

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE TRABAJO SOCIAL
MAGISTER EN INTERVENCIÓN PSICOSOCIAL
MENCION MEDIACIÓN DE CONFLICTOS

JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL EN CHILE

(O Hacia una Vía de Pacificación Social)

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER EN INTERVENCIÓN
PSICOSOCIAL MENCION MEDIACIÓN DE CONFLICTOS

Profesor Guía: Sr. Mauricio Ureta Bernal
Magistrandas: Alejandra González Skewes
Marcela Pérez Alfaro

Valparaíso, Marzo de 2005.

“No existe un camino para la paz...

La paz es el camino”

Mahatma Gandhi.

INDICE

I. Introducción	Vii
II. Fundamentación del Tema	X
III. Objetivos de Investigación	1
IV. Metodología de Investigación	2
V. Marco Referencial	
1. Génesis del sistema de justicia en Chile	3
2. Reforma Procesal Penal Chilena. Marco legislativo	16
3. La Suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el nuevo Código Procesal Penal chileno.	24
- La suspensión condicional del procedimiento	26
- Los acuerdos reparatorios	28
4. Génesis y estado de la justicia restaurativa como marco para los sistemas de reparación del daño en el ámbito penal.	33
- El fundamento de la pena	35
a) Teorías absolutistas	35
b) Teorías relativas	36
c) Teoría unificadora dialéctica	38
d) Teorías funcionalistas	39
- La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones	41
- Ventajas de la inclusión de la reparación en el Derecho Penal	44
5. Experiencias de justicia restaurativa y mediación penal en	46

otros países como referentes para el análisis de la realidad en Chile

6.	Resolución alternativa de conflictos y mediación	54
	- Constructos contemporáneos	54
	a) Los procesos de democratización y descentralización en la toma de decisiones	54
	b) Movimientos por la no violencia	55
	c) Los avances en la psicología	56
	- Finalidad de los mecanismos RAC	57
	- Principales mecanismos RAC	58
	- La mediación como método alternativo de resolución de conflictos	59
	- Los modelos de la mediación	62
	- Ámbitos de la mediación	64
7.	Justicia restaurativa y reparación- mediación penal	65
	- La mediación penal	67
	a) El modelo comunitario	67
	b) El modelo de derivación	68
	c) El modelo institucional comunitario	69
	- El proceso de mediación- reparación	70
	1. Fase de evaluación, de viabilidad y de entrada	71
	2. Fase de encuentro	73
	3. Fase de definición de acuerdos	75

VI. Mediación penal en el marco de la suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios.	
Implementación de los acuerdos reparatorios y de la suspensión condicional del procedimiento en la V región en el marco de la Reforma Procesal Penal	76
Estado del arte	77
Experiencias realizadas	83
VII. Hallazgos y Reflexiones.	
De la mediación penal y la justicia restaurativa	90
¿Es posible hablar de justicia restaurativa en Chile?	92
De la evolución histórico- política y social	93
¿Hacia una vía de pacificación social?	96
VIII. Bibliografía	101

INTRODUCCIÓN

Desde el mes de diciembre del año 2000, se está implementando en nuestro país un nuevo sistema procesal penal, en el cual se instauran el Ministerio Público y nuevos Tribunales de Garantía que ya se encuentran operando en la mayoría de las regiones del país, y que comenzó a regir en la V región a partir de diciembre del año 2003.¹

No obstante la magnitud de los cambios que el nuevo sistema penal propone, la evolución legislativa no se reduce sólo al ámbito penal, sino que se acompañan de una serie de proyectos de ley actualmente en tramitación parlamentaria en el ámbito civil las que, en su conjunto, traslucen una nueva concepción de sujeto de derecho y de sociedad², las que incorporan elementos propios de los paradigmas de la línea de la justicia restaurativa.

La justicia restaurativa presenta un marco que contrasta con el tradicional e imperante sistema occidental de tipo retributivo. Esta recupera la perspectiva del crimen como una ofensa en contra de la víctima y su familia y se interesa, fundamentalmente, en los daños ocasionados por los actos criminales.

La teoría de la justicia restaurativa sostiene que el proceso de justicia pertenece a la comunidad. Las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden, la seguridad y recibir una restitución. Los ofensores deben ser encontrados responsables por los daños ocasionados debido a sus acciones, y la comunidad debe estar involucrada en el proceso de prevención, confrontación y sanación.

¹ En Junio del 2005 se cumple la última etapa de implementación en la región Metropolitana

² Actualmente se encuentran en tramitación la ley de responsabilidad Penal de Adolescentes, Proyecto de ley de tribunales de Familia y el proyecto de Ley de Protección de Derechos de la Infancia y la Adolescencia, entre otros.

En un marco de justicia restaurativa, las comunidades y sus miembros asumen las responsabilidades de dirigir el fundamento social, económico y los factores morales que contribuyen al conflicto y la violencia. (Amstutz, L. & Zehr, H. Víctimas/Ofensores, Sistema de Justicia Juvenil, Conferencia en Pensilvania. Universidad Menonita).

La justicia restaurativa es diferente de la justicia penal contemporánea desde muchos ámbitos. Primero, ve los actos criminales en forma más amplia – en vez de defender el crimen como simple trasgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aún, a ellos mismos. Segundo, involucra a más partes en respuesta al crimen – en vez de medir cuanto castigo fue infringido, mide cuantos daños son reparados o prevenidos.

Reconociendo que el fundamento de la actividad jurídico penal paulatinamente se ha desplazado hacia la necesidad de resolver conflictos que han afectado daños sociales, el sistema de administración de la justicia penal es la autoridad que “se justifica por la formalización de elaboración del conflicto, por su capacidad para desarrollar y elaborar graves conflictos interpersonales con una tranquilidad relativa, con distanciamiento y garantizando los derechos de los protagonistas”.³

Así mismo, se reconoce que el derecho penal de un Estado social y democrático no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para el ciudadano; es decir, el derecho penal debe cumplir una misión vinculada a la prevención del delito, la preservación de la paz social y la seguridad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos fundamentales⁴.

³ Hassemer W. “Fundamentos del Derecho Penal” en Adolescentes y Justicia Penal, propuesta de Política Criminal en Chile, ILANUD, UNICEF, Unión Europea, Santiago de Chile, 2000, P.6.

⁴ Miguel Cillero, Adolescentes y Justicia Penal, Propuesta de Política criminal en Chile, ILAUD, UNICEF, Unión europea, Santiago de Chile, 2000, P:7.

Acorde a estos principios, aparecen por primera vez en nuestra legislación formas alternativas de resolver los conflictos penales distintos a los sistemas de arbitraje y conciliación tradicionales, escenario en que cobra especial relevancia la mediación como proceso en que, acorde a los nuevos procedimientos penales, las partes involucradas en el conflicto cobran protagonismo en la solución a dicho problema.

En consideración a lo anterior, la presente tesis pretende realizar una revisión actualizada de la forma en que se están llevando a cabo los procesos de resolución de conflictos, específicamente de la mediación, en el nuevo escenario generado por las reformas constitucionales en el país, específicamente en el ámbito penal, y cómo estos responden al paradigma de la justicia restaurativa, en consonancia con los principios básicos de la mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos, cuyos avances responden a varios años de trabajo y sistematización.

Se hace preciso destacar que el surgimiento de la inquietud por desarrollar una investigación de ésta envergadura, nace, muy a propósito de los temas estudiados, discutidos y analizados durante el tránsito por el Magíster: Intervención Psicosocial con Mención en Mediación.

I. FUNDAMENTACIÓN DEL TEMA

Con el propósito de tener una percepción más acabada de lo que se viene realizando en materia de mediación en Chile y, más específicamente, en el ámbito de la mediación penal; y reconociendo que esta figura aparece paulatinamente junto con la implementación de la Reforma Procesal Penal en el país, es que hemos desarrollado un proceso de investigación del contexto, los procesos y los primeros resultados en este ámbito.

Al hacer una primera indagación respecto a cómo se están desarrollando los procesos de mediación en el ámbito penal en Chile, en el marco del nuevo Código de Procedimiento Penal, es posible observar que no se encuentran suficientes documentos públicos que den cuenta de esta realidad.

De los textos revisados, podemos mencionar a modo de ejemplo, instructivos prácticos emanados desde el Ministerio Público, donde, además de revelar la importancia de estos procedimientos en el marco de la administración de la justicia, buscan clarificar y especificar, en términos muy generales, la forma en que estos procedimientos deben llevarse a cabo, y que se encuentran actualmente vigentes. Así mismo, las cuentas públicas entregadas por el Ministerio Público, en el caso de la V región, del año 2003 y 2004, entregan alguna información en término del porcentaje de utilización y efectividad de estas salidas alternativas, aún cuando no profundizan en aspectos metodológicos y procedimentales de éstos.

Por estas razones, no existen suficientes estudios que revelen los procesos mismos de la mediación, el cómo se llevan a cabo y dónde se realizan, así como una aproximación a los resultados obtenidos de estos, con miras a una sistematización y retroalimentación en el contexto de la reforma en nuestro país.

Esto se hace especialmente importante, considerando el momento histórico de coyuntura legislativa, en que los procesos de cambio y la necesidad de validar nuevas estructuras y procedimientos se hace indispensable.

Por otra parte, el tema posee una relevancia epistemológica, en la medida que los nuevos procedimientos persiguen un cambio sociocultural que debiera reflejarse en el corto y mediano plazo y que son necesarios de evaluar en cuanto a la rigurosidad de su aplicación y la coherencia con los principios básicos de la mediación.

De esta forma, esta tesis centra su interés en hacer una revisión de los procesos por los cuales se ha llegado a implementar el actual marco jurídico imperante en materia penal, así como el estado del arte de los procesos propios de la justicia restaurativa, incluidos los de mediación, entregando elementos de análisis críticos y propositivos para el mejoramiento de la calidad de las atenciones brindadas, en orden a rescatar el propósito transformativo de la mediación, aún en el ámbito penal.

Se busca, con el desarrollo de la investigación, destacar el proceso de la mediación en el ámbito penal de modo tal que sea visto no tan sólo como un procedimiento para aligerar la carga de los tribunales en la figura de la suspensión condicional del procedimiento y de las medidas reparatorias, sino como una vía real de empoderamiento de las personas en el manejo de sus conflictos.

Por ello, el proceso de la mediación se constituye como un real instrumento de pacificación social, en cuanto las partes son reales protagonistas de sus conflictos, las víctimas son reparadas y el infractor se responsabiliza por esta reparación, resignificando el valor humanizante y reparador de la justicia.

II. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

Objetivo General:

Contribuir al mejoramiento de los procesos de mediación penal en el marco del nuevo Código de Procedimiento Penal en Chile, a través del análisis crítico propositivo respecto de los procedimientos y las metodologías que actualmente se están utilizando en los procesos de mediación penal, específicamente en la V región.

Específicos

- Realizar una revisión histórica, teórico – conceptual, de los sistemas de justicia existentes en Chile y su relación con la justicia restaurativa.
- Describir los procesos de mediación penal en el marco del nuevo Código de Procedimiento Penal, de acuerdo a las distintas metodologías aplicadas, actores relacionados y sus resultados en la V región.
- Realizar un análisis comparativo descriptivo de los procesos de mediación penal llevados a cabo en la actualidad, a la luz de los principios básicos de la mediación y de las experiencias en otros países.

III. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

En la presente tesis, se plantea un diseño exploratorio descriptivo, en que los instrumentos utilizados son, fundamentalmente:

- Revisión bibliográfica
- Entrevistas semiestructuradas en profundidad a informantes claves.
- Revisión de datos cuantitativos y análisis cualitativo de sus resultados.

