de la misma, para detectar las verdaderas posibilidades de éxito de la conferencia.

Otro problema detectado, es la insatisfacción de la víctima, la que no siempre alcanza los niveles esperados.

También ocurre que quienes sienten que participaron más activamente en las conferencias son los familiares del joven infractor, y no necesariamente éste, ni la víctima, desvirtuándose de alguna forma el objetivo de empoderamiento de la

víctima y del autor. Esto plantea la duda de si acaso un modelo comunitario de justicia restaurativa puede realmente transferir el poder decisorio a la víctima y al autor, o si termina irremediablemente concentrando dicho poder en la comunidad.

Este modelo es una forma distinta de mediación penal, no exactamente como la entendemos en Chile, pero con muchas de sus características y principios, que apunta a los mismos fines.

En primer lugar, las prácticas de justicia restaurativa y mediación penal pueden ser procesos realizados **sin ninguna referencia al sistema de administración de justicia**. En este caso se aplica en colegios y lugares de trabajo, para resolver conflictos comunitarios. En segundo lugar, dichas prácticas pueden ser llevadas a cabo de manera **paralela a un proceso judicial o al cumplimiento de la pena**, sin que este modelo de mediación penal tenga un efecto potencial sobre las decisiones judiciales o administrativas del caso. En tercer lugar, se puede desarrollar en **procesos vinculados estrechamente al manejo de casos por parte del sistema de administración de justicia**.

Eventos claves que incidieron en la evolución de las conferencias, fueron la conformación de grupos promotores, el diálogo público del Ministerio de Justicia Neocelandés con entidades impulsoras de la mediación penal, sobre el uso, los resultados y la percepción de las prácticas restaurativas en la comunidad. Asimismo, los profesionales privados, funcionarios de la rama judicial y profesores universitarios, se organizaron en grupos de estudios, investigación y evaluación, elaborando guías para capacitar operadores y mejorar los servicios.

También contribuyó significativamente la disposición de grupos de apoyo a víctimas de delitos. Hoy existen aproximadamente 77 grupos municipales de apoyo a víctimas en el país.

El año 2002, la ley reconoció que las víctimas deben tener derecho a participar en un proceso restaurativo y encomienda a abogados, jueces, fiscales y a todo funcionario judicial en contacto con el caso, buscar la posibilidad de llevar a cabo un proceso de mediación penal restaurativo con **asistencia de la víctima**.

La metodología de Conferencia del Grupo Familiar prontamente fue conocida y elogiada internacionalmente, siendo adoptada en diversos países, actualmente se ha expandido a EE.UU, Canadá y distintos países de Europa.

El principio fundamental es: **fortalecer las relaciones de la familia del joven**, mediante la vinculación de ella y la comunidad, en una discusión que examina la **conducta** delincinencial del joven y las **razones** que motivaron éste comportamiento.

Sus objetivos son: la **reducción de la proporción de jóvenes que entran al sistema penal**, el **desenvolvimiento del joven en el ámbito comunitario**; que él **responda por su conducta**; fortalecimiento de la **participación** de la familia; la **vinculación clara y decidida de la víctima al proceso**; la **toma de decisiones por consenso** y la búsqueda de **soluciones y servicios sociales culturalmente idóneos**.<sup>130</sup>

La Conferencia del Grupo Familiar es incorporada al proceso de justicia juvenil mediante dos vías. La primera, es el **programa de derivación** en el que la policía contacta a la Coordinadora de Justicia Juvenil, sin que el caso haya entrado al sistema y al juzgado. Generalmente, antes de la Conferencia del Grupo Familiar, el joven implicado ha aceptado su responsabilidad, entonces se le convoca junto a

---

<sup>130</sup> También es preciso enfatizar que una de las inquietudes de dicha ley de niños, jóvenes y sus familias, era encontrar procesos con significado y arraigo cultural para las familias y jóvenes Maories. Los Maories, son un grupo étnico que representa el 15% de la población de Nueva Zelandia. Ellos se encontraban implicados en los casos de delincuencia juvenil en una proporción muy superior al resto de sus compatriotas. Las relaciones y el grupo familiar extendido, han sido un escenario fundamental para la identidad y sentido de pertenencia del pueblo maorí, por lo que este espacio se promueve como el lugar propicio para llamar a pedir cuentas al joven y plantear colectivamente su vida futura y la reparación del daño que ha causado. Para este propósito se considera que la conferencia del grupo familiar puede ser más efectiva que la audiencia en un juzgado.

su familia, la víctima (quien puede traer personas acompañantes), miembros de la División de Apoyo a Jóvenes de la policía, en ocasiones un trabajador social y otras personas que solicitó él o su familia.

La segunda vía mediante la que se incorpora la conferencia al sistema de justicia juvenil, es la remisión desde el juzgado juvenil. Ella se genera cuando el caso, por su gravedad y de acuerdo a los mandatos de la ley, ha llegado primero al juzgado. El juez debe enviar todos los puntos aceptados por el joven y probados en el juicio a una conferencia del grupo familiar. El resultado de la conferencia es plasmado en un informe al juez que recomienda la manera de conducir los asuntos discutidos. Puede aconsejar que se acepte el plan de acción acordado, que incluye la forma de supervisión para su cumplimiento, o recomendar al juez que imponga una sanción distinta. Generalmente el juez aplazará su sentencia unos meses para permitir el cumplimiento del plan. Si este se lleva a cabo integralmente, el juzgado desistirá continuar con el proceso judicial.

Para el joven infractor, el participar en una conferencia, ayuda a reducir la reincidencia y no sentir que los demás lo señalan como una mala persona. Adicionalmente, le permite participar en la toma de decisiones de la conferencia, estar de acuerdo con las recomendaciones de la misma, cumplir las obligaciones del plan de acción y experimentar un sentimiento de constricción por el daño causado. Finalmente posibilita promover un encuentro con la víctima, ofrecer disculpas y sentir que se ha logrado reparar el daño causado.

**2) Tratados de paz o círculos de sentencia:** Esta estrategia o proceso de justicia restaurativa, tiene por objeto hacer partícipes a miembros de la comunidad, víctimas, defensores, 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 o curar 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.

Estas prácticas tienen su origen en la cultura nativa de Norte América.

**3) Mediación víctima-infractor:** Este proceso le ofrece voluntariamente a la víctima la posibilidad de reunirse cara a cara con el agresor. 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 agresor, del impacto de su actuar sobre la víctima, que éste asuma su responsabilidad, y que en lo posible ambos conjuntamente puedan establecer un plan o acción para reparar el daño.

#### **B.- En Estados Unidos se destaca como experiencia de Justicia restaurativa el Programa VORP.**

Uno de los primeros programas específicamente vinculados con el concepto de justicia restaurativa fue el *Victim-Offender Reconciliation Programme - VORP* o Programa de Reconciliación Víctima - Infractor. El programa VORP surgió en Kitchener, Ontario, del llamado “experimento Kitchener”, por iniciativa de los oficiales de libertad vigilada (*probation officers*), pertenecientes a la iglesia Menonita<sup>131</sup>. Ellos debían hacer una recomendación de sentencia al juez sobre un caso en el que dos jóvenes habían cometido vandalismo callejero respecto de 22 vehículos. Ellos estaban frustrados con la manera cómo el procedimiento judicial formal resolvía tradicionalmente los casos, y estaban comprometidos con los principios de promoción de la paz y de resolución pacífica de conflictos (*peacemaking*). Según su propio relato, se les ocurrió que sería una buena idea que los autores se reuniesen con sus víctimas y les propusieran una reparación. Como esperaban, la primera respuesta del juez fue negativa, y les señaló que ello

---

<sup>131</sup> Experimento Kitchener, relatado en experiencia de Canadá. Los Menonitas forman parte del movimiento Anabaptista surgido a principios del Siglo XVI en Europa, principalmente Suiza, Holanda y Alemania, en el contexto del período de la Reforma Protestante y más propiamente, de la Reforma Radical, ya que tampoco son considerados Protestantes, al haberse opuesto y criticado duramente a estos últimos (DURNBAUGH, Don: *The Believers' Church*, London, Macmillan, 1968). Desde Europa, migraron a Norteamérica entre los siglos XVII-XIX, principalmente a los Estados de Nueva York, Pennsylvania, Ohio, Minnesota, British Columbia y California. Actualmente, los Menonitas están compuestos por diversos grupos, algunos más liberales y abiertos al mundo (ej.: los Menonitas de origen holandés, y los que viven en la costa Este de Estados Unidos), que otros (ej. los Amish, que también se relacionan con esta congregación, y los de origen suizo). The John Hopkins University Press, 1989, p. 62. Finalmente, muchos consideran a los Menonitas como una secta, si bien ellos se resisten a esta denominación (REDEKOP, C., op. cit., p. 35).

era imposible. Sin embargo, al momento de la sentencia, para su sorpresa, el juez falló acogiendo su propuesta. La metodología de trabajo que usaron al principio fue muy rudimentaria, consistiendo en que iban los dos jóvenes acompañados de los oficiales tocando las puertas de cada víctima, y tomando notas de lo que estas querían como forma de reparación. Los jóvenes pagaron los daños ocasionados en pocos meses<sup>132</sup>.

A partir de entonces, el programa VORP se expandió a Estados Unidos, primero a Indiana, y luego a numerosos Estados, refinando sus métodos.

Importante para su desarrollo ha sido el apoyo del Mennonite Central Committee (MCC), mediante el financiamiento de programas, la creación de principios y estándares de “buenas prácticas”, entrenamiento de mediadores, entre otros.

Según Wright<sup>133</sup>, VORP reunió por primera vez la reparación a la víctima por parte del infractor y la mediación como proceso de resolución de conflictos.

El desarrollo de programas de Mediación Víctima-Infractor (Victim-Offender Mediation Programmes- VOM-) está muy vinculado al desarrollo de VORP, estimándose que un 60% de los programas VOM en Estados Unidos se inscribe en esta tradición<sup>134</sup>. Según estadísticas de 1999, existirían 290 programas de VOM y VORP en Estados Unidos, y unos 700 en Europa, los cuales, si bien obedecen a tradiciones teóricas y filosóficas diversas, se encuentran unidos por principios comunes<sup>135</sup>.

Howard Zehr, ha desarrollado en su libro *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, los elementos básicos de la concepción judeo - cristiana de

---

<sup>132</sup> ZEHR, H., op. cit., p. 158 y ss.

<sup>133</sup> WRIGHT, Martin: *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime*, 2ª Ed. Winchester, Waterside Press, 1996, p. 136.

<sup>134</sup> ZEHR, H., op. cit., p. 160.

<sup>135</sup> BAZEMORE, Gordon, UMBREIT, Mark: *Conferences, Circles, Boards, and Mediations: Restorative Justice and Citizen Involvement in the Response to Youth Crime*, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, US Department of Justice, Septiembre de 1999.

justicia restaurativa. Plantea que la justicia bíblica proporciona uno de los modelos para transformar la justicia penal actual, de carácter retributivo, por una justicia restaurativa. El pacto básico que Dios celebró con Israel se recoge en la palabra *shalom*, que significa vivir en paz, sin enemigos, aunque no sin conflictos. A su vez, en la misma tradición judeo - cristiana, el concepto de *pacto, acuerdo o contrato (covenant, en Inglés)*, cuyo componente central es la idea de *shalom*, supone compromisos y responsabilidades mutuas.

Finalmente, la forma cómo Dios responde a quienes quebrantan la ley, proporciona una guía importante de justicia restaurativa: Si bien Dios es ocasionalmente retributivo y muestra su ira, es fundamentalmente un Dios perdonador, y cuya ira es temperada por su amor. En Cristo, se continúa esta idea de inicios orientales, de retribución limitada reflejada en la ley del Tali3n, pero se expande hasta el mandamiento de amar incluso a los enemigos.

**El Programas VORP**, consiste en un encuentro personal entre la v3ctima y el infractor, en donde ambas partes tienen la oportunidad de discutir acerca de los hechos, expresar sus emociones y llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. El acuerdo puede consistir en una reparaci3n material y/o simb3lica, en trabajos en beneficio de la comunidad o de la v3ctima, o en alguna condici3n que debe cumplir el infractor, como por ejemplo, comportarse de cierta manera. El proceso es guiado por un mediador certificado, que en lo posible, provenga de la misma comunidad de las personas en conflicto. Normalmente, los mediadores son voluntarios. Ello es as3, porque parte de la filosof3a de VORP es que los mediadores de alguna forma representan a la comunidad en el proceso penal. El mediador debe ser imparcial, y no debe tomar una decisi3n sobre el caso ni imponer un acuerdo.

Los casos que generalmente se derivan a los programas VORP son delitos contra la propiedad, a pesar de que gradualmente se ha comenzado a incluir delitos m3s serios. Las derivaciones provienen principalmente de los tribunales, aunque



algunos casos llegan desde la comunidad o por iniciativa de una de las partes. Normalmente, VORP opera en una fase anterior a la sentencia y una vez que se ha admitido responsabilidad por parte del autor. Algunos casos también son derivados en etapas más tempranas del proceso<sup>136</sup>. El objetivo principal de VORP es otorgar las condiciones para que la reconciliación sea posible.

Las evaluaciones que se han hecho de los programas VORP han mostrado que las víctimas valoran más los aspectos emocionales que los aspectos materiales de la mediación. Inclusive, muchas víctimas valoran más la rehabilitación del delincuente que la compensación o el castigo<sup>137</sup>. Además, las víctimas se han mostrado satisfechas con su participación en el proceso, encontrándose niveles más altos de satisfacción entre aquellas víctimas que participaron en un proceso de mediación o reconciliación que entre aquellas que no lo hicieron. Asimismo, las víctimas alcanzaron niveles de percepción de justicia más altos en el primer grupo que en el segundo<sup>138</sup>. En cuanto a los autores, la mayoría se mostró satisfecho con el proceso, adquirieron mayor conciencia del daño causado a la víctima y, contrariamente a lo que se pudiera esperar, la consideraron una experiencia difícil y dura.

Uno de los primeros estudios exhaustivos que se hicieron sobre los programas VORP fue desarrollado por Coates y Gehm<sup>139</sup>, e incluyó a cuatro programas VORP en Indiana, Estados Unidos. Los programas recibían los casos del tribunal, normalmente después de que se había dictado condena. El mediador contactaba primero a las partes por separado, oportunidad que era usada por éste para escuchar la historia de cada uno, explicar de qué se trataba el proceso VORP y motivarlos a participar en el mismo. Si ambas partes estaban de acuerdo, el mediador coordinaba una reunión.

---

<sup>136</sup> UMBREIT, Mark: *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*. Monsey, New York, Criminal Justice Press, 1994.

<sup>137</sup> ZEHR, H., op. cit., p.165.

<sup>138</sup> UMBREIT, Mark: "The Meaning of Fairness to Burglary Victims", en Burt Galaway & Joe Hudson (Eds.) *Criminal Justice, Restitution and Reconciliation*. Monsey, Criminal Justice Press, pp. 47-57.

<sup>139</sup> COATES, Robert, GEHM, John: "An Empirical Assessment", en Martin Wright & Burt Galaway (eds.) *Mediation and Criminal Justice*. London, Sage Publications, 1989.

De acuerdo a los autores, la mayor fortaleza del programa era, tanto para la víctima como para el infractor, haber sido tratados como personas. Si bien la motivación de muchas víctimas para participar era la posibilidad de recibir reparación, muchas de ellas salían del procedimiento sintiendo que fueron tratados con respeto y dignidad. Además, se corroboró que los infractores tomaban el proceso de mediación con seriedad, y adquirían una mejor noción de la víctima y del daño infligido. Por otro lado, los porcentajes en los cuales se llegó a acuerdo fueron muy altos (93%) y los porcentajes de cumplimiento efectivo de los acuerdos alcanzados también (83% en el caso de restitución financiera, y 90% en el caso de servicios o trabajos comunitarios o a favor de la víctima). El porcentaje específico de satisfacción de las víctimas fue de un 59%, comparado con un 83% para el caso de los infractores. El 30% de las víctimas se declaró más o menos satisfecha. Cierta nivel de insatisfacción fue expresado sólo por el 11% de las víctimas, lo que más bien tiene que ver con no haber recibido la restitución pactada que con el proceso de mediación.

Lo anterior sugiere, que los programas VORP son muy auspiciosos en términos de los niveles de satisfacción que alcanzan las víctimas y los infractores, así como también, los altos niveles de acuerdo y cumplimiento de los acuerdos. No obstante, es preciso tener en cuenta que el trabajo de preparación de las partes es muy relevante, tanto en términos de las expectativas que se generan en las víctimas, como también en lo relativo a elegir fechas y lugares de su conveniencia. Esto relativiza la afirmación de que la mediación víctima - infractor es una solución de bajo costo al conflicto penal. Asimismo, el proceso de seguimiento posterior de los acuerdos se revela como clave para efectos de lograr satisfacer los intereses de la víctima y, en definitiva, prevenir una nueva victimización frente a la frustración de no ver cumplido el acuerdo por parte del autor.

### **C.- Modelo de mediación penal en Canadá<sup>140</sup>**

En las últimas décadas se observa en Canadá una proliferación de los Programas de Justicia Restaurativa, como prevención a la delincuencia y forma pacífica de resolución de conflictos. En efecto, el sistema de justicia penal ha cambiado, gracias a novedosas iniciativas y cambios en la cultura jurídica, desde el “experimento Kitchener” en 1974.<sup>141</sup> En Canadá existen más de doscientos programas de Justicia restaurativa, lo que le asigna la distinción del país con más liderazgo en esta materia.

Algunos de los indicadores que se usan para clasificar los programas son: a) la ubicación territorial, b) La relación del programa con el proceso de la justicia criminal, antes de la denuncia, después de la denuncia, antes de la sentencia, después de la sentencia o no relacionado con el sistema formal de justicia, c) según el tipo de ofensa cometida, violencia intrafamiliar, robo hurto, abuso sexual, vandalismo, fraude, consumo de droga, etc. d) Especificidad del programa, según el sujeto involucrado, características de la víctima, calidad del agresor. e) Organismo encargado de la administración: agencias comunitarias, servicios públicos, etc.

Alguna de las modificaciones que ha tenido en esta materia el sistema jurídico son:

Poder Judicial: Incorporación paulatina de la Justicia Restaurativa en cualquiera de las etapas del proceso judicial penal. Reconocimiento expreso de la Corte Suprema, de la aplicación de la justicia restaurativa y reparación comunitaria, a todos los sujetos y en las diversas circunstancias y momentos procesales, ej. Caso Gladue v the Queen.

Poder Legislativo: En 1988, la Cámara de los Comunes, en un estudio sobre asuntos penitenciarios y medidas alternativas a la pena, recomienda al gobierno poner atención a las necesidades de la víctima y la expansión de programas restaurativos, reparación comunitaria y penas alternativas a la privación de libertad, especialmente en caso de indígenas. Inclusión de programas que establecen posibilidad de aplicar medidas alternativas antes de formular cargos.

---

<sup>140</sup> Antecedentes, de artículo de Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado, sobre Justicia Restaurativa, autores Rafael Blanco, Alejandra Díaz, Joanna Heskia y Hugo Rojas.

<sup>141</sup> El “experimento Kitchener”, citado en el modelo VORP, Ontario, grupo de la iglesia Meninita, funcionarios de Libertad Vigilada y jueces, con dos jóvenes acusados por vandalismo callejero, reparan a 22 familias víctimas.

Poder Ejecutivo: informe “Victim “s Rights, a Voise Not a Veto”, en 1998 analizó el papel de las víctimas en el sistema judicial y estuvo de acuerdo en que la justicia restaurativa debe considerar el papel de las víctimas. Por otra parte la Comisión Legal de Canadá, estimula el debate sobre las ventajas y desventajas de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. El 2.000 se discutió el rol del gobierno en esta materia y finalmente, en 2002 se presentan por éste, once principios y valores a ser acogidos en los programas de justicia restaurativa.

**Las características de la experiencia canadiense:** Legitimidad social, Interdisciplinariedad, multiplicidad y flexibilidad en las experiencias de justicia restaurativa.

El gobierno, ha jugado un importante papel en la difusión y propagación de los programas de justicia restaurativa, haciéndose cargo de la fijación de estándares, políticas y líneas directrices, investigación empírica, financiamiento y soporte técnico. Adicionalmente, se ha fortalecido por el Estado la prevención temprana del delito y no disminuir la presión social y los gastos públicos en la esfera del aporte presupuestario en justicia.

Otra característica es el reconocimiento de la diversidad y multiculturalismo. El reconocimiento del pueblo indígena que corresponde a un 1,9 del total de la población, ha tenido una gran influencia en los programas de justicia restaurativa, por medio de un reconocimiento de sus tradiciones.

En materia de violencia intrafamiliar y sexual, especialmente en mujeres indígenas, no se ha logrado establecer la factibilidad y éxito de las intervenciones de mediación penal, como instrumento para la solución de estos conflictos. A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad penal adolescente, donde la aplicación de estos métodos han demostrado una gran eficacia.

Los principales programas de Justicia restaurativa en Canadá son: Mediación víctima agresor, Conferencia de Grupo Familiar y un conjunto de programas agrupados en una metodología denominada Círculos Comunitarios, basada en antiguas prácticas indígenas, en que la comunidad y la familia ampliada discuten sobre la situación y la mejor manera de reparar el mal causado, definiendo un plan de acción.

Otra modalidad es el Circulo de Sentencia, después de la sentencia y siendo el culpable no reincidente, se reúnen en círculo la comunidad, psicólogo, víctima, ofensor y juez, a resolver cual es la forma mejor de cumplir una condena que devuelva la armonía comunitaria afectada. Todos los integrantes tienen igual poder, (representado por un símbolo que pasa de mano en mano).

Estas metodologías han sido tratadas en las páginas anteriores, por lo que no volveré a reiterarlas.

### **Reparaciones extra-judiciales, aplicadas conforme a la ley sobre el sistema de justicia penal para adolescentes en Québec**

Año	TC	%	AAS/DHS	%	Mediación	%	LE	%	VC	%	Dédom	Total
1995	3948	51,86	3047	40,02	240	3,15	172	2,26	206	2,71	s/o	7613
1996	4352	51,59	3420	40,54	214	2,54	242	2,87	208	2,47	s/o	8436
1997	4288	51,80	3105	37,51	448	5,41	219	2,65	218	2,63	s/o	8278
1998	3819	48,74	3015	38,48	620	7,91	152	1,94	229	2,92	s/o	7835
1999	3659	47,08	2954	38,01	700	9,01	226	2,91	233	3,00	s/o	7772
2000	3608	47,85	2838	37,63	644	8,54	205	2,72	246	3,26	s/o	7541
2001	3302	48,74	2405	35,50	672	9,92	123	1,82	273	4,03	s/o	6775
2002	3508	48,04	2567	35,15	767	10,50	163	2,23	297	4,07	s/o	7302
2003	3462	45,62	2399	31,62	1126	14,84	601	7,92	0	0,00	s/o	7588
2004	2949	47,03	1660	26,47	1016	16,20	270	4,31	376	6,00	s/o	6271
2005	2766	48,70	1336	23,52	857	15,09	280	4,93	441	7,76	s/o	5680
2006	2524	46,62	1319	24,36	710	13,11	298	5,50	477	8,81	86	5414

TC: Trabajo comunitario  
AAS/DHS: Mejoramiento de las capacidades sociales  
LE : Carta de disculpas  
VC : Pago a la comunidad  
Dédom : Indemnización pagada a la víctima

### **D.- Las Conferencias Comunitarias de Australia (CC)**

En Australia los programas de Conferencia Comunitaria (CC), difieren según las distintas jurisdicciones, si bien muchos de ellos se inspiran en las CGF de Nueva Zelanda. Tampoco existe, como en el caso neozelandés, una legislación nacional

que regule la materia, sino que muchos aspectos se encuentran regulados en manuales y estándares básicos de procedimiento<sup>142</sup>.

Sólo cuatro estados han legislado sobre la materia, (Australia del Sur, Australia Occidental, Queen Island y Nueva Gales del Sur) y aplican activamente conferencias comunitarias en caso de infracciones juveniles. En varios territorios, funcionan modelos de conferencia inspirados en la teoría de la vergüenza reintegradora, conectados con el programa RISE (*Reintegrative Shaming Experiments*), tal como sucede en la capital de Australia.

Si bien estos programas no son exactamente lo que nosotros entendemos por mediación penal, son adaptaciones para jóvenes que tienen muchos elementos comunes con la mediación y que comparten absolutamente sus propósitos.

Dos modelos de conferencia que han incorporado explícitamente la teoría de la vergüenza reintegradora de Braithwaite son: el programa Waga - Waga en Nueva Gales del Sur, y el programa RISE. El programa Waga – Waga, es operado por la policía, y si bien no ha sido tan influyente en Australia, sí ha tenido gran repercusión en otros países, como en Inglaterra, en donde el Departamento de Policía de Thames Valley, lo tomó expresamente como modelo para crear el programa *Thames Valley Police Conferences*. Este último programa, a su vez, ha influido en el desarrollo de los Paneles Juveniles en Inglaterra (*Youth Offender Panels*), los cuales constituyen otro ejemplo de incorporación sistémica de la justicia restaurativa en la justicia juvenil<sup>143</sup>.

Según Dignan<sup>144</sup>, el hecho de que el programa Waga - Waga sea operado por la policía, en el sentido de que ésta no solamente selecciona los casos que irán a conferencia, sino que además coordina y facilita el proceso como tal, lo diferencia

---

<sup>142</sup> DALY, K., 2000, op. cit., p. 172.

<sup>143</sup> BLANCO et. alt., op. cit., pp. 48-54.

<sup>144</sup> DIGNAN, James: *Restorative Justice Options for Northern Ireland: A Comparative Review*. Review of the Criminal Justice System in Northern Ireland, Research Report N°10, March 2000.

sustancialmente del modelo de CGF neozelandés, así como también del modelo de mediación víctima - infractor. En este último caso, uno de sus principios esenciales, es que el mediador sea independiente, de forma tal que concite la confianza de ambas partes, lo que no se daría en el caso en que éste rol lo cumpla un funcionario policial.

Otra característica del programa Waga – Waga, es que el proceso está escrupulosamente reglamentado, en parte para asegurar la consistencia o igualdad, y en parte también para preservar la naturaleza restaurativa del proceso.

#### **D.- Modelo Noruego**

Elena Larrauri<sup>145</sup>, manifiesta que en el derecho comparado existen básicamente dos modelos de reparación, uno el modelo anglosajón, en donde aquella opera como sanción impuesta por el juez (sistema de justicia penal), y otro vinculado al modelo noruego, también implementado en algunas legislaciones continentales como la española, a propósito de medidas alternativa de sanción a delitos juveniles.

El segundo modelo, vinculado a la noción de mediación-reparación<sup>146</sup>, es propuesto como un medio alternativo al sistema penal, en los casos con posibles penas de hasta un año, son derivados por el fiscal a cargo del caso, a un centro de mediación, independientes de las instancias de persecución penal. En el que, se pretende lograr un acuerdo de reparación, que le permite a las partes en un breve plazo posterior, ejercer un derecho a retractación. Por el contrario, en el supuesto de no llegar a un acuerdo en el plazo fijado por la ley o bien que una vez

---

<sup>145</sup> Larrauri, Elena, “*La Reparación*”, en “*Penas alternativas a la prisión*”, Editorial Bosch, Barcelona 1997, p. 181 y ss., en Libedinsky Ventura Sofía, “*Los Acuerdos Reparatorios*”, en Gaceta Jurídica n° 211, enero 1998, p. 15

<sup>146</sup> Es posible vincular este modelo alternativo al sistema penal con el imperativo planteado por la corriente abolicionista consistente en la necesidad de devolver el conflicto y las posibles vías de solución del conflicto a las partes involucradas en el mismo, en el entendido que muchas veces la víctima no tendrá interés real en la imposición de una sanción penal en contra de su victimario, sino más bien se declarará satisfecha con la reparación efectiva e integral del daño que ha experimentado o demandará de aquél excusas suficientes por el daño o agresión cometida en su contra.

celebrado, sea incumplido por alguna de las partes, cabría la posibilidad de “activar” la persecución y el proceso penal correspondiente.

### **E.- Modelo de Inglaterra<sup>147</sup>**

En Inglaterra y Gales, desde el año 2002, se han implementado a nivel nacional los Paneles Juveniles, a través de una reforma legislativa global al sistema de justicia juvenil, (del partido Laboralista), en el que se incorpora la justicia restaurativa como forma de sentencia principal para los infractores juveniles de la ley penal.

Esta experiencia, se ha transformándose en un ejemplo a nivel mundial de la incorporación de la Justicia restaurativa en el sistema de justicia penal formal. Modelo, que puede ser especialmente adaptable a la realidad Chilena en materia de responsabilidad penal juvenil, por que en esta materia, estos dos países tienen objetivos comunes.

Otra cualidad de esta experiencia, es que nació ligada a un proceso de evaluación de un equipo investigador.

Los paneles juveniles, están compuestos por al menos dos miembros voluntarios de la comunidad y un miembro del Equipo para la Delincuencia Juvenil Local, el infractor, su familia, la víctima y su entorno cercano, deliberan acerca de las circunstancias que rodearon el delito y las consecuencias para la víctima.

El plan que se convenga en el panel debe considerar la forma de corregir la conducta del infractor y la forma de reparar a la víctima y a la comunidad. Se contempla en el proceso el encuentro de la víctima con el infractor y la posibilidad de que ésta opine sobre los contenidos del acuerdo. En estos procesos solo pueden participar los primerizos.

---

<sup>147</sup> Antecedentes, de artículo de Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado, sobre Justicia Restaurativa, autores Rafael Blanco, Alejandra Díaz, Joanna Heskia y Hugo Rojas, 2004.



Si el joven no acepta el acuerdo del panel, es enviado de vuelta al Tribunal para que se dicte sentencia.

La sentencia que deriva del panel, no se puede aplicar con una pena complementaria, salvo la de pago de costas, indemnización a la víctima, prohibición de asistencia a partidos de fútbol y confiscación de instrumentos utilizados en el delito.

El equipo publico local supervisa el cumplimiento del acuerdo, sin perjuicio de que el panel se reúne al menos una vez más para estos efectos. Una vez cumplido el acuerdo, el joven queda sin antecedentes penales.

Este Panel, sigue el modelo de Conferencia de Grupo Familiar de Nueva Zelandia y de Conferencia Comunitaria en Australia, Modelo Waga – Waga, que opera con policías. También tiene influencias de la teoría Republicana y vergüenza reintegradota de Braithwaite, lo que se ve reflejado en la necesidad de que los miembros del panel pertenezcan a la misma comunidad donde habita el joven infractor, la participación de la víctima en el panel y la responsabilidad activa del infractor.

La prevención de la delincuencia juvenil es uno de los principios que inspiran este modelo.

### **Evaluación del modelo**

Ha recibido algunas críticas el modelo de los Paneles Juveniles, en el sentido de considerar que son más punitivos que restaurativos y que no opera el principio de voluntariedad entre víctima e infractor, por dejar en manos del panel la determinación del acuerdo. Problemas que con el tiempo se han ido superando.

Otras dificultades que se han manifestado es la falta de integrantes de la comunidad y familia (comunidad de cuidado) que estén dispuestos a participar.

La participación de las víctimas, no ha alcanzado los niveles que se esperaban, siendo inferiores a los alcanzados en Neo Zelanda. La razón aparentemente, es más administrativa que doctrinaria, ya que al inició existía una participación de 30% a 40% de las víctimas, lo que bajó al 20% al disminuir el esfuerzo en contactar las víctimas. Tema que no es menor, ya que el nivel de cumplimiento de los acuerdos sube de 65% a 80% cuando hay víctima presente en el proceso.

#### **F.- Modelo Español**

Las experiencias de mediación, reparación y conciliación, en la región de Cataluña, se han trabajado principalmente con menores de edad para efectos de la responsabilidad penal (menores de dieciséis años). Los resultados de estas experiencias prácticas, proporcionan información que permite ampliar esta forma de solución de conflictos penales, a los infractores mayores de edad.

El concepto de reparación empleado en estos programas es amplio, pues no sólo abarca las prestaciones a favor de una víctima, sino también un beneficio a la comunidad, integrando con ello una orientación de carácter educativo, consistente en la solución del conflicto, creado por el infractor como consecuencia del hecho delictivo, con la participación de éste y de la víctima. Por lo tanto, la reparación es definida como una intervención educativa a instancia judicial, que implica la confrontación del sujeto infractor con su propia conducta, consecuencias, la responsabilización por las propias acciones y la compensación a la víctima, mediante la realización de una actividad en beneficio suyo, sea ésta un individuo, una entidad o la comunidad en general.

En España, al igual que en Italia, Portugal y Chile, no esta regulada la posibilidad de la mediación penal y no se le reconoce existencia procesal, pero si se reconoce un efecto jurídico a la reparación del daño efectuada por el delincuente.

En la legislación Española, la reparación se debe llevar a cabo antes de la celebración del juicio. Si ello se verifica, se puede aplicar una atenuante simple o muy calificada. De esta misma manera se considera en Alemania, para el caso de delitos graves.

Adicionalmente, llevar a cabo la reparación en un momento posterior, puede fundamentar la petición de la suspensión de la pena, la substitución de la prisión por medidas alternativas, o ya en fase de ejecución de prisión, la mejoría del régimen penitenciario en el que se ejecuta la pena. Todas estas posibilidades, no obstante, requieren la concurrencia de otras condiciones que varían según el caso, (delincuente primario, domicilio conocido, etc.).

Opinan los juristas Españoles, que el principio de legalidad, plasmado en la investigación obligatoria por parte del Fiscal, tiene fuerza expansiva, es decir, nimias posibilidades de que el Fiscal no acuse ante mínimos indicios de delito. Ello impide que en las fases incipientes del proceso, cuando se trata de delitos leves o faltas, la mediación con acuerdo pueda ser herramienta para evitar el proceso. Esto conlleva, que únicamente en casos de carácter excepcional, el Fiscal aceptará retirar la acusación si hay acuerdo.<sup>148</sup>

### **En Cataluña**

El programa de Mediación y Reparación Penal de Adultos de Cataluña, es financiado y depende institucionalmente de la administración pública, en concreto del Departamento de Justicia, Secretaria de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil, mediante un contrato de gestión con una entidad no gubernamental llamada ABD, que proporciona los recursos humanos para la gestión del programa.

---

<sup>148</sup> Revista del Poder Judicial nº 39. Septiembre 1995, Cataluña.

El perfil de los mediadores es diverso, todos tienen titulación universitaria y tienen un master o postgrado en mediación.<sup>149</sup>»

Desde 1998, el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, desarrolla el programa de mediación y reparación en la jurisdicción ordinaria. Este proyecto fue pionero, en su momento, dentro del estado español. Así como también lo fue, en la implementación y desarrollo de las Recomendaciones Europeas, referentes a las oficinas de atención a la víctima y el desarrollo de los programas de medidas penales alternativas.

Desde su inicio el servicio de mediación y reparación ha incrementado el número de solicitudes.<sup>150</sup> Desde 1998 al año 2006, han aumentado de 17 a 455 los casos que ingresan al sistema de mediación, obteniendo el año 2006, un resultado de casos terminados casi idéntico al número de casos que ingresa.