IV. MARCO REFERENCIAL

1. GENESIS DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN CHILE

Al revisar la historia de Latinoamérica, es posible observar que han existido, en distintos lugares y tiempos, formas de resolución de conflictos alternativos a la violencia. Sin embargo, no es fácil encontrar antecedentes concretos de procesos de resolución alternativas a los conflictos cotidianos del acontecer social de una vasta región latinoamericana poblada de indígenas con diversos grados de civilización. En el caso de las grandes civilizaciones precolombinas (Incas, Mayas y Aztecas) las formas en que los conflictos eran resueltos se vinculaba a su alto grado de organización, por lo tanto, había que acudir a los gobernantes quienes también eran sacerdotes o simplemente a los dioses que eran leídos a través de la astrología, y el sistema de justicia operaba fundamentalmente a través de la retribución, el castigo por el mal obrado.

Respecto de lo que pasaba en poblaciones indígenas menos civilizadas, quienes tenían el deber de resolver eran los jefes de cada tribu, los consejos de ancianos cuando se trataba de resolver un problema de carácter colectivo o cuando había que disputar con otro grupo de indígenas algún territorio o elemento de valor y, por último los curanderos o chamanes que eran personas poderosas por el alto grado de credibilidad que tenían, y en quienes recaía la mayor parte de los procesos que hoy llamamos de acuerdo o conciliación.

Un ejemplo de cómo se resolvían asuntos en materia criminal en la cultura mapuche se puede observar en el siguiente texto⁵:

⁵ Coña, Pascual. "Memorias de un cacique mapuche" Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1930. Pg. 128-131

"1. Antes, cuando había un pleito, los mismos caciques juzgaban y sentenciaban como jueces.

Tratándose de un robo (...) el cacique del mocetón perjudicado se dirige mediante un mensajero al cacique del mocetón que robó. El mensajero recibe el recado siguiente:

2. "Eso le dirás allá: Uno de mis mocetones llegó a mi presencia diciendo que se le robó una vaca en el mes pasado y me pidió que le ayudase en el asunto. Le contesté: "Bueno está". Mi mocetón dijo que yo fuera a verte (1) indicando a un mocetón tuyo como hechor del robo. Por eso mañana nos veremos y trataremos el asunto. "

3. El mensajero se pone en camino y, llegaba donde es enviado, da su recado. El cacique del mocetón acusado por robo contesta: "¡Ah! Tal cosa hay, pues. Ya que lo quiere mi cacique, nos veremos."

Entonces el mensajero regresa y transmite la contestación a su patrón.

Al día siguiente se juntan los dos caciques con sus mocetones en una pampa para la discusión del asunto. El cacique del mocetón víctima del robo empieza a decir: "Te he enviado un mensaje de que a uno de mis mocetones se le ha robado una vaca y que, según dice el mismo mocetón, uno de los súbditos de mi cacique fue quien le hizo el robo. Por ese motivo hemos venido, y deseo que hoy mismo se arregle nuestro asunto."

4. "Así será, pues", contesta el cacique cuyo mocetón robó, y luego pregunta: "¿qué mocetón lo hizo?"

"Ese que tienes a tu lado". "Mira lo que se dice de tí", dice el cacique a su mocetón.

El contesta: "¿Por qué se dice eso de mi?" Yo no robo."

Entonces su patrón: "Mi mocetón aquí dice que no es así, que es injusto lo que se dice de él."

A lo cual el cacique a cuyo mocetón se le hizo el robo conteste: “no, no es verdad; tu mocetón tiene la culpa; hay un testigo de eso; sácalo de en medio de la gente. ¿Cómo va a confesar teniendo vergüenza?”.

5. A eso el otro cacique saca a su mocetón de ahí y le pregunta si es cierto lo del robo. Este confiesa: “¿Qué voy a hacer? Es cierto que he robado un animal.”

Después los dos vuelven a la reunión y el cacique, que había hablado en secreto con su súbdito, dice ahora: “He interrogado a mi mocetón; él confiesa haber robado la vaca.”

Replica el otro cacique que sigue el pleito: “¡Así es! ¿No he dicho yo que tiene delito? ¿Cómo mentiría al testigo?”

6. Otra vez el cacique, cuyo mocetón robó: “Así es, pues”. Mi mocetón está convicto y confeso. Con esto tu asunto está en orden. Se tendrá que pagar a tu mocetón. “

“¡Bueno!” Dice ahora el cacique que pleitea, “Hoy se nos dará un cordero; hemos hecho justicia y queremos comer carne”.

Entonces se busca un cordero para ellos y se les entrega vivo. Ellos lo reciben y lo comen todos juntos.

Después de haber comido dice el cacique que sigue el pleito: “Ahora, pues, hay que pagar a mi mocetón. Hoy fijaremos el plazo en que se debe pagarlo.”

7. “Bueno pues, que se me espere hasta el otro mes.” El cacique pasa la palabra de su mocetón: “Mi mocetón aquí quiere que se le espere hasta el otro mes.”

Contesta el cacique que pleitea: “Está bien; pero que no se pase el plazo; mi mocetón manifiesta que quiere recobrar pronto a su animal.”

El cacique procesado dice: "¿Por qué pasaría el plazo? Cosa mía será además procurar que mi mocetón se arregle."

Dice el cacique a cuyo mocetón se le hizo el robo: "¡Bueno, pues! Se acabó nuestro pleito, para hoy nos separamos."

No siendo las posesiones de América propiedad de España sino de sus Reyes, éstos no vieron en ellas "colonias" sino otros tantos "reinos" como los que poseían en Europa (Castilla, Aragón y Nápoles entre otros). Fue tal el pie de igualdad en que trataron de mantener todas las partes de su vasto imperio, que todas estas colonias fueron gobernadas por medio de "Consejos" y, aunque América en lo económico y en lo social funcionó como un sistema de dominio, en lo político y administrativo fue otro reino de la corona que ésta administró a través de autoridades unipersonales (virreyes, gobernadores, corregidores). Como organismo supremo quedó funcionando en España, para la administración de América, "El Consejo de Indias" creado por Fernando el Católico en 1511.

El Consejo residía en la Corte, sus sesiones eran secretas, sus resoluciones no tenían apelación y debían ser cumplidas por todos los funcionarios de Indias, cualquiera que fuese su jerarquía, y sus atribuciones eran tanto de tipo administrativo, legislativo y judiciales. Respecto a estas últimas, en Consejo debía servir en todos los pleitos de importancia fallados por la Real Audiencia o por la Casa de Contratación.

La Real Audiencia era el tribunal de justicia de mayor importancia en América; conocía de los juicios civiles y criminales excepto los que caían dentro de los fueros eclesiásticos.

La confusión de poderes existentes en todos los Estados de aquella época, originaba confusión de atribuciones. Los alcaldes ordinarios de los Cabildos eran jueces civiles de primera instancia; las Audiencias (Real Audiencia) en segunda instancia y el Consejo de Indias que, finalmente, resolvía.

Una vez iniciada la época de la Colonia, la legislación española del momento se impuso en el país, por lo que en el estudio histórico del sistema procesal penal nacional, es necesario remitirse a ella.

Este sistema corresponde al llamado sistema inquisitivo, que a su vez encuentra sus orígenes en el modelo desarrollado por el derecho canónico en Europa Continental en el siglo XIII. En el caso de España, el procedimiento inquisitivo fue adoptado en el cuerpo legal conocido como las 7 partidas, que datan del año 1263 y 1265, bajo el reinado de Alfonso X.

La finalidad básica en el procedimiento inquisitivo es la obtención de la verdad, con lo que consecuentemente se consagra un sistema de persecución penal de oficio.

Por otra parte, este procedimiento es llevado a cabo en forma secreta, incluso para los imputados, por medio de un expediente en que se va dejando constancia escrita de todas las actuaciones y diligencias decretadas y que posibilitan, al finalizar la investigación, resolver el asunto a un inquisidor que cuenta con las funciones de investigación y resolución concentradas en su persona, por lo que se priva de ser imparcial en sus decisiones.

Debido a que la averiguación de la verdad histórica se constituye en el objetivo final del procedimiento penal, la confesión del acusado se constituye como el principal medio de investigación, ya que pasa a ser la fuente más

directa de información respecto a los hechos acaecidos (En este sentido, la confesión es conocida como la reina de las pruebas).

Todo ello, sumado a la concepción ideológica pre liberal del sujeto, que concibe al individuo como objeto de la persecución penal estatal y no como sujeto de derecho frente al Estado, lo que lleva a la legitimación de la tortura como método para obtener la confesión y llegar así al esclarecimiento de la verdad.

Otra característica importante es el establecimiento de un sistema de prueba legal de los elementos recopilados en la etapa de instrucción. Además, el sistema se estructura sobre la base de una organización judicial de carácter jerárquico, donde los tribunales superiores son quienes tienen la posibilidad de revisar todo lo obrado por los inferiores a través del conocimiento del expediente.

El sujeto queda absolutamente sometido al interés estatal público, por lo que sus derechos carecen de relevancia respecto de las necesidades de la investigación oficial.

Este sistema inquisitivo fue instaurado en nuestro país y Latinoamérica durante la colonia, por España, y ha imperado hasta la actualidad, desde la Independencia y el surgimiento de la nueva República a principios del siglo XIX, hasta la dictación del código de procedimiento penal en 1906, pese a haber sufrido éste pequeñas modificaciones en su forma. Este último, a pesar de constituir un cuerpo legislativo nuevo, mantiene la estructura básica del sistema inquisitivo.

Los orígenes del código de procedimiento penal de 1906 pueden encontrarse en variadas fuentes, dentro de las que podemos destacar la legislación colonial española, las leyes de enjuiciamiento criminal española de

mediados del 1800 y algunas normas jurídicas nacionales contenidas en la carta constitucional de 1833, así como en otras leyes dictadas fundamentalmente en la segunda mitad del siglo XIX (como por ejemplo, las leyes de garantías constitucionales de 1884 y 1891, que fueron recogidas expresamente por el código de 1906).

Es importante señalar que este modelo comenzó a ser abandonado en los países europeos a final del siglo XVIII, y durante el transcurso del siglo XIX. El siglo XIX representó una época de revolución del sistema inquisitivo europeo, fundamentalmente con el movimiento liberal generado con la revolución francesa, y significó una transformación al introducir el juicio oral y público, la participación ciudadana a partir de los jurados, la separación de funciones de investigación y juzgamiento y la creación del ministerio público⁶.

Se debe precisar que la consecuencia de este proceso de reforma en Europa no se traduce en una transformación radical del sistema inquisitivo, sino en un sistema de compromiso entre afanes reformistas y estructuras existentes, que se pasó a llamar sistema mixto o sistema inquisitivo reformado, caracterizado por mantener la instrucción de orientación inquisitiva a cargo de un juez instructor y con una segunda etapa de acento más acusatorio, como lo fue el juicio oral.⁷

⁶ La Revolución francesa, en 1789, constituye uno de los hitos más importantes y trascendentales en materia de Derechos Humanos, sobresaliendo como consecuencia el dogma de la igualdad de todos ante la ley, que toda persona se presume inocente hasta que se considere culpable y la sustitución gradual de penas corporales y capitales por la pena de prisión.

⁷ A modo de ejemplo, La ley de Enjuiciamiento Criminal de 1852 en España, de carácter inquisitivo, fue derogada por la de 1882, que establecía un proceso penal de carácter mixto o reformado. No obstante lo anterior, nuestro legislador siguió el modelo inquisitivo puro de la primera y no el de la vigente a la fecha de su elaboración, por considerar que nuestro país aún no tenía los niveles de desarrollo necesarios para implementar un sistema reformado.

Como se puede apreciar, el diseño de las principales estructuras del proceso penal chileno se vincula de manera directa a un modelo de enjuiciamiento de un modelo pre liberal, correspondiente a una época anterior al desarrollo de los estados democráticos de derecho y a la concepción del individuo como sujeto de derechos frente al poder estatal. A esto se suma el hecho de que se trataba de un modelo totalmente obsoleto en dicha época, debido a que ya había sido abandonado, por lo menos en su versión tradicional, por los mismos países europeos en los cuales se desarrolló.

Cabe señalar que la motivación y justificación que hubo para diseñar el código de 1906 manteniendo el modelo inquisitivo, aún a pesar de su obsolescencia, fue la pobreza del país y la escasa densidad de la población en sectores importantes del país a nivel geográfico, los que no hacían necesario la implementación de un sistema propio de países más modernos y desarrollados.