El hecho que el programa se inicie con la voluntad de todos los afectados, no les obliga a continuar hasta el final, ya que, en caso de cambiar de opinión, en todo momento se puede desistir de este proceso.

El programa es un servicio de carácter público, gestionado por la administración del Estado y gratuito para todos los ciudadanos, asegurando y garantizando la confidencialidad en todo el proceso.

Existe una legislación supraestatal: Recomendaciones del Consejo de Europa, que define la mediación y recoge los principios generales y sus fundamentos jurídicos.

---

<sup>149</sup> Aporte entregado por la Licenciada Clara Casado.

<sup>150</sup> Generalitat de Catalunya Departament de Justicia Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil, [www.gencat.net/justicia](http://www.gencat.net/justicia).

Recomendación número R(2006)8, del Consejo Europeo, sobre la asistencia a las víctimas del delito. Cabe destacar su *artículo 13.1*, que recomienda a los Estados miembros, que tengan en cuenta los beneficios potenciales de la mediación para las víctimas; “la administración pública y los servicios de atención a las víctimas del delito, tienen que considerar, siempre que sea adecuado, las posibilidades que ofrece la mediación entre víctima e infractor”.

**La mediación se puede realizar en tres momentos procesales diferentes:**

Antes del juicio oral: este momento procesal está regido por el principio constitucional de la presunción de inocencia, por lo que se deberán cumplir los siguientes requisitos: que el imputado sea consciente de los hechos y de sus consecuencias, que se informe claramente al imputado de sus efectos, además de los beneficios jurídicos previstos en el Código Penal y que su participación sea voluntaria.

La incidencia que la mediación tenga dentro del procedimiento judicial, depende de la valoración del órgano judicial competente, del momento procesal en el que se realice el proceso de mediación y del contenido de los acuerdos.

Finalmente, puede existir mediación posteriormente a la sentencia, previamente a la ejecución y en fase de ejecución de sentencia.

Aspectos que valora el órgano judicial respecto al infractor y según el momento procesal: Antes del Juicio oral: atenuante genérica (art. 21.5 CP), atenuante específica, exención de la responsabilidad criminal.

Antes de la ejecución con sentencia firme: condición para el otorgamiento de la suspensión de una pena privativa de libertad (art. 83.1.5 CP). Se valorará para otorgar la sustitución de penas (art. 88 CP).

En fase de ejecución de sentencia: concesión de la libertad condicional (art. 90 CP) y solicitud de indulto.

### **El proceso de mediación**

Se inicia cuando hay una solicitud o demanda. Esta podrá ser a petición de las partes en conflicto, de sus letrados o por oficio del órgano judicial. No se obviará ninguna petición que venga derivada por otro canal: servicios técnicos, centros penitenciarios, etc.

Una vez registrada la solicitud, se contacta con las partes en conflicto y se mantienen entrevistas individuales para obtener información sobre la capacidad de las partes, con el objetivo de poder valorar si se puede continuar con el proceso de mediación.

Se continuará con el proceso de mediación estructurado en las siguientes etapas:

- **Sesiones individuales:** las que tienen por objetivo una visión mas detallada del conflicto, determinar la forma más adecuada de reparar y ser reparado. Definir, si se podrá realizar un encuentro con las dos partes o no, mediación indirecta. Instar a las partes a comprometerse, a cooperar y colaborar en resolver el conflicto de una forma positiva.
  
- **Sesiones conjuntas:**  
Encuadre del proceso por parte del mediador, explicación del proceso, mediador neutral e imparcial, proceso confidencial, adaptado a las necesidades de cada uno y voluntario. Turno de la palabra, escucha activa de las partes, reformulación y resumen, el mediador sintetiza los puntos de vista expuestos, resaltando los aspectos en común y los positivos que facilitarían la reparación. Las partes, identifican cuales son los temas clave que tienen que ser planteados para encontrar la mejor solución, ayudan a encuadrar el objeto de la reparación, generan alternativas, se pregunta a cada parte lo que está dispuesta a hacer para resolver el conflicto.

**Fase de negociación:** el mediador, preguntará y pondrá a prueba la validez de los intereses de las partes, sin develar su punto de vista, instará a las partes a considerar los riesgos y los costos posibles, si el conflicto no se resuelve a través del acuerdo, confrontará las alternativas que han propuesto, intercambiará ideas con las partes para detectar posibles acuerdos. El mediador hará de intermediario entre las partes para transmitir las diferentes perspectivas.

**Etapas final:** las partes han llegado a un consenso, sobre la totalidad y/o parcialidad de los aspectos que querían resolver. Este consenso se puede plasmar en un documento firmado por las partes, o en un acuerdo verbal.

### **El Programa actual**

El equipo de mediadores está formado por 4 personas distribuidas por el territorio. A partir de enero del 2007, se aumentó el equipo de profesionales con dos nuevos mediadores, un coordinador y un administrativo, que permitirá expandir y consolidar la mediación.

A futuro se requiere, la creación del subprograma de seguimiento de los acuerdos, para valorar el nivel de consenso entre las partes, la reducción de la reincidencia, los beneficios hacia las partes y hacia la comunidad. Difusión del programa marco de Mediación y Reparación Penal entre los diferentes operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados), así como en los diferentes equipos que intervienen en el procedimiento penal, Equipos de Asesoramiento Técnico, Oficinas de Atención a la Víctima, Equipos de Tratamiento de los Centros Penitenciarios, Equipos de Ejecución de Medidas Penales, y cuerpos de seguridad.

### **Datos y resultados**

De las 445 demandas de mediación penal solicitadas en el año 2005, finalizaron 319.

Las demandas de mediación partieron por iniciativa de imputados en un 13%, de la víctima 3%, de ambas partes un 3%, de los equipos asesores 2%, de los órganos judiciales 79%.

Tipos de delito tratados en Mediación Penal: daños 10%, Violencia física y familiar 6%, maltrato 5%, abandono de familia 4%, lesiones 24%, injuria 14% y amenazas 37%.

Mediaciones con acuerdo 59% y sin acuerdo 41%.

Tipos de acuerdo: económico 13%, actividad reparatoria 20%, psicológico y moral 67%.

### **En Valencia**

Los profesionales de la Oficina de Ayuda a la Víctima del Delito, han tenido que aprender a mediar, y hacer comprender sus ventajas a las víctimas y a las personas sometidas al proceso como imputados, al igual que a sus abogados.<sup>151</sup>

En un comienzo, se realiza un estudio de las características del autor y de la víctima para ver su adecuación al programa de mediación (que no es determinante para la continuidad en el mismo).

Se hace un análisis de la magnitud y tipo de daño, para establecer la naturaleza de la mediación. Propuestas y forma de reparación.

El mediador tiene un rol más resolutivo, que el que tiene Chile. Este redacta una propuesta inicial de acuerdo, que no es definitivo. El mediador puede hacer sugerencias y cambios. Debe dar oportunidad para preguntar «los porqués», para resarcirse del daño psicológico que el autor ha inferido a la víctima, para decirse lo que piensan.

Si la entrevista es indirecta, y no hay ninguna objeción, las partes firmarán el acuerdo por separado.

---

<sup>151</sup> Jorge Mesas, Luis F. de / González Vidosa, Fely.



Materias mediadas: Amenaza, maltrato, apropiación indebida, coacción, lesión, robo con violencia, hurto, prevaricación, insulto, detención ilegal, vejación y daños dolosos.

De un total de casos seleccionados para un estudio, el 40% constituyen delitos y el 60% restante, faltas. El delito más significativo, es el de lesiones, que constituye el 37,5 % de los casos mediados. En lo referente a las faltas, se destacan las amenazas y lesiones con el mismo porcentaje 16,6%.

La mayoría de los casos seleccionados, se dan dentro del núcleo familiar, y con mayor frecuencia entre los cónyuges. El porcentaje de casos atendidos, en que la relación víctima-autor es de pareja (matrimoniales o no), asciende al 30%. Después del ámbito familiar, tiene especial relevancia la relación vecinal, entorno social próximo, con el 25% de casos atendidos.

La conclusión que se extrae es que la relación víctima-autor, en los casos seleccionados y atendidos, suele ser estrecha (familia, trabajo, vecino 80%), no significando el número de asuntos con autor desconocido más que el 20% del total.

Como origen del conflicto se visualizan temas económicos, toxicomanías, desavenencias conyugales, problemas mentales, conducta no cívica y problemas sociales.

Como reparaciones las principales aparecen, pago de indemnización, restitución material, devolución de lo sacado, cese de coacción, cambio de conducta y tratamientos.

Prejuicios sufridos y demanda de la víctima: Se han sintetizado los casos en función de los perjuicios principales en tres grandes categorías: económicos (15%), físicos (45%) y psíquicos (40%).

En cuanto a los perjuicios económicos, la demanda de la víctima se concreta en la restitución material, aunque también hemos podido observar que se solicita el cese de la coacción, es decir, un cambio de conducta.

Cuando existen perjuicios físicos, que siempre tienen trascendencia psíquica, la demanda de la víctima se concreta, esencialmente el reconocimiento y modificación de conducta. En lo que respecta a los perjuicios psíquicos, la mayor demanda se concreta en el cambio de conducta. Normalmente, los perjuicios económicos, físicos y psíquicos, van acompañados de perjuicios morales (sensación de injusticia, malestar, etc.)

Cuando los perjuicios fueron económicos, la demanda de la víctima fue restitución; cuando fueron físicos, lo que demandó fue un reconocimiento de los hechos y cambio de conducta en el autor; y finalmente en el caso de perjuicios psíquicos, ésta unas veces demandó cambio de conducta en el autor, que implicaba someterse a tratamiento médico-psicológico. Se destaca que únicamente en caso de reparación económica se hubiera podido obtener respuesta legal por vía judicial; en cuanto al resto, estas demandas se podrían satisfacer única y exclusivamente a través de la mediación.

El 66,66% de las víctimas seleccionadas, solicitan como forma de resarcimiento el reconocimiento y cambio de conducta (con o sin tratamiento médico-psicológico), frente a un 16%, que demandaban restitución económica.

En lo relativo a las demandas de las víctimas que no fueron satisfechas, las que alcanzaron mayor frecuencia fueron: restitución económica (28,57%), reconocimiento de los hechos y modificación de conducta autor (21,42%).

Centrándose en las demandas de restitución económica, se ha observado que, existiendo respuesta legal, la víctima no quiso mediación porque entre sus

peticiones quería mayor pena de la contemplada en el artículo correspondiente del Código Penal, mayor indemnización de la que le correspondería en función del perjuicio efectivamente sufrido; y ello a pesar de la advertencia de los mediadores, ya que en ese sistema legal, rige el principio de legalidad, que condiciona sus pretensiones.

Se observo, asimismo, que las víctimas que fracasaba en la mediación, les movía un ánimo de venganza, revelador de la existencia de problemas sociales y psicológicos, quizás.

Se han considerado, como supuestos solucionados espontáneamente, aquellos en los que, después de haber sido seleccionados por el juez para pasar al programa de mediación, se produjo una solución del conflicto por los propios interesados antes de que los técnicos de la Oficina hubiesen llevado a cabo propiamente una actividad mediadora.

En el juzgado se observó una predisposición al acuerdo entre los interesados. No es posible saber si el hecho de haberse seleccionado el asunto para mediación influyó también en la determinación de los interesados.

El porcentaje de éxito total, en los asuntos sometidos a mediación, asciende al 20% de los casos seleccionados. Teniendo en cuenta que nos encontramos ante la 1ª experiencia de mediación (delitos donde la ley contempla una pena de hasta 12 años), el porcentaje del 20% de éxitos es modesto, a primera vista, pero es alentador, teniendo en cuenta que se trata de una experiencia innovadora de la que no hay precedentes en España, en la delincuencia de adultos.

Junto a ese 20% habrá de considerarse a otro 10% de asuntos, en los que el conflicto de intereses entre la víctima y el autor se ha solucionado espontáneamente.

Es común a todos estos supuestos, el interés y el deseo de los particulares, víctima y victimario, de obtener una composición de sus intereses, y esto reafirma la convicción, de que la idea inicial de la que partió esta experiencia es acertada: la víctima, a menudo, desea obtener una satisfacción moral, económica o de otro tipo, pactada con el autor del hecho delictivo. Probablemente una mayor experiencia en la actividad mediadora, y el aumento de medios y personal, podrán traducirse en un previsible aumento del número de mediaciones con resultado positivo.

En definitiva, en el 60% de los asuntos seleccionados la mediación no fue viable, por no aceptarla los interesados o por no llegar a un acuerdo satisfactorio. Este porcentaje no es desalentador y podrá reducirse, en lo sucesivo, en opinión de los principales actores del sistema en Valencia. Uno de los factores que pudo incidir en los resultados negativos, es que las causas penales seleccionadas, en un 60% se trata de faltas, en las que no puede cumplirse el requisito del previo reconocimiento de hechos, que se ha venido exigiendo para los delitos.

El equipo formado por Abogados y Asistentes Sociales con una gran experiencia práctica, ha considerado necesario pedir colaboración y asistencia técnica de psicología.

El flujograma ocupado, consiste en: un sondeo informal por el juez, comunicación a la Oficina de Ayuda a la Víctima del Delito, acerca de los datos de víctimas y presunto delincuente, con copia del atestado o denuncia, apertura del expediente por la O.A.V.D, entrevistas separadas con víctima y presunto autor de los hechos, fijación del interés de la víctima y del presunto autor, propuesta de un acuerdo a ambos (autor y víctima) y abogado del imputado, cuando haya de suponer el reconocimiento de los hechos, se comunicará esto al Ministerio Fiscal, igual que cuando el acuerdo implica un pacto sobre los hechos y la pena y firma del acuerdo.

En caso de no implicar un pacto con el Ministerio Fiscal, se firma por autor y víctima. En caso de implicar el pacto, se requerirá la firma del abogado y la aprobación del Fiscal. Si la causa está aún en fase de instrucción, comparecerá el imputado ante el juzgado y asistido de letrado reconocerá los hechos. Al mismo tiempo, se presentará el acuerdo firmado, con un oficio de la O.A.V.D., y un escrito pidiendo la inmediata conclusión de la instrucción. Si el imputado, ya ha reconocido antes los hechos en las diligencias, no es preciso que comparezca personalmente.

La O.A.V.D., comunicará siempre el acuerdo al juzgado y el mediador, ratificará en presencia judicial, que todas las partes lo han aceptado y firmado voluntaria y libremente. En caso de fracaso de la mediación, se comunicará al juzgado que no se ha llegado a un acuerdo, sin especificar las causas de ello.

El juzgado adoptará las medidas para la puesta en práctica del acuerdo.

Los requisitos: delito o falta, delincuente primario, hechos reconocidos antes de la mediación, después o como consecuencia del acuerdo alcanzado.<sup>152</sup>

Se ha observado que en aquellos casos sujetos a mediación, donde el delito era objetivamente más grave, a pesar de estar condicionados por el principio de legalidad, el acuerdo entre víctima y autor se vio favorecido, (incluido cuando el autor compareció asistido de su propio Abogado), por el ofrecimiento de la pena mínima contemplada en el artículo correspondiente del Código Penal. Por el contrario, en las faltas, en donde, como se ha visto, víctima y autor convivían o pertenecían a un entorno social próximo, no habiendo reconocimiento de hechos por parte del denunciado, y siendo la pena contemplada de poca entidad, el denunciado como autor rechazaba la mediación.

---

<sup>152</sup> Fuente del modelo de Valencia que se ha presentado, está basada en el trabajo de: Fely González Vidosa: Ahogado A.V.D. (Valencia), Sagrario Silvestre Vicente: Asistente Social A.V.D. (Valencia), Pilar Morcillo Moreno: Trabajadora Social A.V.D. (Valencia), Luisa Estevan Estevan: Ahogado A.V.D. (Valencia) .

PROGRAMA DE MEDIACIÓN PENAL ENTRE INFRACTOR Y VICTIMA-2005. MADRID

		1º Trimestre	2º Trimestre	3º Trimestre	4º Trimestre	Total
Casos Atendidos	Infraestructores	43	30	12	17	102
	Víctimas	5	0	0	2	7
Total Casos Atendidos		48	30	12	19	109
Tipo de Delito Cometido	Contra el patrimonio	34	25	12	17	88
	Contra la salud pública	6	5	0		11
	Otros	8	0	0	2	10
Mediación en fase ejecución de sentencia		9	6	9	11	35
Mediación anterior a Juicio Oral		9				9

### F.- Modelo de México

Juan Carlos Vezzulla, sostiene que si abordamos la problemática del adolescente autor de acto infractor desde la perspectiva “de lo que debería ser”<sup>153</sup>, asumiremos una posición asistencial basada en un modelo deseado de adolescente y de su inserción en la sociedad.

El servicio de mediación debe mantenerse incontaminado del proceso judicial y de las imposiciones normativas. El servicio de mediación debe ser el espacio informal, abierto a acoger con respeto cualquier realidad presentada, con la consideración de que cada adolescente es un único y un exclusivo ser humano, por lo que no hay modelos preestablecidos ni patrones de conductas deseadas o esperadas.

Cada adolescente es un sujeto diferente, y como tal, cada procedimiento deberá ser apropiado a sus necesidades.

<sup>153</sup> Comentarios de VEZZULLA, Juan Carlos; *Mediación de Conflictos con Adolescentes autores de acto infractor; 2005*, Universidad de Sonora, México.

En este modelo, se incluye en el proceso de mediación a un representante de la comunidad, para tener presente la violación de las leyes, éste, como legitimador de esas normas, da a conocer las motivaciones que sustenta su existencia y sus paradigmas. El adolescente, debe entender las razones de la existencia y necesidades sociales de las leyes.

No es la función del mediador, juzgar la procedencia o improcedencia de determinada norma y si ella se aplica al accionar del adolescente. Sin embargo su función si va a consistir, en que la ley y la opinión de la comunidad, sea uno de los participantes de la mediación y que por medio del representante de esa comunidad pueda expresarse y explicarse ésta, para ser comprendida por el adolescente.

En general, se considera la mediación como el medio idóneo para que se ejerza la restitución, la reparación de la víctima y la toma de consciencia del adolescente de la trascendencia de sus actos y de su responsabilidad sobre los mismos. La reunión del adolescente con la víctima se considera uno de los objetivos más importantes de la mediación.

Otra experiencia interesante sobre mediación penal en México, es un programa que lleva a cabo el profesor Jorge Pesqueira, en la cárcel de Hermosillo en Sonora. Es un proyecto muy ambicioso que entrega formación en mediación a un grupo de internos que cumplen condena intra muros, para que estos trabajen con sus pares, mediando en la solución pacífica de los conflictos y violencia que surge de la convivencia, en la población penitenciaria.

El proyecto antes mencionado, se estructura en base a centros de mediación al interior de los recintos penitenciarios, donde se resuelven conflictos puntuales, pero también se enseñan formas de mejorar la convivencia y resolver conflictos en forma pacífica a la población penal, mediante forma creativas de aprendizaje, tales como obras de teatro, juegos y talleres.

### **G.- Modelo de Brasil**

En Brasil existe una diversidad de modelos en mediación penal, en este trabajo se destacará un proyecto de la ciudad de Joinville, coordinado por el Juez del Tribunal de la Infancia y de la Juventud, con el apoyo del Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil. Esta experiencia, se ha desarrollado exitosamente, porque trabaja con mediadores capacitados especialmente para el trabajo con adolescentes, integrando las familias, las escuelas y las comunidades locales en los procesos de mediación penal.

En los Tribunales de la Infancia y de la Juventud, es posible ejercer una capacitación de los adolescentes (reconocerlos como sujetos), a través de la mediación de conflictos. Con este objeto, por medio de un trabajo de “solidaridad” y de “reconocimiento del otro”, puedan dejar de ser sometidos por la regulación y sean liberados por la “emancipación”<sup>154</sup>.

La revisión de los hechos, se da en la mediación, mediante diálogos coordinados por el mediador, entre el adolescente y la víctima, el adolescente y la ley (la sociedad), entre el adolescente y su familia, y entre el infractor y la escuela, en una programación construida por el adolescente junto al representante de la comunidad. Existiendo una clara expresión de voluntad del Tribunal, de cumplir con la protección integral a los jóvenes infractores.

### **H.- Modelo de Argentina**

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 174 determina que “La ley establecerá, para las causas de menor cuantía y vecinales, un procedimiento predominante oral que garantice la inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad y economía procesal, en donde se procurará, con preferencia, la conciliación”.

---

<sup>154</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*. São Paulo: Cortez, 2001. Término usado por Santos para describir el tipo de conocimiento en oposición a la ignorancia y el colonialismo. P. 30.



En la Provincia de Buenos Aires, desde la reforma legislativa del procedimiento penal, en 1998 y la ulterior creación de la Ley de Ministerio Público (ley 12.061), en varios Departamentos Judiciales, se gestaron nuevas modalidades para dar cumplimiento a esta norma, de intentar una solución alternativa a los conflictos.

Ante la crisis de los mecanismos de intervención tradicionales, la falta de una norma sobre mediación o conciliación penal; y con la intención además, de hacer menos lesiva la reacción estatal, se han desarrollado mecanismos alternativos de resolución para los conflictos de menor intensidad. Estas variantes surgieron en principio desde el propio Poder Judicial y desde instituciones oficiales y privadas.

El Poder Judicial, ante la gran cantidad de causas que abarrotan los escritorios y la permanente demanda de mayor celeridad en los procesos, y a su vez el Ministerio Público, ante casos que jamás llegaban a una resolución, se vieron obligados a iniciar un camino en la búsqueda de nuevas soluciones a estos casos.

Paralelamente, fueron apareciendo nuevas experiencias en barrios y municipios, esto se debe a que la demanda de la población generalmente tiene como primer lugar de acceso los organismos públicos comunales. Así, las municipalidades, concejos deliberantes, consejos escolares, universidades, colegios de abogados, pasaron a ser depositarios de conflictos vecinales, penales y familiares, y debieron adecuar su funcionamiento para el tratamiento, orientación y derivación de esta demanda.

De esta forma, surgieron mecanismos de conciliación y mediación los que poco a poco fueron tomando cuerpo y están contribuyendo en la resolución pacífica de conflictos, sin llegar a la judicialización de los mismos.

En Buenos Aires, se estimó que el estudio acerca del modelo de mediación penal a implementarse, debía partir de las experiencias que se venían llevando a cabo en los distintos departamentos judiciales de esta provincia y otras similares a nivel

nacional (justicia contravencional en Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Centro de Mediación Penal de la UBA, en Palacio de Tribunales de Capital Federal; etc.).

La elección del modelo de mediación penal, en Argentina, conlleva necesariamente el análisis acerca de los principios que regirán dicha experiencia; los tipos de delitos que se incorporarán al régimen reparatorio; la forma de abordaje del conflicto; la institución u organismo que llevará a cabo el proceso; el perfil del mediador; el control y seguimiento del acuerdo, etc.

**El primer** tema que se discutió, es acerca de cuál debe ser el organismo que debía llevar a cabo el proceso de mediación. Entendiendo que según lo establecido por la ley de organización del Ministerio Público (12.061) y a la luz del Código de Procedimiento Penal, dicho órgano debía pertenecer al Ministerio Público. Ello es así, ya que el artículo 38 de la ley citada, pone como función del Ministerio Público, la promoción de mecanismos de mediación y conciliación. Así también, el artículo 45 de esa ley, avanza en la ubicación de una Oficina de Mediación en el ámbito del Área Social de la Procuración General.

Si bien el Ministerio Público, debe asistir a las víctimas u ofendidos, ello no obsta a que sus representantes deban vigilar la estricta observancia del orden legal, actuando inclusive en favor del imputado.

Se sostuvo, que en muchos casos el interés de la víctima no está centrado en la sanción al imputado, sino en resolver el problema planteado y que siendo el Fiscal al único que corresponde ejercer la acción penal pública, desde el punto de vista funcional, la Oficina de Mediación debía estar en el Ministerio Público.

**El segundo** punto que se revisó, es acerca de los principios que regirán el proceso de mediación. El primer criterio adoptado fué el de la voluntariedad de las partes. Ambas son invitadas a participar de dicho proceso y ante la negativa de una de ellas se suspende. El segundo criterio, es el de la confidencialidad. Los mediadores deben mantener el secreto de lo actuado y el único documento

público será el acta-acuerdo. Lo realizado en el procedimiento conciliatorio no podrá ser utilizado por las partes en el juicio. Para reguardar este principio, el procedimiento incluye entrevistas individuales o “caucus” y reuniones conjuntas con las partes. Un tercer criterio es el de la imparcialidad o neutralidad de los mediadores. Otro criterio es el de la celeridad e informalidad. A ellos habría que agregar otro criterio que merece discusión y es el de la gratuidad.

**Tercer** ámbito de discusión, es que la sanción penal no puede dar respuesta a todos los conflictos legítimos entre las personas. Con respecto a los delitos que podrían ser incorporados al procedimiento de mediación, se debe hacer la salvedad respecto de las dos vías de llegada de casos a la Oficina de Mediación. Por un lado ingresan los delitos que están siendo investigados por el Agente Fiscal y por otro, la demanda espontánea de aquellas personas que sintiéndose víctimas de una ofensa, se acercan con objeto de intentar una reparación.

Entre los primeros, no existe una definición taxativa, pero la experiencia en estos dos años y medio incluyó a las lesiones leves, las amenazas, usurpaciones de propiedad, daños, retenciones indebidas, estafas, hurtos, impedimento de contacto (Ley 24.270), incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (Ley 13.944). La demanda espontánea incluyó preferentemente todo lo relacionado a la violencia familiar o doméstica y problema de vecindad, en los cuales las partes intentaron evitar la penalización del conflicto, aunque, no pudieron evitar la judicialización del mismo, al dar intervención a la Oficina de Mediación.

**Cuarto:** Con relación a la forma de abordaje del conflicto, podemos encontrar mayoritariamente dos esquemas; uno que tiene como solo objeto el acuerdo, esto es la concreción de un convenio entre las partes que ponga fin a la demanda, y el otro es “transformativo” ya que si bien intentará llegar a un acuerdo, tratará de resolver la crisis poniendo énfasis en mejorar la vinculación de los sujetos participantes, proponiendo reactivar en el individuo la capacidad del ser humano de autoregularse y autocontrolar las relaciones interpersonales que establece. **Quinto** aspecto evaluado, fueron las garantías legales que deben estar

debidamente resguardadas y que son principalmente: el respetarse la voluntariedad de las partes al someterse al proceso de mediación. La audiencia de conciliación se debe llevar a cabo en un ámbito propicio para el diálogo, con presencia y asistencia del equipo técnico, notificación de las partes, del defensor oficial y asesor de incapaces debe estar presente cuando corresponda.

**Sexto** elemento a considerar: En cuanto al resultado al que puedan llegar las partes, el que se materializa en la firma de un convenio que contenga los puntos acordados, suscrito por todos los intervinientes en el proceso de mediación. Dicha acta podrá luego ser presentada para su homologación ante el tribunal o juez correspondiente, y una copia de la misma será incorporada a la causa cuando correspondiere. En el caso de no arribarse a ningún acuerdo las partes serán informadas de la devolución de la causa a la sede del Agente Fiscal, o cuando se trate de demanda espontánea, la ofendida queda habilitada para realizar la denuncia.

**Un séptimo** tema, es el control y seguimiento del acuerdo logrado, el que llevará a cabo el Agente Fiscal, que determinará el ejercicio de la acción en el cumplimiento de este.

La solución del conflicto, no pasa solamente por el acuerdo entre las partes, sino que muchas veces ese acuerdo infiere una derivación hacia otros recursos de la comunidad, contención, derivación hacia servicios de salud, adicciones, etc.

Uno de los ejes vitales es la participación comunitaria, que se realiza a través de instituciones oficiales u organismos no gubernamentales (ONG), la que posibilita la construcción de un espacio donde se puedan resolver los conflictos, mediante la formación de una red interinstitucional. En la actualidad la Red Interinstitucional de Violencia del Departamento Judicial de San Martín (que comprende cinco municipios), cuya sede funciona en el Centro de Asistencia a la Víctima Departamental, cuenta con 37 instituciones participantes. La que además de ser un espacio de interconsulta institucional, cumple el rol de dinamizar la derivación de las partes a los servicios, como también sistematizar la recolección de

información y la distribución de los recursos con que cuenta la comunidad.

El fundamento de la justicia restauradora, tiene en nuestros días una consagración oficial en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como las Reglas de Beijing. En el año 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento vinculante para todos los Estados Miembros y que ese país ratificó. En ella se recogen Las Reglas de Beijing, dándoles así un valor obligatorio.

Mediante el Decreto N° 938/06, el gobernador Miguel Saiz, aprobó la Ley N° 3847, la que instituye la implementación gradual de la instancia de mediación y otros métodos alternativos de resolución de conflictos.<sup>155</sup>

La normativa prevé que el juez podrá invitar a las partes a someter la causa a mediación cualquiera sea el estado procesal de la misma, como así también cuando haya transcurrido un tiempo prolongado y las contingencias procesales no permitan vislumbrar avances en la resolución de la causa.

La mediación podrá ser llevada adelante por los profesionales que hubieran aprobado el Curso de Mediación Comunitaria del “Plan Social” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Para obtener la matrícula de mediador será necesario acreditar una serie de requisitos ante la Dirección de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (DI.M.A.R.C.) del Superior Tribunal de Justicia.

Cada Centro Judicial de Mediación dependerá del Superior Tribunal de Justicia, a través de la DI.M.A.R.C., que tendrá, entre otras funciones, controlar el funcionamiento del sistema de mediación en la circunscripción, pudiendo incluso

---

<sup>155</sup> Publicado en El Ciudadano Argentina, 31/08/06

supervisar las audiencias que celebren los mediadores, previo conocimiento de las partes y cuidando de no alterar o inhibir su desarrollo.

En tanto, los mediadores deberán mantener actualizados sus registros ante el Centro Judicial de Mediación correspondiente, los que serán considerados subsistentes a todos los efectos previstos en la ley y su reglamentación.

Los Centros Judiciales de Mediación, funcionarán en cada circunscripción judicial, pudieron tener delegaciones en otras localidades de la misma, y estarán a cargo de un Director con el título de mediador designado por el Superior Tribunal de Justicia.

Los magistrados, funcionarios judiciales, funcionarios de ley y los empleados del Poder Judicial que reúnan los requisitos estipulados, podrán integrar los listados de mediadores previa autorización del Superior Tribunal de Justicia a través de la Dirección de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, pudiendo actuar sólo en carácter de voluntarios.

El proceso de mediación prevé un convenio de confidencialidad, a partir del cual el mediador no podrá revelar lo sucedido en las sesiones ante el juez ni ante terceros ajenos al marco de la mediación. En tanto, en caso que el mediador tomara conocimiento de la existencia de violencia contra un menor o de un delito que dé lugar a la acción pública, quedará relevado del deber de confidencialidad.

### **I.- Modelo de Costa Rica**

En materia de justicia penal de adultos en Costa Rica, se ha vivenciado la experiencia de una práctica novedosa, llamada “convocatorias masivas en materia de conciliación y otras salidas alternativas al proceso penal”, la que ha venido implementándose exitosamente durante un año, y que se proyecta extender también a la justicia penal juvenil.

De manera resumida, el programa consiste en lo siguiente: Se trata de una iniciativa que fue impulsada por el Ministerio Público, y en tal carácter, a éste le ha correspondido el rol central en el desarrollo del programa, sobre todo en su primera parte más “masiva”, que será explicada más adelante. Sin embargo, se ha pensado que la defensa podrá tener en el futuro un rol más protagónico en esta primera parte, en paridad con los fiscales.

Los fiscales analizan y seleccionan hasta cien casos penales denunciados que serían conciliables (delitos de hasta tres años de prisión). La principal novedad consiste en que no se convoca solamente a las partes de cada caso de infracción a la ley penal, sino a las partes de muchos casos simultáneamente (hasta cien casos, de los que aproximadamente cincuenta, cumplen ambas partes con asistir a la cita).

La convocatoria no se hace en el ámbito judicial, sino en un local cedido por la municipalidad, en un salón comunal.

La audiencia tiene dos partes, una primera, masiva a la que concurren conjuntamente las víctimas y victimarios de todos los casos, y otra privada, de cada caso individual, que sucede inmediatamente después de la audiencia masiva.

En la audiencia masiva, un funcionario del Ministerio Público, procede a explicar de manera clara y sencilla el motivo de la convocatoria: ha sido cometido un delito (cien delitos), como resultado del cual se ha herido o causado perjuicio a una persona; es un hecho que debe ser reparado, y un hecho al que corresponde una responsabilidad penal.

La ley costarricense, permite que estos casos puedan resolverse sin juicio penal y de manera inmediata o mucho más rápida; esto, si las partes así lo desean, y si la víctima tiene la generosidad de no impulsar la respuesta penal represiva.

Las soluciones posibles que ofrece la ley son la conciliación, la reparación a la víctima, la suspensión del proceso a prueba. Se explica colectivamente en que consisten las diversas opciones alternas al juicio penal. Luego se invita a las partes a reflexionar, con sus asesores legales (fiscal y defensor), sobre su caso en particular, y a decidir la solución que, entre las opciones posibles, les parece la más justa o conveniente, y se inician las conversaciones entre víctima e imputado, para concretar acuerdos. Una vez concretados los acuerdos, se pasan al juez, que homologa o no dichos acuerdos.

En principio los resultados del programa han venido siendo muy satisfactorios, y una estadística de las dos primeras convocatorias indica que, de 183 casos, hubo solución de conciliación en 120, esto es, en el 65%.

Se considera que el **programa permite alcanzar dos objetivos importantes:**

- 1) un objetivo personal de las partes, que resuelven su caso de manera rápida, participando activamente en su resolución, con una metodología que reduce la estigmatización, tratando en la parte masiva simultáneamente muchos casos similares sin referirse a ninguno en particular, y utilizando un concepto de infracción penal que no separa necesariamente a las personas infractoras del resto de la sociedad o de la “normalidad” social;
- 2) Un objetivo institucional de la Administración de Justicia, de dar respuesta expedita a un mayor número de causas, y reducir la morosidad judicial con una racionalización de los recursos y del factor tiempo.

### **Conclusiones**

La justicia restaurativa y la mediación penal en sus diversas formas, ha adquirido una enorme relevancia a escala mundial, como se refleja en su incorporación sistemática a la justicia juvenil de países como Nueva Zelanda e Inglaterra, y en la proliferación de programas de este tipo en Canadá. Transformándose en la principal respuesta penal a las infracciones juveniles en dichos países.



Asimismo, su importancia se refleja en la circunstancia de que la ONU adoptó una resolución que contiene un borrador para una declaración de principios de justicia restaurativa, la cual, de hacerse efectiva, impondría la obligación moral al Estado chileno de revisar y evaluar seriamente el funcionamiento de los programas existentes de justicia restaurativa.

En América Latina, algunos entienden la justicia restaurativa y la mediación penal, como una alternativa al proceso penal enfocándola con un criterio de oportunidad de reparación. Es evidente que los desarrollos en Nueva Zelanda, indican que las prácticas restaurativas requieren avances complementarios en la comunidad, en las políticas públicas, las leyes y en la formación de los funcionarios del sistema de administración de justicia.