Los textos constitucionales dictados entre los años 1810 y 1833 consolidan en el sistema penal chileno una serie de garantías que, si bien algunas de ellas son de carácter puntual y operativo, no cambian en forma radical el sistema legislativo, y perpetúan el modo de funcionamiento del proceso judicial. Específicamente, esto se demuestra en el reglamento del año 1818 referido a la administración de justicia, que reproduce el procedimiento penal de la legislación colonial española.

En este período de desarrollo institucional de la República, se genera la Constitución de 1828 en que, además de plantearse una serie de derechos y garantías, existe una declaración de la necesidad de establecer juicios por jurados, y la necesidad de reformar el conjunto del sistema judicial, cambiando su estructura monárquica por una de carácter republicano. Sin embargo, la derrota política y militar de los sectores liberales y la reforma conservadora de la Constitución en 1833 hizo desaparecer esta manifestación del sistema

jurídico. De esta forma, se consolida la legislación colonial y el sistema inquisitivo en el contexto de la república independiente.

A fines del siglo XIX se genera un importante avance en la legislación, ya que se dictan dos leyes de garantías individuales que regulan de manera precisa el problema de la privación de libertad en el proceso penal, y establece límites a las facultades del juez y la policía respecto de la libertad del imputado, las que se incorporan al texto del Código de Procedimiento Penal de 1906, y cuya importancia radica en que son las que, esencialmente, se conservan hasta el día de hoy.

Durante la década de 1920 y 1940, se realizan dos cambios de importancia al código penal. El primero es la supresión de los promotores fiscales⁸, el segundo es la reforma de 1942 a través de la cual se intentaba dar más eficacia y rapidez al sistema de enjuiciamiento, regulando plazos, incidentes y otros trámites.

En la década del 60 se discutieron dos proyectos de reforma que implicaban la idea de realizar cambios al sistema judicial penal. El primero de ellos, durante el gobierno del presidente Jorge Alessandri (1958- 1964) tenía por objeto separar jueces instructores y sentenciadores; sin embargo, este no completó su tramitación parlamentaria y algunos de sus elementos se incorporaron posteriormente, aunque en forma parcial.

El segundo de ellos fue elaborado en el gobierno de Eduardo Frei Montalva (1964 – 1970), proyecto en el que se proponía la separación de funciones entre jueces instructores y sentenciadores, además del restablecimiento del Ministerio Público con una función acusadora en primera

⁸ El Código de de Procedimiento Penal contemplaba originalmente la existencia de promotores fiscales, quienes eran los encargados de ejercer las funciones del actual Ministerio Público. Sin embargo, en el año 1927, dichos cargos fueron suprimidos de nuestro ordenamiento legal, por no considerárseles indispensables.

instancia. Este proyecto fue aprobado en forma unánime por la Cámara de Diputados en el año 1969, quedando su tramitación pendiente hasta 1973, año en que se produce el quiebre institucional sin que el proyecto terminara su tramitación constitucional, trayendo como consecuencia el mantenimiento de las estructuras del sistema inquisitivo.

Durante la dictadura se incorporaron algunos de los elementos planteados en este proyecto de ley aunque bastante descontextualizados y lejanos al propósito y sentido del original. Estas modificaciones al código de procedimiento penal de 1906, a través de la ley nº 18.857 de 1989, se orientaron a mejorar el funcionamiento del sistema racionalizando los trámites para reducir la duración de los procesos, sin alterar sus estructuras medulares. La Constitución de 1980 reguló algunas garantías procesales como el derecho a la defensa y el debido proceso. Pese a que se incorporan a la legislación los tratados internacionales sobre derechos humanos, su impacto en las estructuras procesales penales, en ese momento histórico de país, es mínimo.

Es a partir de 1990 con el restablecimiento de la democracia con el gobierno de don patricio Aylwin Azocar, que se dan las primeras señales de transformación en la administración de justicia hacia las necesidades de un Estado Democrático de Derecho. Las “Leyes Cumplido”⁹ buscaron mejorar los estándares de respeto por los derechos individuales, como respuesta a las prácticas sistemáticas de violación de los mismos, asumiendo la tarea de adecuar la legislación a las normas internacionales en materia de derechos humanos. No obstante no hubo intento de cambio de las estructuras inquisitivas.

⁹ Se conoce con este nombre al conjunto de normas contempladas en la Ley 19.055 de fecha 26 de marzo de 1991 Sobre Indulto, Amnistía y Libertad Provisional en materia de delitos terroristas.

Hasta aquí podemos apreciar una serie de transformaciones legislativas a fin de introducir en el sistema inquisitivo derechos individuales, limitaciones a las facultades de persecución penal y otras de carácter procedimental o administrativo, sin lograr transformar las bases del sistema y su lógica central.

En el gobierno encabezado por el presidente Frei Ruiz-Tagle (1994 – 2000) se impulsan una serie de políticas públicas orientadas a la modernización y adecuación del sistema judicial a los requerimientos de un Estado Democrático, priorizando la reforma estructural al sistema de enjuiciamiento criminal, fijando para ello un programa de trabajo del gobierno para el resto de su mandato. En uno de sus discursos, el Presidente Frei Ruiz Tagle señala expresamente la necesidad de:

“...reformar profundamente nuestro procedimiento penal, de modo que agilice la resolución de los conflictos y que permita el contacto directo entre el juez y las partes que solicitan justicia. También se requiere separar la función investigadora – que deberá confiarse al Ministerio Público – de la sentenciadora, que en esencia corresponde al juez. Ello a fin de cautelar debidamente las garantías procesales propias de un Estado democrático, lograr la sanción de los delincuentes, el amparo de las víctimas y otorgar seguridad a la ciudadanía.”¹⁰

El movimiento reformista de la justicia penal chilena obedece, sin duda, a un complejo proceso de cambio social. Por su naturaleza éste no puede ser entendido como un esfuerzo exclusivo del Estado, sino como un proceso en el que intervienen múltiples actores y factores locales e internacionales.

La Reforma Procesal Penal es parte de un movimiento regional de reforma observable en la mayoría de los países latinoamericanos que han

¹⁰ Discurso de S.E. el Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en el inicio de la Legislatura Ordinaria del Congreso Nacional, Valparaíso, 21 de Mayo de 1994. En Nuevo Proceso Penal. Carocca, A; Duce, M y otros. Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile año 2000.

modificado su sistema judicial penal de tipo inquisitivo (Argentina, Colombia, Costa Rica, Paraguay y Venezuela, entre otros).

Factores determinantes en este proceso han sido los procesos de recuperación democrática en América Latina. Después de la prevalencia de gobiernos autoritarios o dictaduras, período caracterizado por una constante y sistemática violación de los derechos humanos; la recuperación de la democracia ha procurado adoptar políticas para mejorar los mecanismos institucionales que aseguren la protección de los mismos, entre los que el sistema de justicia criminal es central para la investigación y sanción de estas violaciones. Es así como se incorporan los tratados internacionales en materia de derechos humanos, lo que implica un sistema de supervisión y control internacional del cumplimiento de las garantías básicas del sistema.

Junto con el proceso de democratización, la mayoría de los países de la región han iniciado estrategias para el desarrollo a través de la transformación económica y el fortalecimiento de las instituciones del Estado, para lo cual la reforma judicial constituye en ellos un elemento clave. Así mismo, los procesos de modernización del Estado han priorizado la administración de justicia a raíz de la creciente percepción negativa de estos mismos.

En el área específica de la justicia criminal, esta percepción negativa se ve reforzada por una creciente preocupación pública de la seguridad ciudadana. El poder mediático juega un relevante papel en la calidad de la información que entrega, colaborando en la percepción del drástico aumento de la criminalidad y la incapacidad del sistema de justicia para manejar dicha situación. Esta percepción negativa ha fomentado un aumento en las demandas de la población por cambios que permitan transformar el sistema de administración de justicia, sumándosele a ello la movilización de diversas organizaciones de la sociedad civil y estableciendo de esta forma, un contexto político y social positivo que favorece la transformación en este ámbito.

En este sentido una de las características más particulares del proceso de reforma al sistema de enjuiciamiento penal en Chile es que nace en forma paralela al proceso socio-político del país, como una iniciativa de la sociedad civil. Son Organizaciones no Gubernamentales, Institutos académicos y Universidades quienes realizan construcciones teóricas e investigaciones en esta materia, sentando con ello las bases para la realización de diagnósticos y consensos que se hacen necesarios en una discusión técnica y política para una reforma de esta naturaleza,¹¹ elementos que serán recogidos y oficializados por el proyecto gubernamental.

Considerando la diversidad de actores que intervienen en la formulación y desarrollo de la Reforma Procesal Penal en el país y, considerando además la magnitud de los cambios propuestos, es indispensable que se cuente con un amplio consenso político y técnico, que, ciertamente, requiere un compromiso interinstitucional. Es importante señalar que en una transformación tan relevante como lo es una reforma judicial, no es extraño que, al momento de la discusión, aparezcan intereses encontrados debido a que los diferentes sectores involucrados tienen raíces doctrinarias muchas veces contradictorias; raíces que aparecen en un proyecto de reforma que se espera satisfaga las expectativas de cada uno de ellos.

¹¹ Destacan en este proceso la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, la Corporación de Promoción Universitaria y la Fundación Paz Ciudadana.

2. REFORMA PROCESAL PENAL CHILENA.

MARCO LEGISLATIVO.

La nueva Reforma Procesal Penal constituye un cambio sustantivo en la legislación nacional, tanto de carácter normativo como de índole organizacional, cultural e institucional. Reemplaza normas e instituciones jurídicas preexistentes, modifica la lógica de los procedimientos, de sus actores y la organización y rutina de los mismos.

Con objeto de propender al éxito en la implementación de la reforma, se estableció un sistema gradual para su entrada en vigencia, el cual supone un sistema escalonado en tiempo, dándose inicio el año 2000 en las IV y IX regiones; la II, III, VII en el 2001; I, XI y XII regiones en el 2002; en diciembre del 2003 se inició en la V, VI, VIII, X, concluyendo el 2005 en la Región Metropolitana.

Además, la reforma supone la creación de nuevas instituciones e intervinientes y modifica los parámetros a los que han ceñido su actuar los diversos actores del sistema de justicia durante los últimos 100 años. La Reforma Procesal Penal se hace cargo de la diversidad de hechos ilícitos, sus características y gravedades que requieren diferentes sanciones, a través de las distintas etapas que se prevén; a saber, el inicio, la formalización y el cierre de la investigación, la acusación -todas ellas a cargo del Ministerio Público-, la audiencia de preparación del juicio oral -que se lleva a cabo ante el Juez de Garantía-, la audiencia del juicio oral -del que conoce el Tribunal Oral en lo Penal-, el pronunciamiento de la sentencia definitiva -antecedido de la decisión de absolución o condena-, un recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema, según el caso, y la ejecución de la sentencia definitiva, por parte del Juez de Garantía.

Además, el Ministerio Público puede aplicar soluciones alternativas del conflicto penal, como el Principio de Oportunidad y el Archivo Provisional del caso, la Suspensión Condicional del Procedimiento en tanto que la víctima y el imputado pueden celebrar directamente los Acuerdos Reparatorios. Existen también procedimientos especiales, como el Procedimiento Abreviado, el Procedimiento Simplificado y el Procedimiento Monitorio, que en sentido estricto son también juicios orales pero celebrados ante el Juez de Garantía como tribunal unipersonal, aplicados a delitos menores.

Finalmente, se puede establecer que el espíritu de la nueva reforma es que las fases de investigación y juzgamiento sean dinámicas, carezcan de formalismo y burocracia, estén apoyadas por un equipo de trabajo capacitado y velen por un proceso ágil y justo.