Las prácticas de la justicia restaurativa, como la mediación penal, deben surgir desde las necesidades de una comunidad y funcionar en una forma que ella encuentre útil. La justicia restaurativa no es una innovación que el sistema de administración de justicia pueda emprender sólo, ni desde su posición de autoridad, o para servir los fines del sistema mismo, sino que requiere de un sin número de redes de actores sociales para contribuir a la paz social.

### **Fortalezas y debilidades de los modelos comparados de justicia restaurativa**

En general, existe consenso en los países donde se aplican estos modelos restaurativos, de las ventajas del sistema y sus buenos resultados, lo que se puede apreciar en:

1.- Los niveles de satisfacción de las partes y de la comunidad, en relación al sistema tradicional. La víctima se siente más tomada en cuenta, al relatar los efectos que el delito le ha ocasionado y al evaluar el daño producido por éste.<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> Fuente: análisis del estudio de evaluación de estos programas, del año 2000, que aparece en la investigación de la Universidad Alberto Hurtado, ya citado. El que a su vez, cita como fuente estadística: Mc Cold Paul Wachitel, Bethlehem. EEUU, 2000.

Programas Restaurativos	Programas Restaurativos	Parcialmente Restaurativos	Parcialmente Restaurativos	Respuesta tradicional	Respuesta tradicional
% de Víctimas satisfechas con JR	89.1 %	% de Víctimas satisfechas con JR	81.6%	% de Víctimas satisfechas con JR	55.8%
N° de víctimas encuestadas	500	N° de víctimas encuestadas	613	N° de víctimas encuestadas	481

2.- Prevención de la delincuencia y mayor resocialización y reintegración social de los modelos restaurativos. Se ha dicho que se trata de una prevención terciaria, ya que evita la reincidencia. Al respecto, las cifras de reincidencia específica y genérica de aquellos infractores que han cumplido penas intramuros, alcanza niveles muy superiores a quienes han cumplido penas alternativas. En Chile contamos con los estudios, ya citados, de Gendarmería y de la Defensoría Penal Pública, al respecto.

3.- Adicionalmente, el infractor mantiene una relación más estrecha con la familia y comunidad, lo que le permite mantener una mejor conducta mientras cumple la pena y reintegrarse más fácilmente a su término.

4.- Al encontrarse el infractor cara a cara con la víctima y su dolor, comprende el daño causado y se produce un reconocimiento o transformación interna de su postura frente al delito.

5.- El infractor repara el daño causado a la víctima y a su familia.

6.- Se crea la posibilidad de involucrar a la comunidad, lo que esta ampliamente recomendado por los estudios de seguridad ciudadana. La comunidad visualiza el delito como un problema de todos que demanda acciones conjuntas.

7.- Finalmente, los procesos restaurativos permiten una mayor rentabilidad social y un mejor uso de los recursos.

## **Debilidades del Sistema**

1.- Se dice que en la mediación penal o cualquiera de las otras formas colaborativas, sería un peso excesivo cuando se trata de faltas leves, en proporción al daño causado. Esta crítica insiste en una mirada retributiva del Derecho Penal, no considerando los beneficios de una intervención restaurativa, que puede evitar futuros delitos más graves.

2.- En el mismo sentido, la otra crítica que se hace a la mediación penal, es que se extiende el efecto represivo del aparato persecutorio del Estado a ilícitos de baja lesividad.

3.- Adicionalmente, algunos afirman que la flexibilidad de los acuerdos restaurativos, atentaría contra el principio de la igualdad formal (frente al mismo delito corresponde la misma sanción).

4.- La privacidad de los procesos restaurativos, dicen algunos atentaría contra el principio de publicidad y transparencia del proceso penal.

5.- Finalmente, otra crítica que se ha escuchado, es el poco impacto que han tenido estos programas de justicia restaurativa en la justicia formal, configurando sistemas paralelos, que no se observa como puedan llegar a constituir una verdadera alternativa al proceso penal.

## **CAPÍTULO IX**

### **Propuesta de Modelo de Mediación Penal para la Defensoría Penal Pública**

#### **1.- Antecedentes**

Revisados los antecedentes de la forma como se solucionan los conflictos penales en Chile, después de implementada la Reforma Procesal Penal, las experiencias innovativas de resolver conflictos en estos últimos años y en la experiencia

comparada, parece válido plantearse para la Defensoría Penal Pública la posibilidad de promover una forma colaborativa de resolución de conflictos penales, que otorgue mejores posibilidades de Defensa a los imputados, sin perjuicio de la importante labor que se viene desarrollando en este sentido por la Defensoría hasta la fecha. La idea sería abrirse a nuevas ofertas y posibilidades de ampliar la Defensa Penal en Chile.

La inquietud de la Defensoría de fortalecer un sistema de mediación para colaborar a la resolución de los conflictos penales, sería una mirada visionaria y pionera en el ámbito de la defensa penal, dado que las experiencias en otros países e incluso en Chile, han venido desde los organismos persecutorios del delito, de las Fiscalías o bien de organizaciones de protección a las víctimas. En este sentido sería valioso e innovativo para la Defensoría poner en marcha un proyecto piloto a la medida de sus necesidades de defensa, que apoye la buena calidad de sus servicios, ampliando la oferta que hasta ahora se hace a los imputados.

Por otra parte, mucho se ha discutido acerca si es competencia de la Defensoría y si es útil para ella, contar con un sistema extrajudicial de resolver conflictos penales. Desde una perspectiva inmediatista parecería innecesario intervenir en un espacio extrajudicial por tratarse de un ámbito en el que no está obligada a intervenir. Pero desde una mirada más a largo plazo, los conflictos que se solucionan en estos espacios extrajudiciales le permite a la Defensoría, aplicar sus esfuerzos en materia judicial a un espacio más acotado y de mayor calidad, evitan el aumento excesivo de imputados atendidos, que como se puede observar en sus estadísticas anuales, desde que se inició la Reforma, la demanda por atención a la defensoría no ha parado de crecer.

Entendiendo que la implementación de la Justicia restaurativa y concretamente de la mediación penal, requiere de un proceso cultural pausado, que no puede ser aplicado sino gradualmente, y de menor a mayor intensidad en la gravedad de los

delitos en que se interviene, como ha ocurrido a nivel comparado, en Chile es propicio permitir la diversidad en la creación y funcionamiento de proyectos pilotos, propendiendo de esta manera a concordar ciertos parámetros comunes que permitan lograr una institucionalización de este servicio, la que sin duda requerirá de un reconocimiento legal expreso.

La inserción paulatina de un sistema de mediación penal, es recomendable, especialmente en el caso de la Defensoría, que sin perjuicio de su interdisciplinariedad y riqueza profesional, su mayor contingente está compuesto por abogados litigantes, lo que es coherente con la función propia de la defensa. pero dado la formación que este perfil conlleva, requiere de una mucho mayor sensibilización que otros espacios, para entender la utilidad que un proceso colaborativo, puede aportar a la vida presente y futura de sus defendidos.

En este contexto, parece adecuado comenzar con una propuesta que aborde solamente los casos judicializados, y trabajar en el sistema de mediación penal por vía formal, es decir por medio de procesos que se inician y terminan por acuerdos reparatorios u otras salidas alternativa, consideradas en sentido amplio. Restringiéndose además, a los delitos en que permite la ley aplicar acuerdos reparatorios, en un inicio.

Un análisis importante que requiere la aplicación de un sistema de mediación penal, promovido por uno de los actores del sistema penal, es la factibilidad de que se pueda mantener el principio de la imparcialidad en el proceso de mediación. En Chile y en la legislación comparada, no ha existido cuestionamiento en que las iniciativas de formación y fortalecimiento de los Centros de Mediación provengan o estén coordinadas directamente por la Fiscalía, el Poder Judicial y en algunos países por centros de defensa a las víctimas. En todos los casos anteriores, estos actores tienen un rol que los identifica con una de las partes del sistema penal, y no por eso se ha cuestionado la imparcialidad del sistema de mediación.

Lo que es importante tener en consideración, que no puede ser los mismos actores que tienen el rol persecutorio o que representan a una de las partes, quienes realizan la mediación propiamente tal. Debe distinguirse claramente los roles de Fiscal, Defensor, Juez o defensa de víctimas, con el rol de los mediadores. En algunas experiencias comparadas, (algunos Estados Federados de Argentina) como se mostró antes en este trabajo, los centros de mediación están en dependencias de las Fiscalías y o órganos judiciales, y no por eso se ha presentado problemas de parcialidad.

Teniendo presente las consideraciones anteriores, parecería razonable y más aún oportuno, que la Defensoría Penal Pública, promoviera una iniciativa, en el sentido de implementar un sistema de mediación penal. Para estos efectos sería recomendable comenzar con coordinar acciones con un Centro de Mediación ya establecido, definiendo ciertos lineamientos técnicos, de flujo y de evaluación que permitiera medir los resultados mediante indicadores de satisfacción de usuarios y de reincidencia de quienes participan en este proceso.

Este proyecto debiera comenzar en una primera etapa, con un piloto en cuatro regiones distintas del país, donde existen Centros de Mediación Penal funcionando, para poder medir y comparar resultados, considerando la diversidad de las realidades sociales y culturales de cada una de ellas. Para estos efectos sería relevante contar con un Centro de Mediación en regiones tan diversas como la Metropolitana, Valparaíso, Iquique y Temuco. Más aún considerando que en estas localidades existe al menos un Centro de Mediación Penal funcionando actualmente, sin fines de lucro.

Es importante evaluar entonces, la posibilidad de celebrar convenios con actores públicos y privados que ya tengan implementados centros de mediación, para comenzar con un camino ya preparado. En las ciudades de Iquique, Valparaíso y

Temuco, se podría comenzar con los Centros de Mediación de la Corporaciones de Asistencia Judicial, que están trabajando en materia penal y que están recibiendo capacitación y formación desde el Ministerio de Justicia para estos efectos, financiados por la Agencia de Cooperación Internacional, AGCI.

El momento actual, es estratégico para celebrar estos convenios, dado que los Centros de Mediación de las Corporaciones, serán evaluados por los resultados del “Proyecto de Salud Jurídica y Mediación Comunitaria y Penal”, considerándose especialmente la cantidad y calidad de las atenciones que realicen en estas materia.

El proyecto antes descrito, dura dos años y son parte de él, las tres Corporaciones de la Región de Tarapacá y Antofagasta, la de Valparaíso y la de Bío - Bío, con sus respectivos Centros en las ciudades de Valparaíso Iquique, Antofagasta y Temúco.

La Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, no es parte del Proyecto, por lo que sería posible coordinarse con algunos de los Centros de Mediación que actúan sin fines de lucro, en este sentido, aquellos que pertenecen a las Universidades, parecen más factibles de convocar, por encontrarse dentro de sus competencias, el cumplir con una función de responsabilidad social que les es propia a las Universidades.

En este contexto parecería lo más apropiado para el caso de la Región Metropolitana, vincularse mediante un proyecto piloto a alguna de las Universidades que trabajan en este tema, tales como la Universidad Central, que ha tenido algunas experiencias en el área y tiene ya tres años de madurez y experiencia en mediación, y sobre todo tiene la intención de dedicarse especialmente a esta línea; la Universidad Bolivariana que tiene una línea en esta área y trabajo clínico especialmente orientado al área penitenciaria; y finalmente podría pensarse en la Universidad Diego Portales, que tiene una línea

relativamente nueva en esta área de la Mediación Penal, que a fines del año 2006, se encontraba en etapa de investigación.

El plan piloto que en este trabajo se propone implementar, debiera comenzar, con una cantidad de casos acotados, ya formalizados o en vías de formalizarse, que tengan la posibilidad dada la naturaleza del delito, de terminar en acuerdos reparatorios o que se cumplan los requisitos para otro tipo de salida favorable al imputado, pero se tenga antecedentes de que la víctima se podría oponer a una salida beneficiosa para el imputado.

Las derivaciones debieran provenir de las Defensorías Locales cercanas al Centro de Mediación, por ejemplo aquí en Santiago de la Defensoría de la Zona Norte y en el caso de las Regiones de las Defensorías Regionales.

Se debiera comenzar por realizar un convenio formal con la institución elegida y establecer un sistema de coordinación que permita un flujo expedito de casos, definiéndose un número acotado de casos a ser derivados por la Defensoría trimestralmente al Centro de Mediación según sus posibilidades.

**Los tiempos de duración** de los procesos de mediación, no debieran superar los sesenta días, debido al perjuicio psicológico que causa a las partes extender la solución de su conflicto penal, como por el plazo judicial con que cuenta el Fiscal para el cierre de la investigación, los que en delitos de flagrancia, generalmente bordean los 30 días.

Para el éxito de la implementación de un Piloto de Mediación Penal, la Defensoría, debe contar con un modelo que contenga: principios de intervención, perfil de los mediadores, requerimientos básicos para el tratamiento de casos, tanto de fondo como de forma y un flujograma claro sobre las etapas del proceso de derivación, de mediación y de devolución de los acuerdos y o antecedentes.



## **2.- Fundamentos**

El modelo de Mediación Penal que se propone, está basado en los estudios y experiencias que se han realizado en el país, en aportes tomados de la experiencia española y argentina, y en el trabajo con víctimas y mediación desarrollado por las Corporaciones de Asistencia Judicial.

Esta nueva perspectiva nos indica que además de un modelo sistémico, jurídico-psicosocial, se hace necesario presentar una alternativa de atención a los usuarios de la Defensoría, que involucre la mediación como una posibilidad ante la judicialización. Que brinde la oportunidad al infractor, de solucionar el conflicto surgido entre él y la comunidad y resolver de forma directa los problemas generados con la víctima, a través de un proceso en que lo fundamental es su participación activa y voluntaria.

Dentro de las ventajas de la Mediación Penal, se puede distinguir: Para el victimario, la posibilidad de evitar una eventual condena, el permitirle reparar el daño causado, el participar en la solución del conflicto, el reinsertarse y ser aceptado nuevamente por su comunidad, el no cargar con antecedentes penales, el prevenir la reincidencia de delitos al comprender la magnitud humana del daño ocasionado.

La mediación penal, apoya la prevención, con un efecto pedagógico, en el ofensor, favoreciendo de la forma descrita con anterioridad la resocialización.

En materia penal lo que se persigue al fomentar el encuentro personal entre la víctima y el ofensor es propiciar una instancia restaurativa, donde a través del dialogo se promueva una responsabilidad del ofensor para reparar el daño causado en la víctima y la reintegración de ambos a la comunidad.

Es así como en general, los usuarios podrían lograr la solución de sus conflictos en forma rápida, sencilla y económica, considerándose sus intereses y necesidades, logrando soluciones más duraderas, con mayor compromiso de las personas en el cumplimiento de lo acordado y finalmente, permite a las partes mantener relaciones perdurables en el tiempo.

**Las formas de reparar** el hecho ilícito son innumerables y no siempre tienen un sentido económico, puede tratarse también de beneficios psicológicos o materiales. Para la víctima, el ser centro de la escena, ser escuchada, encontrar una solución rápida y acorde a sus necesidades y finalizar situaciones de conflicto que el sistema tradicional no puede darle una solución satisfactoria, a veces es suficiente reparación.

Como otras reparaciones morales, son consideradas también, la oportunidad de diálogo y comunicación con el imputado, descubrir su identidad y motivación en el delito, recibir una **disculpa**, experimentar la apropiación del conflicto, la oportunidad de contar su historia, bajar el nivel de temor y ansiedad de ser víctima nuevamente del mismo imputado.

Para algunas víctimas, constituye también reparación, el prevenir posibles delitos posteriores, al ayudar al ofensor a apreciar el daño que ha producido.

Finalmente, la forma de reparación más requerida al comienzo de los procesos de mediación, pero no necesariamente sostenida al final de éste, es la recuperación o reparación material por las pérdidas provocadas con el ilícito y la compensación económica de acuerdo a las posibilidades del imputado.

En la labor judicial, la mediación hace posible una importante descompresión, que optimiza tiempo y recursos.

Para la Defensoría, la mediación representa una oportunidad de concentrar sus esfuerzos en la defensa en juicio de los delitos más graves. Además, el

procedimiento de mediación, siendo más rápido, ahorra recursos humanos, de tiempo y económicos.

Adicionalmente, esta nueva forma de enfrentar los conflictos, contribuye a que la ciudadanía tenga una mejor percepción del sistema de justicia penal y el usuario de la Defensoría, quede con una mejor impresión de la calidad del servicio prestado por ésta, como se pudo observar en el estudio que realizó la Defensoría sobre la percepción de usuarios que hicieron uso de las salidas alternativas y especialmente de los acuerdos reparatorios.

### **3.- Tipo de delitos susceptibles de mediación Penal**

Como se ha señalado existen muchas ventajas para la Defensoría en poner en funcionamiento un sistema de Mediación Penal, el que se insertaría en el marco del nuevo sistema de justicia penal, en los acuerdos reparatorios.

Recordemos que los acuerdos reparatorios proceden, conforme al artículo 241 del Código Procesal Penal, cuando se cumplen con los siguientes presupuestos:

- a.- Sólo pueden referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos (inciso 2º).
- b.- El imputado y la víctima deben prestar su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos (inciso 1º).
- c.- No puede existir un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal (inciso 3º).

Excepcionalmente, como se expresó con anterioridad, podría tratarse de delitos que no calzan con los requerimientos de los acuerdos reparatorios, pero que tengan posibilidad de salir por otra vía distinta al juicio como la suspensión condicional del procedimiento, el archivo provisional y el principio de oportunidad, cuando existe justificado temor de que la víctima se oponga a alguna de estas salidas y el imputado pueda verse sometido a juicio.