El Ministerio Público

El Ministerio Público es un organismo autónomo e independiente de cualquier otro poder del Estado, creado mediante la reforma constitucional.¹² Como tal, es el ente encargado -en exclusiva- de dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. Sobre la base de su investigación, debe ejercer la acción penal pública formulando acusación en contra de los responsables y sosteniendo dicha acusación en un juicio, ante los Tribunales de Justicia. Además, debe adoptar medidas destinadas a proteger a las víctimas y a los testigos de los delitos.

¹² ley N° 19.519. 16 de septiembre de 1997

El Ministerio Público está compuesto por el Fiscal Nacional, por los Fiscales Regionales y por los Fiscales Adjuntos. Existe también un Consejo General, que reúne al Fiscal Nacional con todos los Fiscales Regionales y que cumple funciones de órgano consultivo.

Los Fiscales sustituyen el rol investigativo de los jueces, quienes en el procedimiento anterior, investigan, juzgan y condenan. Con el inicio de la reforma, el 16 de diciembre de 2000, existe un juicio público, en virtud del cual son los fiscales adjuntos los encargados de investigar los hechos constitutivos de delitos.

La Defensoría Penal Pública

La Defensoría Penal Pública, servicio dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometida a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia, fue creada en el año 2001, bajo el marco de la Reforma Procesal Penal.

La finalidad de la Defensoría es otorgar defensa penal de alta calidad profesional a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un Juzgado de Garantía o de un Tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado.

Por lo tanto, la misión de la Defensoría Penal Pública “es proporcionar defensa penal de alta calidad profesional a las personas que carezcan de abogado por cualquier circunstancia, velando por la igualdad ante la ley, por el debido proceso y actuando con profundo respeto por la dignidad humana de los representados.”

La Defensoría es un organismo descentralizado territorialmente, conformado por la Defensoría Nacional, ubicada en la capital y las Defensorías Regionales y Defensorías Locales establecidas a lo largo de todo el país.

Los beneficiarios de la Defensa Penal Pública serán todos los imputados o acusados que carezcan de abogado y requieran de un defensor. En principio, la defensa penal pública será gratuita, a excepción de los beneficiarios que posean recursos para financiarla total o parcialmente. Éstos últimos serán evaluados según la consideración de su nivel de ingreso, la capacidad de pago y el número de personas del grupo familiar que de ellos depende.

De esta manera, la Defensoría Penal Pública busca garantizar a todos los ciudadanos el derecho a contar con asistencia técnica-jurídica acorde a los modelos de funcionamiento instaurados en la Reforma Procesal Penal bajo la premisa de que "Sin defensa no hay justicia."

Rol de los Jueces

Dentro de las nuevas instituciones en el marco de la Reforma Procesal Penal encontramos a los Jueces de Garantía y los Jueces que conforman el Tribunal Oral.

1.- Juez de Garantía (Ley 19.665)

Es el encargado de asegurar que no se vulneren los derechos de los intervinientes en el procedimiento, incluidas las víctimas, testigos e imputados. Entre sus funciones se encuentran:

- Otorgar autorizaciones judiciales previas que solicite el Ministerio Público para realizar las actuaciones que priven, restrinjan o perturben los derechos asegurados por la Constitución.
- Dirigir las audiencias judiciales de la fase de investigación y resolver los incidentes que se promuevan en ellas.
- Resolver sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición.
- Dirigir la audiencia preparatoria de Juicio Oral.
- Dictar sentencia en el procedimiento abreviado, cuando corresponda.
- Conocer y fallar las faltas penales conforme el nuevo Código Procesal Penal.
- Controlar la ejecución de las condenas criminales dictadas por él y las medidas de seguridad que establezca.

2. Jueces de Tribunal de Juicio Oral (Ley 19.665)

Son los jueces que integran el Tribunal Colegiado (compuesto por tres jueces) llamado a conocer y conducir el debate durante el Juicio Oral, para luego determinar la culpabilidad o inocencia del imputado. Sus funciones son:

- Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito conforme al Código Procesal Penal.
- Resolver todas las cuestiones que se presenten durante el juicio oral.
- En base a las pruebas presentadas sólo durante la audiencia de juicio oral y público, absolver o condenar al imputado y dictar la sentencia definitiva en caso de culpabilidad.

- Los Tribunales de Juicio Oral, cuando la Corte de Apelaciones respectiva lo determine y según la periodicidad que ésta fije, pueden constituirse y funcionar en comunas situadas fuera de su lugar de asiento, para facilitar el accionar de la justicia.

Principios inspiradores de la Reforma Procesal Penal¹³

1.- Imparcialidad:

En el nuevo sistema se han separado adecuadamente las funciones de investigar y acusar, de las de juzgar.

Las denuncias son investigadas por un ente autónomo, el Ministerio Público. En las 12 regiones en las que hoy funciona el nuevo sistema cumplen estas funciones 346 Fiscales.

El Poder Judicial dicta sentencia en las 12 regiones en que hoy está instalada la Nueva Justicia a través de sus 438 nuevos jueces.

2.- Transparencia:

Tanto las víctimas como los imputados y la ciudadanía tienen una serie de derechos de los cuales deben ser informados.

Más de 99% de las audiencias realizadas ante Jueces de Garantía han sido públicas (partes, público y medios de comunicación)

El 100% de las audiencias de Juicio Oral han sido públicas.

¹³ Documento informativo del Ministerio Público. En www.ministeriopublico.cl

3.- Inmediación:

La presencia del Juez es requisito de validez de cualquier actuación. Todas las audiencias se realizan en presencia del Juez sin intermediarios entre él y las partes.

Los Jueces de Garantía y de Tribunal de Juicio Oral están apreciando personalmente la prueba en todos los casos.

Víctimas, imputados y testigos declaran ante el Juez, y se imponen directamente del fundamento de sus resoluciones.

No existen actuarios en los nuevos tribunales.

4.- Oralidad:

El juicio se desarrolla en una o más audiencias en donde Fiscal y Defensor deben exponer sus argumentos frente al Juez de Garantía o Tribunal de Juicio Oral. También se expresan de esta forma todos los intervinientes en la audiencia, como la víctima, el imputado y los testigos.

5.- Rapidez:

La investigación rápida es necesaria para la protección de víctimas, derechos del imputado y seguridad de la ciudadanía.

6.- Eficiencia:

El proceso puede terminar por varios mecanismos que acortan el proceso

a) Salidas alternativas que solucionan el conflicto, acortando el proceso y evitando que llegue a Juicio Oral. Ellas son: Suspensión condicional del procedimiento y Acuerdos reparatorios.

b) Procedimiento abreviado: Da una solución eficiente en menor tiempo.

7.- Concentración:

En el Juicio Oral y público se presentan todas las pruebas, los Jueces fallan de inmediato, absolviendo o condenando

8.- Protección de víctimas y testigos:

Hoy existe un órgano especializado en la protección de víctimas y testigos - el Ministerio Público - que en el antiguo sistema no existía.

Las víctimas tienen la posibilidad que se les repare el daño, a través de un acuerdo reparatorio o presentando demanda civil.

Se aplican mecanismos concretos de protección a víctimas y testigos en el nuevo procedimiento, como audiencias reservadas, testimonios de menores sólo antes Jueces, protección policial.

9.- Atención a la víctima:

Las víctimas de delitos son atendidas e informadas gratuitamente por los fiscales y por la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos del Ministerio Público.

Las víctimas están presentes y están haciendo uso de la palabra en los juicios orales.

Las víctimas que han sentido riesgo para ellas o sus familias han sido protegidas por las fuerzas policiales.

10.- Defensa letrada:

Los intereses de la comunidad son representados por abogados en el 100% de los delitos de acción pública: Fiscales del Ministerio Público.

Por su parte, el 100% de imputados es representado por abogados de la Defensoría Penal Pública, o abogados particulares

Fiscales y Defensores han estado presentes en el 100% de las audiencias.

3. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO.

Tanto los acuerdos reparatorios como la suspensión condicional del procedimiento son dos instituciones nuevas introducidas por el nuevo Código Procesal Penal (CPP). En ambos casos están referidas a salidas alternativas al sistema, frente a cierta categoría de casos, que evidencian un cambio significativo respecto de la tradición jurídico procesal penal nacional en la cual se asume el principio de legalidad procesal de modo estricto, conduciendo con ello a asumir como formas de salidas al conflicto, exclusivamente, la

persecución penal y la aplicación de sanción o de una pena como consecuencia de ésta.

Hoy, en el nuevo esquema procesal propuesto, y respecto a la persecución penal pública, se plantea que los fiscales del Ministerio Público al momento de tomar conocimiento de un delito deben promover y proseguir la persecución penal pública sin que pueda ser interrumpida excepto en los casos que la ley contempla. Es aquí donde entran en acción las dos instituciones señaladas.

La suspensión condicional del procedimiento es una salida alternativa al proceso que posibilita detener en forma provisional la persecución penal en favor de una persona imputada por un delito y cuya característica está referida a que el imputado queda sometido al cumplimiento de condiciones que impone el Juez de Garantía, que deberán ser cumplidas dentro de un tiempo determinado. Si las condiciones se cumplen satisfactoriamente, recién entonces se extingue la acción penal. De no ser así o, en caso de que se vuelva a imputar un nuevo delito, se revoca la medida y se inicia nuevamente la persecución penal.

Por su parte, los acuerdos reparatorios están definidos como una salida alternativa al proceso penal donde, efectivamente, se puede extinguir la acción penal en cierta categoría de delitos, a través de un acuerdo de reparación entre la víctima y el imputado que se ofrece en forma libre y voluntaria y que es, en última instancia, aprobado por el Juez de Garantía a cargo.

Estas nuevas instituciones pasan a ser entonces, elementos trascendentales para el logro de los dos objetivos fundamentales de la Reforma Procesal:

- La racionalización de la carga de trabajo del sistema, de modo tal que un número de casos encuentre solución antes de llegar a la instancia del juicio oral;

- El aumento de la capacidad de respuesta del sistema a los distintos conflictos a los que se enfrenta, diversificando las alternativas de aproximación a estos, en forma alternativa a la tradicional, y que son socialmente más adecuadas para su resolución.

La suspensión condicional del procedimiento.

El CPP define en su párrafo 6º, Art. 237 que, en la suspensión condicional del procedimiento “El fiscal, con acuerdo del imputado, podrá solicitar al Juez de Garantía la suspensión condicional del procedimiento. El Juez podrá requerir del Ministerio Público los antecedentes que estimare necesarios para resolver”.

El CPP establece ciertas condiciones de procedencia de la SCP; esencialmente, está contemplada para una categoría de delitos que se considerarían como de escasa a mediana gravedad, y para imputados que presentan un bajo compromiso delictual.

La duración de las condiciones de suspensión se contempla dentro de un plazo entre 1 y 3 años, consistente fundamentalmente, en restricciones o limitaciones a los derechos del imputado (art. 238 del CPP), entre los que consideran restricciones a su libertad ambulatoria, control del Estado sobre su persona, beneficios a la víctima y otras de diversa índole.

Cabe señalar que el legislador busca promover el uso de esta institución, por lo que releva la aceptación voluntaria por parte del imputado de ciertas condiciones para suspender el proceso, sin considerar ésta como una aceptación de culpabilidad por su parte. Así, la aceptación del imputado de una suspensión condicional, le significa una garantía procesal que, en caso de revocarse (por incumplimiento de las condiciones de la suspensión o de

comisión de nuevos delitos), le reserva el derecho a un juicio normal, con todas las garantías procesales, en que la previa aceptación de la suspensión condicional no puede ser invocada en forma alguna, y menos como presunción de culpabilidad.

Por otro lado, se considera como condición esencial para la procedencia de la suspensión, la absoluta voluntariedad informada por parte del imputado, quien además es acompañado en el proceso por su abogado defensor, quien lo asesorará en el curso del procedimiento con la finalidad de garantizar el pleno conocimiento de las condiciones, términos y consecuencias de la suspensión en su decisión de aceptación. De esta forma, el imputado puede, eventualmente, no aceptar las condiciones de la suspensión y optar por un proceso regular en un juicio oral.

En todo caso, existe tanto para el Ministerio Público, el imputado y el querellante la posibilidad de apelar a la resolución del juez de garantía que se pronuncia respecto a la suspensión, siempre durante el período de investigación.

Los efectos de la suspensión condicional son, en primer lugar, que se suspende la persecución penal en contra del imputado y, en caso de cumplirse las condiciones establecidas, se produce la extinción de la acción penal y el sobreseimiento definitivo de la causa.

En caso de no cumplimiento de las condiciones de la suspensión en forma reiterada o injustificada por parte del imputado, se podrá revocar la medida, y continuarse el procedimiento; lo mismo ocurre si el imputado es acusado de la comisión de un delito y se formaliza una nueva acusación en su contra.

De esta manera, se busca a través de esta institución evitar la estigmatización del imputado y propender a su reinserción social.¹⁴

Finalmente cabe señalar que, en esta figura, la víctima no tiene mayor participación, salvo en que como querellante puede ser escuchada antes de resolver la solicitud y cuando las condiciones de la suspensión consideren alguna retribución en su favor. No obstante lo anterior, es el Juez de Garantía quien resuelve respecto a la medida y sus condiciones, ya la que la participación de la víctima no es decisiva en el otorgamiento de la medida y su indemnización no es obligatoria.

La institución que recoge en forma preponderante los intereses de la víctima y a la que nos abocaremos con mayor detención es el acuerdo reparatorio, del cual nos referiremos a continuación.

Los acuerdos reparatorios

Los acuerdos reparatorios constituyen una instancia novedosa, no solo en este sistema penal sino también en los existentes en la mayoría de los países latinoamericanos. Estos tienen antecedentes en algunas prácticas informales, en que acuerdos entre los querellantes e imputados se traducían en el desistimiento del querellante que llevaba al juez al sobreseimiento de la causa.

El CPP, en su artículo 241 señala:

“El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo

¹⁴ Carocca, A; Duce, M y otros. Op. Cit. 1. Pág. 148.

hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Los acuerdos reparatorios solo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos”.

Uno de los primeros elementos centrales aparecidos en esta figura es la necesidad de la concurrencia de las voluntades del imputado y de la víctima: el primero para reparar los daños sufridos por la víctima producto del delito y que ésta acepte, como satisfactoria para sí, el ofrecimiento del imputado.

En esta institución, al igual que en la suspensión condicional del procedimiento, la aceptación de un acuerdo reparatorio por parte del imputado no implica la aceptación de culpabilidad respecto de los hechos que se le imputan y, por lo tanto, en caso de no prosperar el acuerdo, este antecedente no formará parte de los elementos a considerar en caso de un juicio oral.

Los acuerdos reparatorios proceden sólo en aquellos delitos que se hallan en el artículo 240 del CPP, ya enunciado anteriormente; no obstante, existen ciertos delitos en los que prima el interés público por sobre los de la víctima del caso concreto, por lo que incluso en estos delitos el Juez de Garantía tiene la facultad de rechazar el acuerdo cuando considere que existe un interés público prevalente para la persecución penal del caso.

Se hace necesario precisar, respecto de este punto, que es el Ministerio Público la entidad que, por definición, debe velar por la protección del interés público en el sistema de justicia penal. Es por esto que, desde la implementación de la reforma, en diciembre del año 2000, el Fiscal Nacional del Ministerio Público ha instruido a las distintas fiscalías respecto a los criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios en que define, entre otras cosas, qué se entiende por acuerdo reparatorio, en qué casos favorecer, oponerse o analizar la procedencia de estos acuerdos y reglas y procedimientos para el

desarrollo de los mismos. (Instructivos Generales números 34 y 63. Diciembre del 2000).

Es importante destacar que el concepto y los alcances de la reparación es un tema central en la discusión por la dogmática penal actual. En términos generales existe consenso en entender la reparación no sólo en términos pecuniarios (como podría entenderse en su modo más simple), sino también como cualquier otra forma de compensar los perjuicios sufridos por la víctima, alternativa, por lo tanto, que se encuentra abierta a toda la gama posible de acuerdos entre ésta y el imputado. Pueden entonces considerarse como acuerdos reparatorios prestaciones materiales y/o económicas, servicios a la comunidad, o incluso disculpas o desagravios, entre otros múltiples posibles. De esta manera, esta salida se hace viable tanto en casos en que la víctima es un particular como en aquellos donde los afectados son un colectivo o una comunidad pudiendo, para tales efectos, ser representados por alguna institución; así mismo, la gama de acuerdos posibles permite que, en caso que el imputado no cuente con recursos económicos para una reparación de tipo pecuniaria, pueda acceder a una reparación de otro tipo.

Si bien el cuerpo legal del Código de Procedimiento Penal establece áreas de flexibilidad en términos de los acuerdos reparatorios y de la suspensión condicional del procedimiento, a partir de diciembre del año 2000, el Fiscal Regional Sr. Guillermo Piedrabuena Richard, introduce una serie de instructivos para las fiscalías regionales y locales, a fin de hacer precisiones en los criterios de actuación en materia de aplicabilidad de los mismos.¹⁵

Específicamente en lo referido a los acuerdos reparatorios: ésta salida alternativa busca “realzar los intereses concretos de la víctima, por sobre los

¹⁵ Oficios Números 242 y 358 del 14 de Diciembre del 2000; Oficio 163 del 12 de Abril del 2002, el oficio 038 del 21 de Enero del 2003 y el oficio 404 del 21 de Agosto del 2003.

intereses abstractos del Estado. De esta forma, el sistema de procedimiento penal no es entendido como un sistema destinado a la aplicación de penas, sino como un sistema destinado a la resolución de conflictos”.¹⁶

En el instructivo se establece que, de acuerdo a la naturaleza del hecho punible, materia de investigación, los fiscales tienen tres posibilidades de actuación:

- a) *Favorecer los acuerdos reparatorios:* en caso de bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial (entre ellos hurto, receptación, usurpación no violenta, daños simples, estafa, fraude), lesiones leves y menos graves y delitos culposos (homicidio y lesiones por imprudencia temeraria, por imprudencia del facultativo o dueño de animales, por imprudencia simple con infracción de reglamentos y aquellos delitos culposos relativos a ferrocarriles y telégrafos).
- b) Oponerse a la aprobación en la audiencia correspondiente: delitos que afectan, además del patrimonio, otros bienes jurídicos de mayor entidad (entre otros, robo calificado, con violencia o intimidación, o por sorpresa, extorsión, usurpación violenta, incendio, estragos).
- c) Evaluar con detención la conveniencia y procedencia del acuerdo reparatorio: entre otros, robo con fuerza en lugar habitado o no habitado, robo en bienes nacionales de uso público, de cables o alambres, de vehículos y abigeato, delitos contra la propiedad intelectual y delitos tributarios; si estos delitos se encontrasen en grado tentado o frustrado los fiscales favorecerán el acuerdo reparatorio.

¹⁶ “Reforma Procesal Penal, Instrucciones Generales números 26 a 50”, Noviembre 2000 – Febrero 2001, Editorial Jurídica de Chile, pág 191

No obstante proceder un acuerdo reparatorio por la naturaleza del hecho punible y con el consentimiento libre e informado de las partes, el fiscal podrá negarse a su aprobación por existir un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, al estimar que el conflicto que implica un delito de mediana gravedad debe enfrentarse mediante la imposición de una pena y no a través de un acuerdo de los sujetos afectados en sus intereses particulares (como en el caso de los imputados con incursión reiterada en el mismo tipo de delito).

En términos de procedimiento, el Fiscal podrá requerir el apoyo de la Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos para identificar la factibilidad de alcanzar la salida alternativa o para la conducción de un proceso de mediación.

El Fiscal Nacional, en el instructivo N° 34, define la mediación como “un proceso dirigido por un tercero no involucrado con los intereses en juego, en el cual las partes de un conflicto intentan alcanzar una solución del mismo. Precisa además que los fiscales no podrán conducir proceso de conciliación o mediación penal, puesto que no son terceros respecto de las partes, sino representantes del interés público”. El Fiscal o la Unidad Regional, podrán ofrecer a la víctima y al imputado, que concurren voluntariamente a un centro especializado en mediación cuando hubiere uno en la región respectiva.

4. GÉNESIS Y ESTADO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MARCO PARA LOS SISTEMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL ÁMBITO PENAL.

Con la finalidad de poder contextualizar el concepto y los alcances de la justicia restaurativa se hace del todo necesario revisar los antecedentes históricos que la originan pudiendo de esta manera tener una visión de cómo se han entendido y resuelto los conflictos penales hasta el día de hoy.

Desde el tiempo del Estado absolutista y a través del sistema inquisitivo, éste asume la realización de la justicia penal con el objetivo de cumplir con el mandato de la paz social y su restablecimiento cuando ésta es quebrantada por el delito. El delito es considerado un ataque al Soberano o al Estado por lo que el autor debe ser castigado con una pena, independientemente, de quién sea el directamente afectado.

Así la víctima se despersonaliza y deja de ser importante para el proceso, siendo reemplazada por la comunidad, de modo tal que el conflicto se desplaza desde el polo victimario – víctima, a delincuente – Estado.

Consecuentemente, al cambiarse los términos del conflicto se altera la respuesta al mismo y no necesariamente existe una proporción entre el delito y la respuesta a éste. Así es como el delito y su autor se convierten en el centro del Sistema Penal.

A partir del siglo XVIII y con la Ilustración se ratifica la práctica judicial proveniente de la Edad Media, entendida como la “estatización de la justicia”¹⁷. El Estado despliega entonces el poder punitivo que se ve limitado por ideas

¹⁷ Beccaria, Cesar. “Garantías y Sistema Penal”. Bogotá: Temis 1997. Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria (1738-1794), italiano que representa el punto de partida moderno de la Filosofía del Derecho Judicial. Adversario de la Pena de Muerte, la tortura y el trato cruel, propuso importantes reformas al sistema judicial.

iluministas que se refieren al autor del delito como un sujeto de derecho, estableciendo con ello los fundamentos del derecho Penal Liberal, aún vigentes. Sin embargo, el Estado monopoliza la facultad de castigar, considerando que hacía justicia y resolvía el conflicto generado por el delito cuando castigaba al delincuente para que éste “saldara su deuda con la sociedad”.¹⁸

La víctima permanece como sujeto pasivo del delito en cuanto a titular del bien jurídico protegido por la norma violada y relegada a ser objeto de prueba. Con ello, el Estado busca su legitimación en la teoría de la protección del bien jurídico aún cuando estos sean individuales y, por lo tanto, trae como consecuencia la anonimidad de la víctima, en cuanto el derecho penal se dedica al control de comportamientos que hacen peligrar la paz jurídica al interior de la sociedad.

Maier (1992, 1998) señala que la teoría del bien jurídico constituye el último y más acabado ensayo teórico de la expropiación del conflicto en tanto objetiva a la víctima y abstrae el objeto de la lesión; transforma un conflicto social entre protagonistas reales, en un conflicto con el Estado por la desobediencia a sus normas; la víctima real continúa ausente, carece de todo poder en el sistema, no importa.

Por tanto, las víctimas no sólo sufren las consecuencias del delito sino que, además, se ven despojadas de cualquier posibilidad de intervención en el tratamiento del conflicto y su eventual solución. La sociedad desperdicia oportunidades para la recreación del orden social perturbado por el delito y para

¹⁸Rita Mill de Pereira, Ponencia realizada en la 18 jornada Iberoamericana de derecho procesal., año 1998. Jueza de la Cámara federal de Corrientes, Argentina, presidenta de la Junta Electoral Nacional de Corrientes, Directora del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Autora de “Juicio Oral y Procedimientos Especiales en el CPP de la Nación” y coautora en “Derecho Penal Procesal y Derechos Humanos”.

establecer una nueva relación entre la víctima y el victimario que posibilite la convivencia futura en paz.¹⁹

El fundamento de la pena

Dentro de las teorías tradicionales, el sentido y las fronteras de la pena estatal ha sido un tema de discusión permanente, en especial si se considera la peligrosidad de la actividad punitiva del Estado. Es necesario, responder al cuestionamiento de cómo se fundamenta la injerencia del Estado en la vida de las personas, a través de la restricción de sus libertades, alterando con ello su participación en la vida social e incidiendo directamente en el orden social de su comunidad.