## Los delitos que podrían ser objeto de Acuerdos Reparatorios:

1.-Que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial; entre los cuales podríamos señalar:

<b>Norma legal</b>	<b>Delito</b>	<b>Bien Jurídico</b>
Artículos 432 y 446 del Código Penal	Hurto	Patrimonio
<a href="#">Artículo 168 del D.F.L. 4 de 1959</a>	<a href="#">Hurto de energía eléctrica</a>	<a href="#">Patrimonio</a>
Artículo 448 del Código Penal	Hurto de hallazgo	Patrimonio
Artículo 458 del Código Penal	Usurpación no violenta	Patrimonio
Artículos 459 y 461 del Código Penal	Usurpación no violenta de aguas	Patrimonio
Artículo 462 del Código Penal	Alteración o destrucción de deslindes de propiedad particular	Patrimonio
Artículo 487 del Código Penal	Daños simples	Patrimonio
Artículo 468 del Código Penal	Estafa	Patrimonio
Artículos 467 y 469 N° 1 y N° 2 del Código Penal	Entrega fraudulenta	Patrimonio
<a href="#">Artículo 470 N° 4 del Código Penal</a>	<a href="#">Suscripción engañosa de documento</a>	<a href="#">Patrimonio</a>
<a href="#">Artículo 470 N° 6 del Código Penal</a>	<a href="#">Celebración fraudulenta de contrato aleatorio</a>	<a href="#">Patrimonio</a>
<a href="#">Artículo 470 N° 7 del Código Penal</a>	<a href="#">Fraude en juego</a>	<a href="#">Patrimonio</a>
Artículo 473 del Código Penal	Otros engaños	Patrimonio
Artículo 470 N° 1 del Código Penal	Apropiación indebida	Patrimonio
Artículo 470 N° 3 del Código Penal	Abuso de firma en blanco	Patrimonio
Artículo 471 N° 1 del Código Penal	Hurto de posesión	Patrimonio
Artículo 471 N° 2 del Código Penal	Celebración de contrato simulado	Patrimonio
Artículo 466 del Código Penal	Alzamiento de bienes, insolvencia punible y contratos simulados	Patrimonio
<a href="#">Artículo 469 N° 6 del Código Penal</a>	<a href="#">Destrucción de la cosa embargada</a>	<a href="#">Patrimonio</a>
<a href="#">Artículo 444 del Código de Procedimiento Civil</a>	<a href="#">Depositario alzado</a>	<a href="#">Patrimonio</a>
Artículo 197 del Código Penal	Falsificación de instrumento privado	Patrimonio
Artículo 198 del Código Penal	Uso malicioso de instrumento privado falso	Patrimonio
Artículo 22 del D.F.L. 707 de 1982	Giro doloso de cheque	Patrimonio <sup>157</sup>
Artículo 442 del Código Penal	Robo con fuerza en lugar no habitado	Patrimonio
<a href="#">Artículo 443 inciso 1° del Código</a>	<a href="#">Robo de cosas en bienes nacionales</a>	<a href="#">Patrimonio</a>

Penal	de uso público	
Artículo 443 inciso 2º del Código Penal	Robo de cables o alambres	Patrimonio
Artículo 449 del Código Penal	Robo o hurto de vehículos y el abigeato	Patrimonio
Artículo 445 del Código Penal	Fabricación de instrumentos destinados al robo	Patrimonio
Artículo 478 del Código Penal	Incendio de objetos de poco valor	Patrimonio
Artículo 472 del Código Penal	Usura	Patrimonio, economía monetaria

2.-Lesiones menos graves y leves tipificados en los artículos 399 y 494 N° 5 del Código Penal.

3.- Delitos culposos; entre los cuales podemos señalar:

<u>Norma legal</u>	<u>Delito</u>
Artículo 490 del Código Penal	Homicidio y lesiones por imprudencia temeraria
Artículo 491 del Código Penal	Homicidio y lesiones por imprudencia simple del facultativo o dueño de animales
Artículo 492 del Código Penal	Homicidio y lesiones por imprudencia simple con infracción de reglamentos
Artículos 329, 333 y 337 inciso 2º del Código Penal	Delitos culposos relativos a ferrocarriles y telégrafos

Sin perjuicio, de que en las instrucciones del Fiscal Nacional, se ha restringido la aplicación de acuerdos reparatorios a alguno de estos delitos, por considerar que hay interés público prevalente o que no se trata de bienes jurídicos disponibles, (marcados en color) sería importante seguir como defensa, insistiendo en la aplicación de acuerdos reparatorios, en este tipo de delitos, frente a la posibilidad que paulatinamente se abra una brecha que permita a la Fiscalía ir aceptando esta forma de solución, en delitos que hoy no son considerados como susceptibles de acuerdo reparatorio a pesar de que la ley lo autoriza.

Otro de los desafíos que se presentan en esta materia a largo plazo, es ir ampliando los delitos susceptibles de acuerdo reparatorio, para lo que se requiere reforma legal.

#### **4.- Estructura de los centros de mediación**

Los centros de mediación con los que se coordine la Defensoría, debiera ofrecer atención interdisciplinaria e integral a los usuarios, mediante la incorporación de profesionales abogado, asistente social y psicólogo.

Por otra parte, en los centros de mediación, debiera ofrecerse información jurídica a las partes, en caso de ser necesario, sin perjuicio del apoyo que ambos tengan, de la Defensoría y de la Fiscalía o de un abogado particular respectivamente.

Otro de los elementos importantes a considerar, al decidir sobre la posibilidad de que la Defensoría celebre un convenio con un centro de mediación determinado, es la infraestructura de que disponen los centros, los que al menos deben tener una sala de espera, una sala de reunión para trabajar en las sesiones de mediación, de un tamaño adecuado para la participación de una cantidad de personas no inferior a diez, ya que en estos procesos se ocupan sesiones ampliadas en el que participan otros actores y no sólo la víctima y el ofensor. Por otra parte deben existir salas anexas para poder recibir por separado a las partes, cuando sea necesario trabajar con ellas en reuniones paralelas y un baño.

#### **5.- Costos del servicio**

Todos los usuarios debieran tener acceso a este servicio, sin restricciones de carácter económico y sin perjuicio de que aquellos que no poseen bienes suficientes debieran poder gozar gratuitamente de este servicio. En cambio, aquellos que puedan pagar podrían aportar a los Centros un porcentaje no

superior al 10 % de lo que se obtenga como reparación o un aporte voluntario en el caso de ser simbólica la reparación.

La Defensoría, debiera aportar a los centros de mediación con que celebre convenio, el valor de los gastos de notificación en que éste incurriera con el objeto de notificar a los usuarios.

## **6.- Metodología**

Las derivaciones de la Defensoría, debieran llegar al Centro de Mediación, por e-mail, al menos con copia de la denuncia o formalización, para efectos de que el imputado y víctima estén bien informados acerca de sus derechos y las consecuencias que podría conllevar un juicio.

En algunos estados de Argentina, el mediador trabaja con el expediente original que le es derivado desde la Fiscalía. En este caso no parece posible dicha opción, por lo cual debiera contarse al menos con copias del expediente. Para estos efectos es necesario crear un formulario de autorización escrita del imputado, para que el defensor pueda enviar los antecedentes del proceso al Centro de Mediación.

Los Principios de confidencialidad, voluntariedad e imparcialidad, en este tipo de mediación cobran especial importancia.

En el caso de la confidencialidad, debe firmarse un compromiso de confidencialidad en el Centro de Mediación, de todos los participantes en la mediación. En todo caso los mediadores por vía indirecta están resguardados, con una especie de protección al secreto profesional, por el artículo 335 del Código Procesal Penal, que establece que “No se podrá invocar, dar lectura, ni incorporar como medio de prueba al juicio oral, ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una

suspensión condicional del procedimiento, de un **acuerdo reparatorio** o de la tramitación de un procedimiento abreviado”.

### **Etapas de atención de casos**

El flujo de atención interno del Centro de Mediación contempla las siguientes etapas:

#### **Pre - mediación:**

Una primera etapa es de acogida, información y evaluación psíco-jurídica de las partes del conflicto. Esta información y selección se realiza por un profesional especializado en mediación, para evaluar criterios de vulnerabilidad y disposición a participar en el proceso de mediación, tanto de la víctima como del imputado y la necesidad de resguardos para la seguridad de las partes.

A diferencia de lo que ocurre en materia de familia, en que el profesional que realiza la pre mediación, requiere diferenciarse de quién dirige el proceso de mediación, para preservar la imparcialidad, en materia penal puede tratarse del mismo profesional, por que esto mantiene la confidencialidad y promueve un nexo de confianza entre las partes y la persona con que interactuarán durante todo el proceso, evitando la doble victimización que implica abrir el conflicto con personas distintas.

El proceso de premediación, requiere además de las acciones antes descritas, invitar a ambas partes, hacer ficha de ingreso y calendarizar el proceso según la disponibilidad del Centro y de las partes. Estas acciones, no es indispensable que se realicen por el mismo profesional que realiza la premediación o por quien está a cargo del proceso de mediación, puede hacerse por un técnico formado en mediación.

En la etapa de la premediación se comienza por otorgar servicios profesionales de orientación e información socio-jurídica a los usuarios. Por eso el ideal es que el



equipo que realiza el proceso, este compuesto por una dupla profesional, abogado y psicólogo.

En el evento de que la conflictividad presentada por el usuario sea susceptible de ser mediada, se entrevista personalmente a ambas partes por separado, para reunir antecedentes, informar a las partes sobre los beneficios de la mediación, evaluar que puedan cumplirse los principios y requisitos de la mediación, especialmente la voluntariedad e imparcialidad en el conflicto abordado.

En este espacio, también se debe evaluar si existe necesidad de implementar medidas de seguridad para alguna de las partes y en el caso de ser necesarias, debiera comunicarse directamente a quien derivó la causa, en este caso a la Defensoría Local, siempre que no se trate de medidas de resguardo mínimas que pueda tomar el Centro de Mediación por si solo.

En el evento de que el caso no reúna los requisitos antes señalados, se informa al usuario y a la instancia de derivación respectiva. Si el caso es mediable y se cuenta con la voluntad de ambas partes, se agenda una primera sesión y se inicia el proceso de mediación, ya sea por los mismos profesionales que efectuaron la premediación o derivando el caso a los profesionales mediadores.

**Proceso de mediación:** Los procesos se debieran llevar a cabo en general, por una dupla interdisciplinaria de profesionales, los que son observados y evaluados en su gestión, por otro profesional, mediante el uso de pautas técnicas de observación. Luego de cada sesión se realiza una reunión clínica del equipo del Centro para la retroalimentación y reflexión de la sesión, donde aclaran dudas, se analizan técnicas usadas, se consideran los aportes de los observadores, preparándose la próxima sesión acordándose las estrategias de intervención. Terminado el trabajo clínico se levanta acta de todo lo observado y acordado.

Los procesos en las experiencias de mediación revisadas han contemplado un promedio de dos y media sesiones, esto es entre dos y tres sesiones y su duración es de aproximadamente de una hora y media a dos horas por sesión. Mensualmente un Centro de los indicados como posibles de ser receptores de casos de mediación, realiza aproximadamente 50 horas de mediación. Razón por la que se podrían ingresar de 15 a 20 casos mensuales por Centro.

Sin perjuicio, de que la primera sesión generalmente es privada, con las partes en forma separada, el resto de las sesiones pueden ser **conjuntas**, es decir con ambas partes, a fin de profundizar en la detección de necesidades, reencuadre del conflicto y búsqueda de contribuciones y posibilidades de acuerdo. Así mismo se pueden realizar sesiones **ampliadas**, en las que se invitan a personas que no son las partes, pero que son significativas para el análisis y solución del conflicto en cuestión. Cuando son jóvenes dependientes económicamente, se invita siempre a los padres.

Las sesiones se celebran con **dos modalidades distintas**, dependiendo del caso que se tratará en mediación y la demanda de trabajo del Centro:

- 1.- La **Co mediación** que es la intervención de dos profesionales mediadores de distintas disciplinas, abogado, asistente social, o psicólogo.
- 2.- Mediaciones realizadas por un mediador profesional.

Como parte de la metodología de trabajo implementada por los Centros de Mediación, se debiera privilegiar entregar un servicio integral y de calidad a los usuarios que acuden a los Centros. Para esto se debiera prestar a los usuarios servicios de:

- Evaluación y apoyo psicológico sólo para el proceso de mediación.
- Incorporación al proceso de mediación de la familia de las partes, especialmente, cuando existen niños involucrados, velando siempre por el interés superior del niño.

- Asesoría jurídica, si así lo requirieren, sin perjuicio de la asesoría que prestan los defensores y abogados particulares, quienes pueden participar libremente en el proceso de mediación si así lo estiman conveniente éstos y las partes.

**Elaboración de acuerdos:** también forma parte de la función del Centro, elaborar actas de acuerdo para ser homologadas por el Tribunal de Garantía. Estas actas debieran estar firmadas por las partes y por mediadores, que estén registrados ante la Defensoría Local, y luego derivarla con todos los antecedentes del caso aportados por el imputado, al ente derivador (Defensor).

El Centro de mediación, una vez terminado el proceso, sea que se llegue o no a acuerdo, debiera **remitir a la Defensoría**, el acta de acuerdo o el acta donde se deja constancia de que no hubo acuerdo, sin entrar a detallar razones. Se adjuntan además todos los antecedentes y documentos remitidos por esta. Devolviendo a la víctima todos los antecedentes que entregó directamente en el Centro de Mediación.

Para que la oferta jurídica cierre todos los círculos de las necesidades de los usuarios, se requiere que exista una posibilidad cierta de derivación para homologar judicialmente los acuerdos, **ante el juez de garantía, quién con la aprobación del acuerdo le otorga** valor ejecutivo a éstos. Esta obligación la cumple el Centro de Mediación, con la derivación al Defensor del acta de acuerdo, sin perjuicio de ser necesario a veces, una gestión extrajudicial de escritura pública u otra formalidad habilitante del acuerdo.

## **7.- Trabajo estadístico y administrativo**

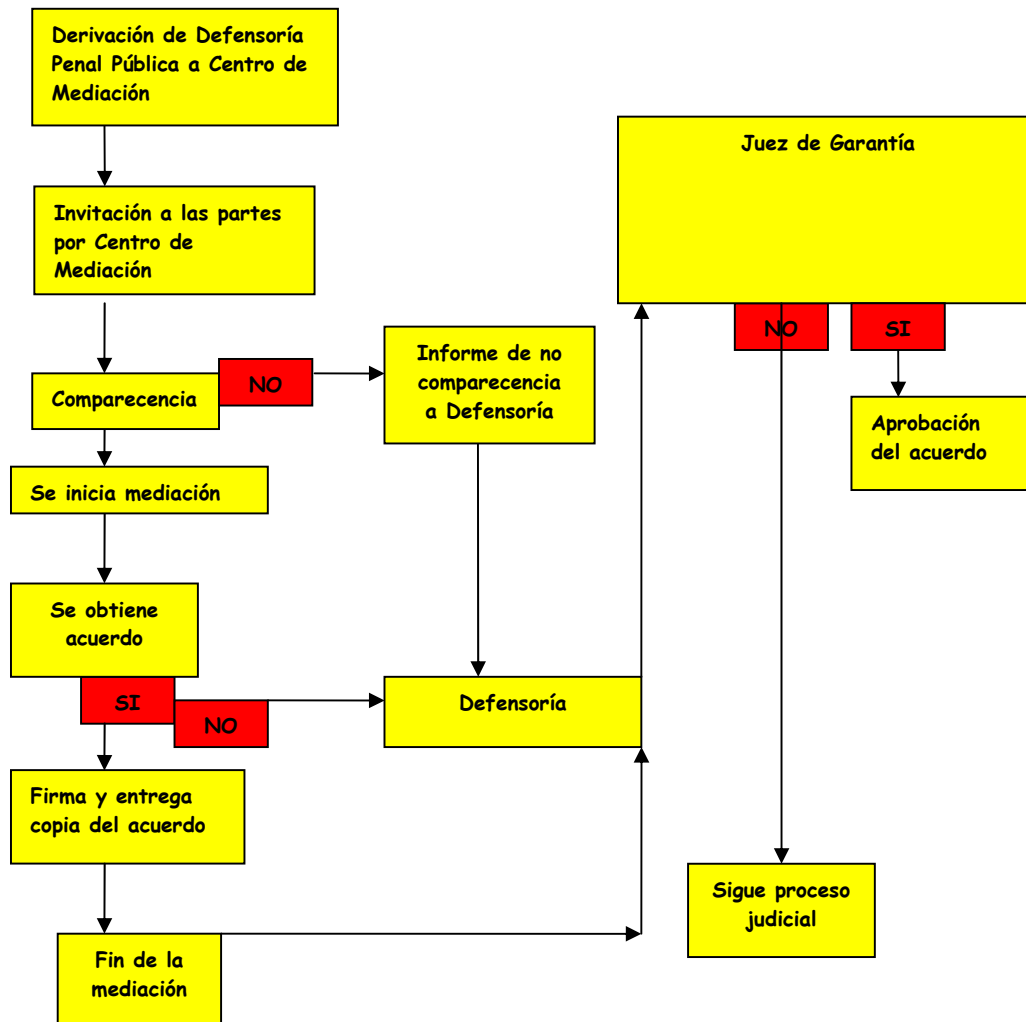
En el Centro se debe realizar un trabajo estadístico y de registro, donde se mantienen actualizadas las fichas de ingreso de los casos, las invitaciones, asistencia de una o ambas partes, el acta de compromiso de confidencialidad,

sesiones celebradas individuales, conjuntas o ampliadas, las actas de sesión, las actas de acuerdo, las que son archivadas en carpetas para cada caso, donde constan además los documentos y otros antecedentes y finalmente las estadísticas.