Este cuestionamiento tiene respuesta en tres conceptos o teorías medulares, a saber: la retribución, la prevención especial y la prevención general.

a) Teorías Absolutistas: teoría de la Retribución.

En esta teoría, el sentido de la pena radica en que “la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal... la pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en si misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia”²⁰. Por lo tanto, se le asigna a la pena su sentido fuera del campo de la realidad social, es decir, la pena no es otra cosa que no sea el restablecimiento del orden, por lo tanto, resultado racionalmente necesario a la trasgresión de la ley.

¹⁹ Beristain, Antonio. “Criminología y victimología. Alternativas recreadoras al delito”. Ed. Leyer, Bogotá 1999, pág. 216.

²⁰ Roxin, Claus. Problemas básicos del derecho penal.. Madrid: Reus, 1976, Pg. 12.

La pena surge entonces, como una necesidad moral derivada de un imperativo categórico o bien como una necesidad lógica, la negación del delito y la afirmación del derecho o, en otras palabras, “la negación de la negación” como diría Hegel.

b) Teorías relativas

Las teorías relativas tienen como rasgo en común considerar la pena como una reacción, una respuesta a algo que ya ha sucedido; por ello el fundamento real de la pena (la culpabilidad) reposa en el pasado, aunque su fundamento final (aquello que con ella se intenta alcanzar y se logra) se encuentra referido al futuro²¹.

Fines de la pena, entendidos como objetivos desde estas teorías son: el efecto intimidatorio (prevención general negativa), corrección (prevención especial positiva) y hacer al autor inofensivo (prevención especial negativa).

i) Prevención especial.

La prevención especial se considera dentro de las teorías relativas de los fines de la pena, y no pretende retribuir el hecho pasado través de la pena, pues su fundamento final está referido al futuro, centrado en el autor del delito (derecho de autor). Desde ahí, ve la justificación de la pena como mecanismo de prevención de nuevos delitos.

Esto puede darse de tres formas: “corrigiendo al corregible...; intimidando al que por lo menos todavía es intimidable...; y haciendo inofensivo

²¹ Heiko H. Lesch. La función de la pena. Cuadernos “Luis Jiménez de Azúa” Pg. 21, 1999

mediante la privación de libertad a los que no son corregibles ni intimidables”.²² De esta forma, la pena es vista como garante del orden jurídico y social.

Este tipo de prevención tiene por objetivo apartar al autor de futuros delitos para lo cual se sostiene, en su aspecto negativo, de asegurar a la sociedad a través de la reclusión de los autores del delito y, en su aspecto positivo, corrigiendo y resocializando al delincuente.

Los orígenes de las teorías de la prevención como fin de la pena se encuentran en Italia en la escuela positiva, donde se concluye, en definitiva, que el delincuente es un enfermo o inadaptado social que no tiene libre arbitrio, y en la Escuela de Von Liszt en Alemania, que considera el comportamiento humano como predeterminado por factores internos y externos, el cual, en el caso de tratarse de un comportamiento que eventualmente podría ser sancionado por la pena, podría ser reconducido a través de la modificación del entorno, costumbres, educación; en definitiva, reestructurando la mirada de todo aquello que haya influido en la vida del delincuente.

Así, la pena es una forma de adaptar al delincuente en la sociedad mediante la corrección, la intimidación o secuestrándolo.

La prevención especial tiene un fuerte apogeo en la Alemania en la segunda mitad del siglo XX, bajo la rúbrica de la resocialización.

ii) Prevención general.

Según esta teoría, que nace con Feuerbach, se incorpora, además de la imposición de la pena, la amenaza de ésta. En este sentido la pena se ejecuta para hacer real la amenaza y de esta forma disuadir al resto de la comunidad a delinquir y con ello legitimar la norma jurídica. Por tanto, el delincuente es concebido como un sujeto que atenta contra el sistema imperante y su falta se

²² Roxin, Op. Cit 1, P. 15

reprime como una manera de aleccionar a los miembros de la sociedad bajo la amenaza de sufrir penas similares si siguen la conducta de aquel que fue penalizado.

A diferencia de la anterior, surge la teoría la prevención general positiva que se funda en un efecto de aprendizaje pedagógico – social, adquirido mediante la toma de conciencia, por parte de la comunidad del valor de la norma jurídica.

c) La Teoría Unificadora Dialéctica

Claus Roxin²³, precursor de esta teoría, señala que “El Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras, amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada uno por separado²⁴. De esta forma, en el momento de la amenaza, el fin de la pena es la protección de los bienes jurídicos; en la aplicación, la pena no sirve para la prevención general sino para afirmar la seriedad de la amenaza legal, sin sobrepasar la culpabilidad del autor y, finalmente, en el momento de la ejecución, la pena sirve para la resocialización del delincuente o prevención especial positiva.

Por su parte, Muñoz Conde describe la teoría en tres fases “en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general... pero si, a pesar de esta amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele le pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente,

²³ Claus Roxin es Profesor Emérito de la Universidad Ludwig Maximilians, de Munich y Doctor Honoris Causa por más de una decena de Universidades de otros países. Entre sus obras se destacan “Funcionalismo e Imputación objetiva en el Derecho Penal”, “Política criminal en el Sistema Jurídico-penal” y “Tutela penal de la Vida Humana”

²⁴ Roxin, Op. Cit pág 19-20

durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una privativa de libertad, la idea de la prevención especial”²⁵.

d) Teorías funcionalistas

Las teorías funcionalistas establecen que la prestación del derecho consiste en garantizar la identidad normativa, la constitución misma de la sociedad; por ende, el derecho penal encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan comportamientos incompatibles con la norma correspondiente y ponen a ésta en cuestión como modelo general de orientación en el contrato social; en consecuencia, podemos calificarla como prevención general positiva.

Como crítica general podemos señalar que la teoría de la retribución no deja en claro aquello de por qué la imposición de un mal a otro mal produce un bien, pero no es posible eliminar de la pena toda función de orientación de la conducta. En este sentido “si sólo importa en la pena su significado comunicativo de negación del delito y de afirmación de la norma, por qué no habría de bastar la sola manifestación verbal de desacuerdo con el delito y de confirmación de la norma”.²⁶

La pena, desde cualquiera de sus planteamientos resulta un mal. Sin embargo, mientras suceda aquello que caracterizamos como delito y el derecho sea el árbitro social, el intento de hacer que funcione la pena nos puede conducir a un estado más deseable que si no lo hubiera. Desde aquí, la pena podrá prevenir los delitos.

²⁵ Muñoz Conde, Francisco. “Introducción al Derecho Penal”. Barcelona:Edit. Bosh, 1975 pág. 36

²⁶ Mir Puig en “La Función de la Pena”. Lic. Daniel Solorio en Realidad Jurídica. Vol. 3 n° 1, 2004.

El retribucionismo falla en su necesidad ético – jurídica, al negar que las normas penales tengan, frente a los ciudadanos, otra función que la meramente sancionadora y de realización de la justicia. No obstante, la función que desarrollan las teorías preventivas no se salvan de la instrumentalización de las personas, en cuanto el autor del hecho punible no es tratado como sujeto sino como objeto de un interés definido como simple instrumento de un mecanismo de motivación. Lo mismo sucede con la prevención especial debido a que una concepción de resocialización, en el fondo, conduce a la abolición del derecho penal y su sustitución a un sistema de medidas terapéuticas.

Consideramos, entonces, la pena como un mecanismo complejo en el que, teóricamente, parece imposible superar las inconsistencias que esta complejidad supone; sin embargo, la capacidad comunicativa que se le atribuye a la pena es fundamental en las sociedades modernas. Al provocarse un fallo en la alteración de la norma el hecho debe ser correspondido con un medio que supere ese quebrantamiento, contexto en que la pena cumple su cometido.

La pena ofrece motivos a las personas para desestimar la realización de un hecho penal (dejando las razones de la obediencia a las razones de cada uno). Para ello es necesaria la no caracterización del delincuente como ser ajeno, el “otro”, el que “delinque”. Más bien es necesaria la conciencia de que nadie es ajeno a esta circunstancia y considerar a las personas como ciudadanos libres para regular su propia conducta.

“... mejor sería decir, probablemente (...), que la pena se dirige a los seres humanos en cuanto seres inteligibles y sensibles a la vez, aunque con predominio de la primera de estas perspectivas.”²⁷

²⁷ Peñaranda, Enrique. “Sobre la Influencia del Funcionalismo y la Teoría de Sistemas en las Actuales Concepciones de la Pena y del Concepto del Delito” En: Realidad Jurídica. Vol.3 nº 1. 2004 pág10.

La reparación en sistema jurídico penal de sanciones.

Como se ha señalado anteriormente, el Derecho Penal se ocupa de la relación del Estado con el delincuente, de modo que la víctima aparece en el proceso penal solo como testigo. Esta diferencia entre la relación del delincuente con el Estado, de un lado y con la víctima de otro, parece obvia desde la perspectiva lógica y jurídica; sin embargo, en el ámbito político social trae consecuencias negativas. Por una parte al penalizar al delincuente se dificulta, o incluso impide que éste repare el daño. Quién se ve privado de su libertad, consecuentemente pierde su trabajo y difícilmente podrá indemnizar a la víctima. Por otro lado el castigo reduce la voluntad del delincuente a favor de la reparación porque percibe que su delito ha sido retribuido con la pena y no hay razón alguna para otras prestaciones. No obstante esta dificultad, en la mayoría de los países se ve disminuida al incorporar la reparación del daño a través del derecho civil mas no, incorporada como sanción jurídico penal.

Ante esto, las más recientes consideraciones políticas criminales y la teoría de los fines de la pena incorporan a la reparación como un elemento relevante. Existe amplio consenso internacional de que la función de la pena está en la prevención, continuando la discusión sobre si prima la prevención especial o la general de que la reparación contribuye al cumplimiento de ambas.

Si bien durante la post guerra la prevención especial cumplió un papel preponderante en la política criminal internacional (creyendo que mediante el tratamiento podría educarse a los delincuentes), hasta ahora no ha sido posible encontrar una respuesta final para esta "resocialización" mediante el tratamiento. Si a esto se le suma la discusión sobre el tratamiento obligatorio y por ello las penas indeterminadas y, que la pena privativa de la libertad se contempla como un obstáculo a la resocialización, la reparación podría ser

entendida como una nueva vía para la prevención especial. Al utilizar la reparación para establecer una nueva relación entre el delincuente y la víctima, se motiva al delincuente a enfrentarse con el delito y sus consecuencias sociales. Si este compromiso de reparación con la víctima exime al delincuente de las consecuencias nocivas y discriminatorias de la privación de la libertad y le da un valor social a su acción a nivel personal, es más efectiva la posibilidad de lograr la resocialización.

Para la prevención general tiene la misma importancia. En términos de la prevención general negativa (intimidación de la comunidad), sabemos hoy que el efecto intimidatorio depende más de la vigilancia policial y los procedimientos de investigación que de la ley y su eventual condena, además que la mayoría de los delitos se comenten esperando no ser descubiertos. Desde ahí que la prevención general positiva -la facilitación al ciudadano de una actitud afirmativa frente al orden jurídico a través de la ley penal- y la administración de justicia parece ser más importante. Esto puede ocurrir a través de tres formas (Roxin):

- a) Por el efecto didáctico que se produce cuando la ley se interpreta públicamente.
- b) Por el efecto de confianza que se logra cuando la comunidad percibe el cumplimiento del derecho y
- c) Por el efecto de satisfacción que se alcanza cuando se percibe que se elimina la perturbación social ocasionada por el delito. Es decir, el reestablecimiento de la paz jurídica.

La reparación cumple, en este sentido, una función que ni la pena, ni las medidas de seguridad logran. Con el castigo la perturbación social que genera el delito no desaparece, puesto que el perjuicio de la víctima permanece. Sólo cuando ésta es repuesta en sus derechos podemos decir que el conflicto social

se ha resuelto satisfactoriamente y el delito se puede considerar eliminado. A esto Roxin le llama “prevención por integración”²⁸, la tarea del Estado que procura la satisfacción social en todos los ámbitos.

La importancia de la reparación para esta prevención por integración se apoya en dos realidades; la primera se relaciona con el hecho de que la víctima ocupa en la actualidad el punto medular de los esfuerzos en cuanto a criminología y política criminal se refiere. La victimología concita, ya desde la década de los 80, una extraordinaria resonancia internacional. A modo de ejemplo, la Organización de Naciones Unidas, en 1985, establece su Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, enunciando en su punto nº 4 que: “(las víctimas)...tendrán derecho al acceso a los mecanismos de justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”²⁹

Por otra parte, la urgencia de que se admita y valide la reparación en el sistema jurídico penal de sanciones, atraviesa por el gran impacto de aceptación que ésta tiene en la población. “Estudios en América, Japón y Alemania han revelado que la víctima y la comunidad consideran más importante una reparación amplia, en los delitos de pequeña y mediana gravedad, que el castigo del delincuente”³⁰ A partir de estos estudios, se observa que la comunidad muestra más interés en la función integradora de la prevención que en el supuesto efecto de intimidación propio de la prevención general negativa.

²⁸ Roxin Claus, La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones. Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften de la Universidad de Munich. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, 1990 P. 21

²⁹ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder. Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

³⁰ Roxin (1990), Ibid, p.22

De esta forma, la reparación puede ampliar y complementar el repertorio de reacciones jurídico penales, en tanto que el delincuente es tratado de un modo más humano y a la víctima se le considera en forma más eficaz de lo que había sido posible hasta ahora. De aquí, entonces, que Roxin llama a la reparación la "tercera vía de sanción". No la considera una pena ni un fin penal autónomo, sino como una vía al servicio de la prevención especial y general. La considera como sanción autónoma, como una tercera respuesta posible al delito, junto a la pena y las medidas de seguridad a las que puede moderar, pero también sustituir.

La reparación se legitima dentro de la teoría jurídico penal, en el principio de subsidiaridad, que asume a la pena como la injerencia más grave en la libertad de las personas, y que sólo puede utilizarse cuando no existe otro instrumento más suave para el mantenimiento o la restauración de la paz política y social.

Ventajas de la inclusión de la reparación en el Derecho Penal

La reparación y el acuerdo de compensación han encontrado una gran aceptación en las más actualizadas discusiones en materia de política criminal debido a las ventajas que, en distintos ámbitos, ofrece (Roxin. 1999).

- Para la víctima: la víctima resulta indemnizada en forma rápida sin costo ni esfuerzo propio. Antes de su inclusión la víctima debía invertir tiempo y dinero para reclamar ante los tribunales civiles, y el proceso penal tradicional, generalmente, no permite indemnización del perjudicado.
- Para el autor: el delincuente o infractor tiene la posibilidad de, mediante una reparación rápida y voluntaria, atenuar su pena y, en caso de una suspensión condicional del procedimiento, ver extinguida las

consecuencias penales del delito. En este caso y en forma excepcional es posible que converjan los intereses de la víctima y el autor, principal fortaleza de este modelo.

- Para la administración de justicia: en este modelo el autor, como tal, presta por sí mismo la indemnización de perjuicio evitando procesos civiles y, en el caso penal, largos juicios con mayor costo o mayor gasto de recursos, ya que la solución se basa en el acuerdo entre autor y víctima, y los hechos sometidos a enjuiciamiento quedan fuera de discusión.

Dentro del proceso penal merecen también consideración aquellos delitos que no han generado daños que sean susceptibles de reparación. Por ejemplo, los delitos frustrados o los que involucran riesgos (por ejemplo conducción en estado de embriaguez sin haber provocado accidente). En estos casos, Roxin señala la posibilidad de una "reparación simbólica", consistente en que el autor, por ejemplo, pudiese pagar una multa a un fondo de compensación de víctimas o prestar algún tipo de servicio a instituciones de la comunidad. Esto mismo opera en los casos en que el autor no esté en condiciones de aportar reparación de tipo material (la reparación no podría ser sólo asequible para aquellas personas económicamente solventes), casos en los que se puede prever una reparación mediante aportes de carácter laboral.

En definitiva, la reparación representa una nueva forma de sanción cuya característica principal radica en que no se le impone al autor, sino que es éste quien asume la responsabilidad y colabora activamente para reestablecer la paz social perturbada por su acción. De esta forma el Derecho Penal se aproxima de mejor manera a la realidad social donde, mediante la reposición de los daños y la reconciliación, se realiza en lo concreto una acción positiva; transitando con ello desde las atribuciones simbólicas a la solución social de los

conflictos, en que tanto víctima como infractor aparecen como partícipes coactuantes.

5. EXPERIENCIAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL EN OTROS PAISES COMO REFERENTES PARA EL ANÁLISIS DE LA REALIDAD EN CHILE.

Es importante destacar que tanto la filosofía, como la práctica de la justicia restaurativa aún están en fase de desarrollo, pese a que sus inicios se remontan hace casi treinta años.

El primer intento de práctica restaurativa en justicia criminal documentado se encuentra en Canadá (Kitchener, Ontario) en 1975. El caso está referido a dos jóvenes que iban a ser juzgados por vandalismo en su barrio. El agente de libertad vigilada convenció al juez a cargo que, en vez de imponer la libertad vigilada y una multa, les impusiera, como condición de libertad a los jóvenes, encontrarse con las víctimas para discutir la forma de compensar los perjuicios causados. De este modo se inició en Ontario el primer programa de reconciliación entre víctima y ofensor, constituido por sectores de la iglesia, del gobierno y de grupos comunitarios.

La evaluación del proyecto reveló que las víctimas le daban mayor relevancia a la posibilidad de ser escuchadas, de hacer preguntas, de explicar cómo se veían afectadas, de pedir resarcimiento, de ver que el infractor estaba arrepentido y que éste obtenía ayuda. A su vez los infractores valoraban el ser escuchado por sus víctimas y el poder negociar la reparación de los daños³¹

³¹ Coates y Gehm an Empirical Assessment en Mediation & Criminal Justice (Wright, M & B. Galaway Eds.), SAGE, Londres 1989.

A partir de esta experiencia se desarrollaron una serie de iniciativas a finales de los años 70' del siglo pasado en Estados Unidos, y a comienzos de los 80' en países europeos como Austria, Alemania e Inglaterra. En todos los casos los resultados de las experiencias y, por lo tanto, el reporte realizado tanto por infractores como por las víctimas, fue positivo.

Los beneficios que aporta la justicia restaurativa a víctimas e infractores se puede señalar de la siguiente manera³² :

Para las víctimas:

- la necesidad de información sobre lo que está ocurriendo en su caso.
- beneficiarse de que alguien (el mediador) escuche con una actitud positiva su experiencia.
- la oportunidad que le respondan preguntas sobre por qué el hecho delictivo ocurrió (por ejemplo, por qué a mi).
- oportunidad de decirle al infractor como se vio afectada.
- oportunidad de pedirle al infractor compensación o reparación de algún tipo.
- oportunidad de recibir una disculpa y ver como el infractor se siente arrepentido.
- la oportunidad de ayudar al infractor.
- la posibilidad de enfrentarse al infractor (es) en igualdad de condiciones.
- participar activamente en la toma de decisiones respecto a su caso.

³² Guy Masters. Ponencia presentada en el Seminario "Adolescentes e infractores, Privación de Libertad y Soluciones Alternativas", Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. Abril 2002.

Para los infractores:

- reconocer su responsabilidad y hacerse cargo de lo que han hecho, escuchando y admitiendo el daño causado.
- mostrarse desde una perspectiva positiva al contestar las preguntas y dar explicaciones.
- posibilidad de pedir perdón.
- posibilidad de proponer y realizar acciones para reparar el daño.
- oportunidad de participar activamente en la toma de decisiones en su caso.

Considerando estas ventajas, no es extraño que cada vez más países incorporen en sus legislaciones, especialmente en ámbito de la justicia juvenil, enfoques restaurativos.

Por ejemplo: en Austria se promulgaron leyes que permitían la mediación entre la víctima y el infractor como alternativa al enjuiciamiento, en que el fiscal puede optar por la mediación en vez del juicio. El servicio de mediación cuenta con seis meses para evaluar si víctima e infractor logran alcanzar un acuerdo sobre lo ocurrido y sobre la forma de reparación, y si el infractor colabora con este servicio es posible sobreseer el caso (alrededor del 10% de los infractores en Austria no ingresan al sistema de justicia penal gracias a esta vía).

En Nueva Zelanda, en 1990 se reformó el sistema de justicia juvenil, en el que se establece que sólo serían enjuiciados aquellos jóvenes que hubiesen cometido crímenes graves y reiteradamente. Esto supone que el 80% de los jóvenes son tratados mediante amonestaciones de la policía sin ser derivados a tribunal, lo que implica el involucramiento del joven en alguna actividad de su comunidad, la mediación con la víctima o el pago de una compensación. Otro 10% es derivado a una conferencia de grupo familiar en que se discute el delito y su forma de enfrentamiento con la participación de amigos y cercanos, tanto

del joven como de la víctima además de profesionales que asesoran sobre programas disponibles para ayudar al infractor, quedando la decisión en manos de este grupo.³³

En Bélgica (Lovaina), desde 1987 se aplican programas extrajudiciales de mediación penal entre el autor del delito y la víctima. Primero, organizaron proyectos de mediación en procesos con menores; luego, en 1993 se dieron inicio a proyectos de mediación restauradora entre adultos implicados en infracciones graves y desde 1996 tiene un programa restringido de mediación local a nivel de policía. En el mismo país, el Ministerio de Justicia estimula también el desarrollo de actividades experimentales de mediación con formas de criminalidad más graves. Actualmente en el sector de Lovaina se practican, por tanto, tres proyectos de mediación:

- a) La mediación con menores de edad en donde se fomenta que los jóvenes que se declaren culpables de un hecho punible asuman, con el respaldo de sus padres, la responsabilidad de la reparación de los daños que hayan causado. En este tipo de mediación, los mediadores intentan llegar a un acuerdo entre el menor, sus padres y la víctima.
- b) La mediación reparadora orientada a los adultos, está centrada en la víctima y mayores de edad autores de infracción grave, y afecta a aquellos delitos que serán objeto inevitable de la acción de la fiscalía. Por medio de conversaciones con cada una de las partes y/o con ambas e, independientemente de la evolución judicial del caso, el mediador intenta llegar paulatinamente a un acuerdo sobre la reparación integral o parcial del daño material o inmaterial. La fiscalía es informada de los resultados obtenidos. Si se llega a un acuerdo, éste es firmado por ambas partes y se adjunta al expediente judicial. En caso contrario, el expediente hará mención a la audiencia de acuerdos. En ambos casos,

³³ Guy Masters. Op Cit1 Pág 7

el hecho de obtener un acuerdo y el contenido de aquel, van a influenciar el juicio y la evolución del caso judicial.

- c) La mediación local a nivel de policía que se aplica en aquellos casos que presentan daños materiales restringidos (hurtos de pequeño monto y vandalismo entre otros). En este tipo de mediación el mediador intenta obtener, tan rápido como sea posible después del hecho, un acuerdo entre el autor y la víctima en virtud del cual el autor procederá a la indemnización total o parcial del daño. En general, este acuerdo constituirá para la policía un motivo de renuncia a las diligencias judiciales.