### **8.- Flujograma**

En cuanto al flujo de atención, que se propone para el modelo de Mediación Penal de la Defensoría, se distingue, si ambas partes comparecen o no y si, llegan o no a acuerdo. Se grafican los pasos en el cuadro siguiente:

**DIAGRAMA DE FLUJO DE  
MEDIACIÓN PENAL  
DEFENSORÍA**



**9.- Horario**

Como la atención de mediación requiere que se efectúe en horas de disponibilidad laboral para los invitados al proceso, la atención del Centro, se debiera focalizar en un horario vespertino (de 18,30 a 21,30 horas). Sin perjuicio de ampliar este horario de atención por los centros de mediación penal, en horas diurnas para dar mayor cobertura a la población. Lo que también se puede hacer, a través de

convenios con otras instituciones, municipales, ONG, e integrantes de la Red Nacional de Acceso a la Justicia.

Deben existir además espacios seguros, donde se pueda guardar material confidencial como las carpetas de los casos.

## **10.- Requerimientos para los Centros de Mediación Penal**

Dentro de los requerimientos para los Centros de Mediación a quienes se le derivan causas penales por la Defensoría, debiera estar el compromiso de:

- a) designar un coordinador que se relacione con la Defensoría Local y se responsabilice de la gestión del Centro ante ésta.
- b) Resguardar el cumplimiento de los principios de confidencialidad e imparcialidad de los mediadores y de voluntariedad y participación de las partes. Respeto a las decisiones de los intervinientes.
- c) Cumplir con la debida información jurídica y sobre la mediación penal y sus consecuencias a las partes, para resguardar los principios del debido proceso y considerar la proporcionalidad de los acuerdos de reparación con el daño por el delito cometido.
- d) Debe verificarse el consentimiento libre y espontáneo de la víctima e imputado para dicho acuerdo.
- e) Resguardar el equilibrio de poderes entre las partes y las medidas de protección necesarias.
- f) Las actas de sesión junto al acta de término, es el único documento que se conserva en el Centro de Mediación después del acuerdo, lo que se guarda bajo estricta confidencialidad. Sin embargo, puede haber un acuerdo entre la víctima y el imputado de que se rompan las actas de sesión (no de acuerdo), para que no queden antecedentes de lo conversado.

## **11.- Aprobación del acuerdo de mediación penal**

Si se ha llegado a acuerdo, se devuelve a la Defensoría el acta, para que solicite ante el Tribunal de Garantía la celebración de una audiencia para la aprobación judicial de dicho acuerdo. Si no se ha arribado a acuerdo se informará dicha situación al ente derivador.

El contenido de los acuerdos en materia penal pueden contemplar la posibilidad de que el ofensor ofrezca una reparación del daño causado a la víctima, ya sea en dinero, trabajos, disculpas o bien un aporte en trabajo comunitario en diversos municipios o centros con los que se han establecido redes.

## **12.- Monitoreo y supervisión**

El proceso de monitoreo y la supervisión de los casos se realiza por los profesionales mediadores, para comprobar que se hayan cumplido los acuerdos, en caso de no corresponder su cumplimiento inmediato. Una vez comprobado el cumplimiento del acuerdo, se remite constancia a la Defensoría Local que envió el caso, para que ésta haga presente ante el Tribunal de Garantía, el cumplimiento del acuerdo y así pedir se anote en el registro el cumplimiento y se dicte sobreseimiento definitivo, total o parcial en la causa y como consecuencia se extinga total o parcialmente, la responsabilidad penal de él o los imputados.

## **13.- Fortalezas**

El estudio de Salidas Alternativas, efectuado por la Defensoría el año 2003, da cuenta de que son mayores los niveles de satisfacción de los usuarios que terminaron su conflicto por acuerdo reparatorio, que por otras formas de solución más extendidas en el tiempo o por condena, especialmente si ésta incluía una pena privativa de libertad. Sin embargo, el estudio de percepción del usuario que recientemente ha terminado la Defensoría, muestra que el servicio de Defensa es más valorado por el usuario, cuando la relación con el defensor es más larga, incluso cuando obtiene como resultado del juicio una sentencia condenatoria, lo que dice relación más bien con las expectativas que traía el usuario al enfrentarse

al juicio que con los resultados de éste. Las conclusiones de estos estudios no son incompatibles, ya que uno se refiere a la evaluación del usuario sobre la forma como solucionó su conflicto y la otra a la evaluación de la Defensa.

Por otra parte, tampoco podemos entender como sinónimo el acuerdo reparatorio con la mediación penal, ya que esta tiene otros beneficios para el imputado, relacionados al proceso mismo y no solo al resultado. Según los estudios de percepción de usuarios de esta forma de resolución en otros países, sí existe una mejor percepción del usuario en este tipo de intervención.

Otra fortaleza de esta forma de resolución del conflicto para la Defensoría es que su cliente el imputado tiene la posibilidad de prevenir futuras conductas delictivas, (prevención especial) y una mayor posibilidad de reintegración social.

Adicionalmente, el infractor mantiene una relación más estrecha con la familia y comunidad, a través del procedimiento de mediación penal, lo que le permite mantener una mejor conducta mientras vive el proceso de mediación y reparación.

Al encontrarse el infractor cara a cara con la víctima y su dolor, comprende el daño causado y se produce un reconocimiento o transformación interna de su postura frente al delito.

Finalmente, los procesos restaurativos permiten una mayor rentabilidad y utilización de los recursos de la Defensa.

### **Debilidades del Sistema**

1.- Algunos defensores sostienen que la mediación penal cuando no se refiere a delitos graves, sería un peso excesivo cuando para el imputado, extendiéndose el efecto represivo del aparato persecutorio del Estado a ilícitos de baja lesividad.

2.- Otra debilidad podría ser el judicializar o comprometer en una reparación al imputado, cuando el proceso podría terminar por una salida facultativa del Fiscal que no diera lugar a seguir investigando.



3.- Finalmente, otra debilidad, podría ser la reticencia de la víctima de comparecer a un Centro de Mediación que identificara con los intereses del imputado o su defensa.

### **Desafíos para una implementación del modelo**

Difundir al interior de la Defensoría una política nacional promoviendo el uso de la mediación penal, en los casos que operen los acuerdos reparatorios, una vez formalizado el imputado, especialmente en los delitos que contemplen una pena más gravosa, para que pueda ser reemplazada por una reparación, mediante un proceso de mediación.

Propender a que no sean derivados a mediación delitos de bagatela, de tal forma que no se transforme en una herramienta que permita extender las sanciones del derecho Penal.

Ampliar en forma paulatina, la cantidad de casos, delitos y Centros de Mediación en los que se trabaja la Mediación Penal.

Coordinación con la Fiscalía para fortalecer el uso de esta herramienta.

Necesidad de una modificación legislativa para: ampliar los delitos objeto de acuerdo reparatorios, incorporar expresamente la mediación como una forma de derivación obligatoria para la solución de conflictos que son susceptibles de optar por salidas alternativas, como ocurre en materia de familia y finalmente por incorporar la posibilidad que las sentencias puedan ser reemplazadas con posterioridad a que sean dictadas por una reparación cuando exista acuerdo de la víctima.

Utilizar no solo en los acuerdos reparatorios la mediación penal, sino también en la suspensión condicional del procedimiento.

En un futuro próximo, se espera que los Centros de Mediación generen ingresos que permitan ampliar la cobertura costeados los gastos operativos y de nuevo cuerpo de mediadores de los centros.

Por otra parte, será necesario que el Estado destine recursos a la manutención de estos centros, con el objeto que exista más oferta de este servicio en el país.

Finalmente, el Estado debiera hacerse cargo de la supervisión de la calidad de estos Centros, como ocurre en familia, mediante la creación de un registro de mediadores penales habilitados, para el ejercicio de esta función.

## CONCLUSIONES

El conflicto penal es una realidad cotidiana propia de la interrelación social de los seres humanos, que no va a desaparecer, por lo que debemos encontrar la mejor manera de convivir con él. Dentro de las variadas soluciones adoptadas por el Estado para solucionar los conflictos, el incentivar en algunos casos el uso de un sistema inspirado en la justicia restaurativa, que apoye el cumplimiento de las expectativas y necesidades de las personas, es un desafío que contribuiría a mejorar el acceso a la justicia, avanzando hacia un sistema que ofrezca respuestas más diversas y de mayor calidad a la ciudadanía.

Frente a la necesidad de profundizar la democracia, el Estado ha promovido cambios en dos grandes ámbitos: el Derecho y la forma de ejercerlo, intentando una transformación cultural en el país, transitando desde procesos de solución de conflictos exclusivamente litigiosos, hacia aquellos que, además de las formas de resolución tradicionales, se sustentan en dinámicas de colaboración y diálogo, reconociendo la dignidad de las personas y su derecho a participar en los conflictos que la afectan.

Un avance han sido las salidas alternativas, consignadas en los artículos 237 al 246 del CPP, que según el Informe Estadístico Anual del año 2006 de la Defensoría Penal Pública, representan cerca del 40% del total de causas terminadas, especialmente aplicadas en aquellos delitos de mayor ocurrencia en el país, tales como; lesiones, hurtos, ley del tránsito y, respecto de aquellos cometidos por adolescentes, el robo no violento y el hurto. Los efectos positivos de su aplicación son múltiples, pues son una vía pedagógica de confianza y compromiso para los imputados, lo que se ha traducido en que aquellos sometidos a ellas, tienen tasas de reincidencia inferiores a aquellos que cumplen su pena con privación de libertad.

Sin embargo, podrían incorporarse mayores mecanismos colaborativos que permitan lograr acuerdos reparatorios. En efecto, el Art. 6 del CPP, impone al Ministerio Público el deber de promover acuerdos patrimoniales u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima, estableciendo una base legal para la promoción de los acuerdos reparatorios. El Instructivo N° 34, fija criterios de actuación a los fiscales respecto a estos procedimientos, permitiéndoles optar por negociación, conciliación y mediación penal, dándoles la facultad de derivar las causas a centros privados de mediación, ya que ésta se estima como un medio apropiado para tratar ciertos conflictos penales, especialmente aquellos que dejan secuelas de daño, que vinculan a personas unidas por una relación permanente, o de adolescentes infractores, porque facilita a las partes instancias protegidas para encontrar solución a su conflicto, permitiendo a la víctima ser reparada y al imputado responsabilizarse y restaurar el equilibrio roto por su transgresión.

De esta forma, se mejoran las relaciones entre las partes, se repara a la víctima y se permite la reinserción del imputado, al no perder la confianza de familiares, amigos, vecinos, compañeros de trabajo y de su jefe, conservando el empleo.

Los modelos de mediación penal, destacan entre otros, como principios aplicables; la participación, equilibrio de poderes, voluntariedad, imparcialidad, *protección* a la víctima, reconocimiento del daño por el infractor, la aplicación del derecho penal mínimo, la proporcionalidad, el debido proceso, la bilateralidad y la gratuidad.

La incipiente experiencia chilena en mediación penal se ha considerado muy positiva por sus actores, pues se obtienen soluciones perdurables en el tiempo y mayor compromiso en su cumplimiento, pues se permite una variedad de acciones reparatorias, no sólo económicas, sino también simbólicas como petición de disculpas, compromisos laborales, y comunitarios.

Es por ello que los principales actores del sistema creen que debiera ampliarse la cobertura de los acuerdos reparatorios a más delitos que los permitidos hasta hoy. Al respecto, debiera tenerse especialmente en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y la intención de reparadora del ofensor.

Chile, requiere socializar este mecanismo con los operadores del sistema penal y ciudadanía, expandir la presencia de los centros de mediación y ampliar la aplicación de las salidas alternativas, definiendo un modelo, apropiado a la cultura nacional, que no deje la sensación de impunidad del delito, ni victimice innecesariamente al imputado.

Las experiencias obtenida desde la implementación de la mediación penal en Chile y en otros países del mundo, da cuenta de que esta experiencia se considera altamente positiva, por las partes y por los operadores del sistema.

En el ámbito de atención al usuario, se han obtenido resultados no sólo en términos de lograr acuerdo para dar por terminados sus conflictos, sino también al lograr sensibilizar a las partes sobre los beneficios de la mediación y entregarle herramientas para solucionar en forma colaborativa sus futuros conflictos, contribuyendo a mejorar su calidad de vida.

En términos cualitativos, los usuarios logran la solución de sus conflictos en forma rápida, sencilla y económica, sin necesidad de acudir a los tribunales, considerándose en su resolución sus intereses y necesidades. Las soluciones a que se llega son más duraderas, las personas se comprometen más en el cumplimiento de lo acordado.

Este tipo de proceso permite a las partes mantener relaciones perdurables en el tiempo, lo que tiene especial importancia, cuando se trata de familias, vecinos o miembros de una comunidad.

Adicionalmente, la mediación penal, apoya la prevención, con un efecto pedagógico, en el ofensor, favoreciendo la resocialización: 1) relaciona al ofensor con las consecuencias de su accionar; 2) lo hace partícipe de la reparación; 3) permite la toma de conciencia de que el daño producido no es abstracto, sino a una persona determinada.

Para la víctima: el proceso aporta el ser centro de la escena, ser escuchada, encontrar una solución rápida y acorde a sus necesidades, lo que a veces es considerado por éstas suficiente reparación y finalizar en algunos casos, situaciones de conflicto que el sistema tradicional no puede darle una solución satisfactoria y adecuada.

Para la labor judicial, se hace posible una importante descompresión, que optimiza tiempo y recursos.

Finalmente, Teniendo en consideración los beneficios preventivos, sociales y personales para el imputado y su familia de participar en este proceso de solución colaborativa de los conflictos y más aún el poder optar a una verdadera reparación, en reemplazo de una pena privativa de la libertad, entrega a la Defensoría Penal Pública un enorme desafío, y oportunidad, de hacerse cargo de liderar la promoción de estos procesos de mediación penal, especialmente en aquellos casos que su cliente pueda optar a una mejor calidad de vida.

## V

### BIBLIOGRAFIA

- ALBRECHT Peter-Alexis. *El Derecho penal en la Intervención de la Política Populista*. En: La Insostenible Situación del Derecho penal. Editorial Comares, Granada, 2004.
- Artz, Günther/ Roxin, Claus/ Tiedemann, klaus, Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ariel, Barcelona.
- AMBOS, Kai, El proceso penal alemán y la reforma en América Latina, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.
- BAILONE, Matías. Abolicionismo, o como destruir el arrogante imperio del poder punitivo. [www.carlosparma.com.ar/abolicionismo.htm](http://www.carlosparma.com.ar/abolicionismo.htm).
- BARATTA, Alessandro. *Principios de Derecho Penal Mínimo*. En: "criminología y Sistema Penal (compilación in memoriam)", editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- BARATTA, Alessandro (1986): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo Veintiuno, México.
- BARONA VILAR, Silvia, Prisión provisional y medidas alternativas, Ed. Bosch, Barcelona, 1988.
- Baruch Bush, R.A. y J. P. Folger. La promesa de la mediación, Ediciones Granica, Buenos Aires, 1° Ed. 1995.
- BERGALLI, Roberto; *"Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho social y democrático: perspectivas socio-jurídicas"*. En: BERGALLI; R.; Sistema Penal y problema Social, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- BINDER, Alberto M., Introducción al Derecho procesal penal, 2a Ed. actualizada y ampliada, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 1999.  
, Guatemala, ICCPG, 2001.
- Bovino Alberto, Principales Problemas del Derecho Procesal Penal. Editorial Ad-Hoc.
- BUSTOS RAMIREZ JUAN, introducción al Derecho Penal, Ediar, 1989.

- CANCIO MELIA, Manuel; ¿"Derecho penal del enemigo"? [www.pucdp.edu.pe/escgrad/penal/derecho\\_penal\\_enemigo.pdf](http://www.pucdp.edu.pe/escgrad/penal/derecho_penal_enemigo.pdf).
- CARRANZA, Elías et. alii, Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América latina y el Caribe, ILANUD, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- CEJA, Evaluación de la reforma procesal penal en Ecuador, Ecuador, 2003. Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES), Seguimiento de la reforma procesal penal en El Salvador, Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD), El Salvador, 2003.
- Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, año 2004, Las Salidas Alternativas y el Nuevo Proceso Penal. Trabajo que forma parte del estudio encargado a la CESOP, de la Universidad Central, Dirección del Proyecto María Angélica Jiménez.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Derecho procesal penal, Reimp. 2001, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.
- Cousiño Luis, Derecho Penal Chileno. Parte General, Santiago 1992.
- CURY URZÚA ENRIQUE, Derecho Penal, parte general, séptima edición, 2005.
- Damaska, Mirjan, Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado". Editorial Jurídica de Chile.
- DALL'ANESE, Francisco, Informe Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica, 2003.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Derecho procesal penal, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena*. [tp://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art3.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art3.pdf)
- Etcheberry Alfredo, Derecho Penal, 3° edición, Ed. Jurídica, Santiago 1998. I, pág. 21.
- Entelman, Remo F. Teoría de conflictos: Hacia un nuevo paradigma. Ed. Gedisa, Barcelona, 2002.
- Estudio y capacitación "Defensa de mujeres en el nuevo sistema penal. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Diciembre 2005.



- Estudio empírico, “Analizando la Reforma a la Justicia Criminal en Chile: El Nuevo y el Antiguo Sistema Penal, División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, Ministerio Público de Chile, VERA INSTITUTE OF JUSTICE.
- Estadística de la Defensoría 2006.
- Estadísticas del Ministerio Público 2006.
- Estudio exploratorio sobre las medidas cautelares y salidas alternativas en el nuevo proceso penal, encargado por la Defensoría Penal Pública al CESOP de la Universidad Central, durante noviembre 2003 a julio 2004. Dirección del proyecto e investigador responsable: María Angélica Jiménez. Investigadores: Tamara Santos, Germán Hermosilla, Paolo Scalia y Paula Medina.
- Estudio que fue publicado el año 1997 en el libro “Castigar o rehabilitar? Las medidas alternativas a la reclusión en Chile”.
- Estudio fue publicado en marzo del año 2000 en el Cuaderno UNICRIM N° 2, con el nombre “Tasa de Reincidencia de condenados egresados del sistema penitenciario”.
- Estudio sobre “Reincidencia de los Imputados Atendidos por la Defensoría Penal Pública” entre los años 2001 y 2006, del Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública. Elaborado por Luís Vial Recabarren.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia, PNUD y Ministerio de Justicia 2005.
- FOUCALT, Michel; *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, 15 ed., Edit. Siglo XXI, 1996.
- Folberg, Jay y Alisson Taylor. *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa Noriega Editores, México, 1992.
- Folger, Joseph P. y Tricia S. Jones (comps). *Nuevas direcciones de mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1997.
- Garrido Montt Mario, *Derecho Penal, 1997-2000*.
- Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana (comps). *Mediación: Una transformación en la cultura*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1996.

- Grover, Karen. La mediación y sus contextos de aplicación, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1997.
- GOMEZ BENITEZ, JM. "Crítica de la política criminal del orden público", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, N° 16.
- GRACIA MARTIN, Luis. Consideraciones Críticas Sobre el Actualmente denominado "Derecho Penal del Enemigo". <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> .
- GUNTHER Klaus. *De la Vulneración de un derecho a la Infracción de un Deber. ¿Un "Cambio de Paradigma" en el Derecho Penal?*. En: *La Insostenible Situación del Derecho penal*. Editorial Comares, Granada, 2000.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, Interpretación, Procedimiento. Límites de la Prisión Preventiva*. Editorial HAD-HOC, Buenos Aires, 2003.
- HASSEMER, Winfried. *El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal "Eficaz"*. En: *Persona Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la Imputación en el derecho penal*. Editorial Temis, Bogotá, 1999.
- HASSEMER, Winfried. *Viejo y Nuevo derecho Penal*. En: *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la Imputación en el derecho penal*. Editorial Temis, Bogotá, 1999.
- Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley que estableció el nuevo Código Procesal Penal. P. 104
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe final, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- Informe estadístico año 2006 de la Defensoría Penal Pública.
- Informe estadístico año 2006 del Ministerio Publico.
- JAKOBS, Gunther. *Criminalización en el Estado Previo a la lesión de un bien jurídico*; JAKOBS, G *Estudios de derecho Penal*, UAM ediciones, Edit. Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Gunther. *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del Enemigo*, en JAKOBS-CANCIO MELIA; *Derecho penal del Enemigo*, Edit. Civitas, Madrid, 2003.

- JAKOBS/CANCIO MELIA; Derecho penal del Enemigo, Edit. Civitas, Madrid, 2003, pp 57-102.
- Labatut Glenda Gustavo, 9° edición,, actualizada por Julio Zenteno, Santiago 2000.
- MAIER, Julio B.J., Derecho procesal penal. Tomo I, Fundamentos, 2ª Ed., Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996. MAIER, Julio B.J. Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal: análisis doctrinario y jurisprudencia Edit.. Lerner editor asociados, Buenos Aires,1981.
- Memoria anual año 2005 y 2006 de la Defensoría Penal Pública.
- Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal, Santiago, 2002, p. 32.
- Mnookin, R., Kold D. y otros. Mediación: Una respuesta interdisciplinaria EUDEBA; Buenos Aires, 1997.
- MIR PUIG SANTIAGO, Derecho Penal, parte general, 7° edición, 2005.
- NAUCKE Wolfgang. La Progresiva Pérdida de contenido del Principio de Legalidad Penal como Consecuencia de un Positivismo Relativista y Politizado. En: La Insostenible Situación del Derecho penal. Editorial Comares, Granada, 2002.
- Paz Ciudadana, Proyecto de Evaluación Empírica de la Reforma Procesal Penal (2005) que impulsó la Comisión de Coordinación Interinstitucional y el Ministerio de Justicia.
- PEREZ DEL VALLE, Carlos. *Sobre los Orígenes del derecho Penal del Enemigo*. En CPC. N° 75, 2001.
- Piedrabuena Guillermo, Introducción a la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *“El derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”*, apunte del Master de Derecho penal, Universidad de Salamanca, Mar del Plata, 2000-2002.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *“La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado del 11 de septiembre 2001”*. [www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf](http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf).

- Künsemuller Loebenfelder Carlos, ¿tiene futuro el “bueno, viejo, y decente Derecho Penal Liberal”? Nuevas tendencias del Derecho, Lexis Nexis.
- RIV, María Victoria, Informe Paraguay. Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina, INECIP, Paraguay, 2002.
- RIQUERT, Fabián L.- PALACIOS, Leonardo P. “*El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes*”. Publicado en *La Ley*, Revista Universitaria, Año V, N° 3, junio de 2003. [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf)
- Roxin Claus, Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires. Roxin, Claus, “*Fines de la pena y reparación del daño*”, en “*De los Delitos y de las Víctimas*”, Editorial Ad Hoc, 1992,
- SCHONFELD, Leonardo Augusto, La expansión del derecho penal como Política Demagógica y sus Límites. [www.carlosparma.com.ar/leocshonfeld.htm](http://www.carlosparma.com.ar/leocshonfeld.htm)
- SCHLÜCHTER, Ellen, Derecho procesal penal, 2ª Ed. Reelaborada, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- SILVA SANCHEZ, José María. Aproximación al derecho penal contemporáneo, Edit. Bosch, barcelona, 2003.
- SINTURA VARELA, Francisco José, Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo, 2004.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, Estado, derecho y luchas sociales, Ed. ILSA, Bogotá, 1991.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, De la mano de Alicia, Ed. Uniandes, Bogotá, 1998.
- Varios Autores, Nuevo Proceso Penal. Editorial Jurídica Conosur Ltda.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Viejas y Nuevas Tendencias Político Criminales en las Legislaciones Penales*. En: “Derecho Penal de la Democracia VS Seguridad Pública”, editorial Comares, granada, 2005.
- ZAFFARONI EUGENIO RAUL, Manual de Derecho Penal, parte general, 2º edición, Ediar, Buenos Aires, 2006.

#### **BIBLIOGRAFIA MEDIACIÓN PENAL**

- Alvarez, Gladys S., Elena I. Highton y Elias Jassan. Mediación y Justicia. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996.

- Alliende Luco, Leonor y otros. El proceso de mediación, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1° edición, 2002.
- AIMONE, Daniel: “Análisis de la Procedencia de la Mediación en el Nuevo Sistema Procesal Penal”, *La Semana Jurídica*, N° 195, Santiago de Chile, Agosto de 2004.
- Braithwaite, John, Restorative Justice and Responsive Regulation, Oxford University, 2003.
- Buenas Prácticas en Acceso a la Justicia, Octubre 2005, . Editores PNUD y Ministerio de Justicia, [www.accesoalajusticia.cl](http://www.accesoalajusticia.cl).
- CAMPOS Héctor y OSORIO Ximena. “Justicia Restaurativa y mediación penal en Chile”. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte. N° 10 del 2003.
- Campos De Vitto Renato, Secretaría de la Reforma del Poder Judicial de Brasil. Justicia Restaurativa y acceso a la justicia, presentación en Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia, 2005.
- CARRANZA, Elías, Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América latina y el Caribe, ILANUD, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- Conclusiones del Primer Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia. Editores PNUD y Ministerio de Justicia, [www.accesoalajusticia.cl](http://www.accesoalajusticia.cl). Enero 2006.
- Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado: N° 6, año 2004, Justicia Restaurativa, Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Políticas Públicas. Autores Rafael Blanco, Alejandra Díaz, Joanna Heskia y Hugo Rojas, 2004.
- Diez, Francisco y Tapia, Gachi. Herramientas para trabajar en mediación, Ed. Paidós, 1°. Ed., Buenos Aires, 1999.
- Domingo de la Fuente Virginia, mediación penal de la teoría a la práctica, juez sustituta y especialista en Mediación Penal. [VIRSUNDAY@terra.es](mailto:VIRSUNDAY@terra.es)
- ESER Albin. *Una Justicia Penal a la Medida del ser Humano*. En: Nuevos Horizontes en la Ciencia Penal. Editorial Belgrano, 1999.
- Foro Iberoamericano de Justicia Colaborativa y Restaurativa, organizado por PNUD y Ministerio de Justicia 2006.

- Foro Iberoamericano de Ministros de Justicia, Fortaleza Brasil, exposiciones sobre acceso a la justicia y formas de resolución alternativa de conflictos, 2004.
- Gianella Carolina y Silvina Paz, experiencia sobre mediación penal en Argentina, diplomado, Mendoza, 2006.
- Gordillo Luis. Director de la Oficina de Atención a la Víctima Logroño, La mediación penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia’.
- Highton, Elena I. y Alvarez, Gldays S. Mediación para resolver conflictos, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.
- Highton, Elena I. y Alvarez, Gldays S., presentación sobre mediación y acceso a la justicia, Foro Iberoamericano sobre Acceso a la Justicia, 2005.
- Justiniano, Gabriel Marcelo. El arte de lograr acuerdos: Recursos en mediación, Ed. Lumen/Humanits, Buenos Aires, 2002.
- Larrauri, Elena, “*La Reparación*”, en “*Penas alternativas a la prisión*”, Editorial Bosch, Barcelona 1997.
- Larrauri, Elena: “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal”, en *Jueces para la democracia*, 1996, N°25.
- Libedinsky Ventura, Sofía, “*Los Acuerdos Reparatorios*”, en *Gaceta Jurídica* n° 211, enero 1998, p. 14.
- NEUMAN ELIAS, *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*, Librería Gandhi, Editorial Porrúa.
- Manual de Procedimiento de Mediación Penal, Instituto Carlos Casanueva.
- Mc George Nicholas, exposición para el AGCI en Chile, sobre justicia restaurativa en Inglaterra, año 2006.
- Mylene Jacoud, Profesora e Investigadora de la Escuela de Criminología de la Universidad de Montreal de Canadá; *Justicia Restaurativa, una experiencia exitosa*, presentación en Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia, 2005.
- PESQUEIRA JORGE, publicación sobre Justicia Restaurativa en México, año 2004.
- Pearson Annette, Cónsul Honoraria de Nueva Zelandia en Colombia, exposición sobre la Justicia Restaurativa, en Foro Iberoamericano sobre Acceso a la Justicia, 2005.

- Scarlette Lagos Fuentes. ACUERDOS REPARATORIOS, MEDIACIÓN Y TUTELA. Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco, Chile.
- STIPPEL JORG, GTZ, Exposición sobre Mediación Penal en Alemania Ministerio de Justicia, Chile, 2006.
- Suarez María Ines, Técnicas de mediación, Universidad La Frontera, Chile 2.005.
- Suarez María Ines, La evolución de la mediación en Argentina, Foro Iberoamericano sobre Justicia Restaurativa, Chile 2.006.
- Reflexiones y conclusiones del curso de capacitación, en “Justicia restaurativa y mediación penal”, realizado por SENAME, la Universidad Humanismo Cristiano y la Asociación pro naciones unidas de Chile, realizado en Valparaíso Noviembre del 2003.
- ULF CHRISTIAN EIRAS NORDENSTAHL, Mediación Penal de la práctica a la teoría. Argentina 2005, editorial Histórica.
- VÁZQUEZ SMERILLI, Gabriela J., Hacia una justicia reparadora, 2001.
- VEZZULLA, Juan Carlos; *Mediación de Conflictos con Adolescentes autores de acto infractor*; 2005, Universidad de Sonora, México.
- VEZZULLA, Juan Carlos, Concepto penalista indebidamente utilizado con los niños y los adolescentes. 2005.
- Zárate Campos Manuel Comentarios de “LOS ACUERDOS REPARATORIOS: ALGUNOS COMENTARIOS A PARTIR DE LAS NOCIONES DE REPARACIÓN Y NEGOCIACIÓN. Octubre 2001.

### **Códigos y Leyes**

- Código Procesal Penal.
- Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.
- Ley de la Defensoría Penal Pública.
- Disposiciones Pertinentes del Código Orgánico de Tribunales.
- Principales Instructivos del Ministerio Público.

- Autoacordados de la Excma. Corte Suprema relativos al nuevo proceso penal.
- Código Procesal Penal Anotado y Concordado, Pfeffer Emilio.



**VI**  
**INDICE**

<b>I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....</b>	<b>2</b>
<b>II HIPOTESIS .....</b>	<b>3-4</b>
<b>III. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5-15</b>
<b>IV CAPITULOS</b>	
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>DOCTRINAS SOBRE EL CONCEPTO, CARACTERISTICAS, PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DEL DERECHO PENAL</b>	
<b>Concepto de Derecho Penal .....</b>	<b>16- 19</b>
<b>Características del Derecho Penal .....</b>	<b>19-21</b>
<b>Principios .....</b>	<b>21-24</b>
<b>Objetivos del Derecho Penal .....</b>	<b>24-29</b>
<b>CAPITULO II</b>	
<b>NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL.....</b>	<b>30</b>
<b>La Expansión del Derecho Penal .....</b>	<b>30-32</b>
<b>El Derecho Penal de actos y Derecho Penal de autor.....</b>	<b>32-33</b>
<b>El concepto del Derecho Penal Simbólico .....</b>	<b>34</b>
<b>El Derecho Penal del Enemigo .....</b>	<b>35-38</b>
<b>El punitivismo .....</b>	<b>38</b>
<b>Derecho Penal de la Democracia v/s Seguridad Pública .....</b>	<b>39-40</b>
<b>CAPÍTULO III</b>	

<b>UNA JUSTICIA DE ALTERNATIVAS.....</b>	<b>41-43</b>
<b>El tipo de sanción jurídico-penal .....</b>	<b>43- 44</b>
<b>Orientación de la sanción hacia el ser humano .....</b>	<b>44-45</b>
<b>La participación de legos en la Justicia Penal .....</b>	<b>46</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>46- 47</b>

## **CAPÍTULO IV**

### **LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

<b>Concepto de Justicia Restaurativa .....</b>	<b>48 - 49</b>
<b>La Filosofía de la Justicia Restaurativa .....</b>	<b>49</b>
<b>La Historia de la Justicia Restaurativa .....</b>	<b>50 – 52</b>
<b>Objetivos de la Justicia Restaurativa .....</b>	<b>52 – 53</b>
<b>Principios de la Justicia Restaurativa .....</b>	<b>53 - 54</b>
<b>Análisis de la Justicia Restaurativa en el sistema penal .....</b>	<b>55</b>
<b>Ámbito de aplicación de la Justicia Restaurativa .....</b>	<b>56</b>
<b>Beneficios de la Justicia Restaurativa .....</b>	<b>56 - 58</b>
<b>Requerimientos de la aplicación de la Justicia Restaurativa .....</b>	<b>58 - 59</b>
<b>Comparación entre justicia distributiva y justicia restaurativa .....</b>	<b>59 - 69</b>

## **CAPITULO V**

### **RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS PENALES EN CHILE**

<b>La Reforma Procesal Penal en Chile.....</b>	<b>70 - 79</b>
<b>Estadísticas actuales de la solución de conflictos penales en Chile ...</b>	<b>80 – 84</b>
<b>Las salidas alternativas .....</b>	<b>85 - 103</b>
<b>Aplicación de las salidas alternativas .....</b>	<b>104 - 127</b>

Reincidencia de los imputados con salidas alternativas .....	127 - 130
Conclusiones sobre la forma como se resuelven los conflictos penales en Chile .....	130 - 136

## **CAPITULO VI**

### **LOS CONFLICTOS PENALES Y SU FORMA DE RESOLUCIÓN**

COLABORATIVA .....	137- 143
--------------------	----------

## **CAPITULO VII**

### **LA MEDIACIÓN PENAL EN CHILE**

Historia.....	144 – 146
Concepto de Mediación Penal .....	147 – 148
Los objetivos de la mediación penal restaurativa .....	148
Los principios de la mediación penal restaurativa .....	148 – 158
Ámbito de aplicación de la Mediación Penal.....	158 – 165
Ventajas de la mediación.....	165 – 166
Los actores del sistema penal en la mediación.....	166 – 169
Experiencias en Chile sobre mediación penal.....	170 – 176
Modelos de Mediación Penal Restaurativa en Chile.....	176 - 186
<i>Estadísticas de los Centros de Mediación Penal.....</i>	<i>186 – 194</i>
Perfil y formación de mediadores penales.....	194 -197
Fortalezas.....	197
Debilidades y desafíos pendientes.....	198 – 200
Delitos que más frecuentemente podrían ser objeto de mediación penal	201
Conclusiones.....	202 – 203

## **Capitulo VIII**

### **Experiencia comparada en Mediación Penal**

Los modelos de mediación penal.....	204 – 247
-------------------------------------	-----------

<b>Conclusiones .....</b>	<b>247 – 250</b>
---------------------------	------------------

## **CAPÍTULO IX**

### **Propuesta de Modelo de Mediación Penal para la Defensoría Penal Pública**

<b>Antecedentes.....</b>	<b>251- 256</b>
<b>Fundamentos.....</b>	<b>256 – 258</b>
<b>Tipo de delitos susceptibles de mediación Penal .....</b>	<b>258 – 261</b>
<b>Estructura de los centros de mediación .....</b>	<b>261- 262</b>
<b>Costos del servicio .....</b>	<b>262</b>
<b>Metodología.....</b>	<b>262 – 269</b>
<b>Requerimientos para los Centros de Mediación Penal .....</b>	<b>269 – 270</b>
<b>Fortalezas.....</b>	<b>271</b>
<b>Debilidades.....</b>	<b>272 – 273</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>274 – 277</b>

## **V**

<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>278 – 287</b>
--------------------------	------------------

## **VI**

<b>ÍNDICE.....</b>	<b>287 - 291</b>
--------------------	------------------