En España, antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la única forma por la cual la víctima de un delito podía obtener la reparación de los daños materiales y morales derivados de la acción delictiva, era por la exigencia de la responsabilidad civil. Ésta demostró ser insuficiente en la efectiva reparación a la víctima y la tutela de sus intereses.³⁴

El Código Penal de 1995 permite la reparación a la víctima del delito como una circunstancia que el juez puede tener en consideración para los efectos de otorgar al infractor de determinados beneficios jurídicos, como la atenuación de la pena, la sustitución o la suspensión de aquella que ya se haya impuesto. Por otro lado, se tipifican distintos delitos y faltas que sólo se persiguen mediante la denuncia del perjudicado. En estos casos, un proceso de mediación puede facilitar la obtención de un acuerdo, en el cual el perjudicado es considerado plenamente reparado y como consecuencia retira la denuncia y el juez puede archivar la causa.

³⁴ Programa de Mediació i reparació en la Jurisdicció Penal. Servei d' Assessorament Tècnic i d' Atenció a la Víctima. Maig 2002. Generalitat de Catalunya Departament de Justícia.

El contenido de la reparación debe ser acordado entre el infractor y el perjudicado y puede consistir en una de las tres formas previstas en este Código: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. En este sentido, ha de ser la naturaleza del delito y la voluntad de las partes la que determine la forma de reparación más adecuada de compensar el desequilibrio producido y, si es posible, obtener la íntegra restitución, es decir, volver al estado anterior a la comisión del delito. No obstante, puede convenirse la mejor satisfacción de los intereses de las partes mediante una prestación del todo diferente al daño originado.

En este contexto se implementa un programa de mediación y reparación dependiente del Departamento de Justicia del la Generalitat de Catalunya, cuyos objetivos apuntan a cuatro ámbitos: sistema de justicia, infractor, víctima y comunidad.³⁵

Para el sistema de justicia:

- Promover actitudes que faciliten la responsabilización y la reparación y que procuren, en consecuencia, atenuar o sustituir la pena, en aplicación de los beneficios previstos en el Código Penal.
- Contribuir a que la intervención de la justicia sea una ocasión para el restablecimiento de la paz social entre las partes en conflicto.
- Garantizar procesos de reparación y de solución de conflictos respetuosos de los derechos, garantías e intereses de los involucrados, que den como resultado acuerdos reparadores libremente asumidos.

³⁵ Op. Cit 1 Pág. 19 y 20.

Para el sujeto infractor:

- Hacerse responsable de las propias acciones y su consecuencia.
- Participar voluntaria y activamente en la mediación entre él y la víctima.
- Participar en la búsqueda de las soluciones al conflicto. Compensar y reparar a la víctima.
- Obtener los beneficios previstos en el Código Penal.

Para la víctima:

- Tener la oportunidad de participar en la resolución del conflicto que le afecta.
- Participar voluntaria y activamente en la mediación con el presunto infractor.
- Ser reparada de los daños y perjuicios sufridos y la recuperación de la tranquilidad personal.

Para la comunidad:

- Reforzar la apropiación de la justicia por parte de los ciudadanos y posibilitar formas participativas para la resolución de los conflictos.
- Potenciar formas alternativas de reacción por parte de la justicia que, en vez de estigmatizar y reforzar diferencias, acerquen intereses comunes favoreciendo la convivencia y la prevención del delito.

Respecto de lo que sucede en los países de la región latinoamericana, podemos mencionar la experiencia de Argentina donde, a partir del año 1998 comienza a regir el nuevo Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Buenos Aires, cambiándose así los paradigmas procesales existentes hasta ese momento. En ese año, comienza a funcionar el Centro de Mediación Penal de

Buenos Aires y, paralelamente, un Centro de Asistencia a las Víctimas del delito.

El proceso se inicia con el ingreso de las instrucciones penales preparatorias en un expediente que se tramita en forma separada de las instrucciones penales preparatorias principales, que dependen directamente del fiscal de instrucción a cargo. La derivación se hace por medio del fiscal, por pedido de la víctima per se, o por intermedio del Centro de Atención de Víctimas del Delito; por pedido de los ofensores, por intermedio de la defensa (particular u oficial) y por disposición del Juez de Garantía. Se estudia la existencia de elementos básicos para su admisión formal y se realizan las citaciones a las víctimas para evaluar la posibilidad de seguir adelante con el proceso. Posteriormente, se cita al denunciado y sus colaboradores y, del resultado de tales entrevistas, se sabrá si es posible realizar un acuerdo de mediación penal. El proceso se caracteriza por la voluntariedad y la confidencialidad, además de ser ágil, dinámico y corto en el tiempo. Luego se procede a un seguimiento destinado a verificar el cumplimiento de estos acuerdos. Finalmente el acuerdo de mediación, en caso de obtenerse, tiene efectos directos sobre la instrucción penal preparatoria principal (se sigue la misma tendencia del Código procesal Penal de Mendoza, Neuquén y Rosario del mismo país). El acta de mediación suscrita puede ser presentada, además, para su homologación ante el Tribunal o Juez correspondiente.

6. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS Y MEDIACIÓN.

Desde las últimas décadas, se ha venido desarrollando un interés creciente a nivel mundial por la resolución alternativa de conflictos (RAC), movimiento que se nutre desde distintas concepciones y corrientes de pensamiento contemporánea, en el ámbito científico, filosófico y práctico.

Constructos contemporáneos

a) Los procesos de democratización y descentralización en la toma de decisiones.

Los mecanismos de RAC se basan en filosofías democráticas y descentralizadas, donde lo que se plantea es que las partes involucradas en los conflictos son quienes tienen en sus manos, no solo la posibilidad de discutir los temas que les atañen, sino de decidir las soluciones a éstos.

Que esta tendencia cobre importancia en la actualidad no es casual, puesto que responde a una situación de contexto, dada por el cuestionamiento de los pasados sistemas dictatoriales, situaciones bélicas y distribución de los poderes en la sociedad, centrales en el desarrollo del siglo XX y coyunturales para el surgimiento de la RAC. Este cuestionamiento, además, ha permitido que en la actualidad, contemos con sistemas que, aún no siendo infalibles, son más liberadores y participativos que los existentes a principios del siglo pasado.

b) Movimientos por la no violencia.

Si bien los movimientos por la no violencia, en lo que respecta a sus discursos y prácticas, tienen referente en siglos anteriores, el desarrollo del siglo XX, y a propósito de sus características históricas, ha tenido exponentes de increíble envergadura e impacto social, tales como Martin Luther King, Mahatma Gandhi y Nelson Mandela.

Cada uno de ellos y de acuerdo al contexto del momento, promovió y puso en práctica formas no adversariales y no violentas en la búsqueda de soluciones frente a conflictos extremos.

En este sentido la RAC sigue este enfoque (no adversarial y no violento) y, por tanto, busca encontrar soluciones donde no existan ganadores ni perdedores, considerando las necesidades de las partes involucradas de un modo holístico.

Así, lo que se persigue es asumir los conflictos en forma global y activa, de manera confrontacional y asertiva. Al respecto, se puede decir que desde el punto de vista de Gandhi y Luther King, la no violencia no es entendida como pasividad ante un hecho injusto, tampoco como aceptación de estructuras sociales que abusan del poder; al contrario, ambos son claros promotores de confrontaciones asertivas frente a la violencia institucionalizada, permitiendo con ello que el "otro" involucrado pueda responder de un modo humanamente digno. En definitiva, se emplaza a la otra parte, al "enemigo", a ofrecer también respuestas no violentas.

En palabras de Mahatma Gandhi:

"...la no violencia y la cobardía son términos contrarios. La no violencia es la mayor virtud, la cobardía es el mayor vicio. La no violencia siempre sufre, la cobardía provoca sufrimiento. La no violencia perfecta es la mayor valentía. La conducta no violenta no es desnaturalizante, la cobardía siempre lo es..."

“...No busquemos satisfacer nuestra sed de libertad bebiendo de la copa de la amargura y el odio. Debemos conducir para siempre nuestra lucha por el camino elevado de la dignidad y la disciplina. No debemos permitir que nuestra protesta creativa degenera en violencia física. Una y otra vez debemos elevarnos a las majestuosas alturas donde se encuentre la fuerza física con la fuerza del alma. La maravillosa nueva militancia que ha envuelto a la comunidad negra, no debe conducirnos a la desconfianza de toda la gente blanca, porque muchos de nuestros hermanos blancos, como lo evidencia su presencia aquí hoy, han llegado a comprender que su destino está unido al nuestro y su libertad está inextricablemente ligada a la nuestra. No podemos caminar solos...”³⁶

c) Los avances en la psicología

La ciencia de la psicología, desde su desarrollo, y a través de sus diferentes disciplinas, ofrece una serie de constructos y herramientas que entrega elementos de gran valor para la comprensión del ser humano y su relación con el entorno, de la comunicación y el conflicto.

Podemos mencionar, entre otros, a la psicología social en cuanto al comportamiento del ser humano en los distintos grupos a los que pertenece, el psicoanálisis con su concepción del inconsciente, las ciencias de la comunicación, con el análisis del lenguaje y el poder y los distintos estilos y modos de comunicación.

³⁶ Martin Luther King. “Tengo un Sueño”. Discurso pronunciado en las gradas del Lincoln Memorial durante la histórica Marcha sobre Washington. DC el 28 de agosto de 1963 .

La Resolución Alternativa de Conflictos comprende una serie de mecanismos dirigidos a la solución pacífica de las controversias. Su finalidad primordial consiste en la búsqueda de la justicia y la promoción de la paz social dentro del contexto de la no – violencia. Estos mecanismos se caracterizan por ser de naturaleza alternativa y no sustitutiva respecto del proceso judicial. Con su existencia, lo que se pretende es generar opciones para resolver pacíficamente los conflictos, no sustituir o corregir la actuación del Poder Judicial y/o privatizar la administración de justicia.

El objetivo de estos mecanismos consiste en ampliar las posibilidades del ciudadano para resolver satisfactoriamente sus diferencias, procurándose un clima social más pacífico, mediante la recuperación del diálogo en sociedad

Los mecanismos RAC coexisten con los procesos judiciales, interviniendo cada uno en su propio ámbito (sin que se entienda que uno invada la esfera de actuación de otro), en virtud de la utilidad que cada mecanismo presente para la resolución de un conflicto en concreto.

Finalidad de los Mecanismos RAC

- **Pacificación Social:** a través de la utilización de estos mecanismos mejora la comunicación entre las personas y fomenta que estas busquen resolver sus conflictos de manera pacífica, mediante acuerdos que satisfagan los intereses de todos los involucrados.
- **Acceso efectivo a la Justicia:** cuando los conflictos son abordados directamente por los involucrados, las soluciones posibles surgen desde la propia voluntad de éstos, sin llegar necesariamente a mecanismos

judiciales; las partes llegan al acuerdo que consideran justo y adecuado a sus intereses, elevando su nivel de satisfacción.

- Educación: mediante la utilización de estos medios alternos, las personas mejoran su comunicación y aprenden a resolver, por sí mismos, sus propios conflictos.
- Descongestión de los Tribunales de Justicia: las partes resuelven sus problemas por sí mismas, al margen de las formalidades propias del proceso judicial, con lo que se puede generar una disminución de los asuntos que son tramitados y decididos por la Autoridad Judicial.

Principales Mecanismos RAC

De entre todos los mecanismos RAC existentes, podemos señalar los siguientes como los más importantes:

- Negociación : Mecanismo de resolución alternativa de conflictos en el que dos o más partes, previo reconocimiento de sus divergencias, dialogan directamente y deciden intentar llegar a un acuerdo sobre dicho asunto o disputa. Es un mecanismo directo, ya que las partes negocian frente a frente sin intermediarios. Este mecanismo es autocompositivo, voluntario, informal, flexible y está basado en el trabajo conjunto de las partes, dirigido a resolver la controversia planteada.
- Conciliación: Mecanismo mediante el cual dos o más partes en un conflicto buscan soluciones mutuamente satisfactorias a sus intereses, con la intervención de un tercero imparcial que facilita el proceso de comunicación.

Delimitación conceptual entre conciliación y mediación

Es importante realizar la siguiente acotación: Conciliación y Mediación comparten idénticas características, pero la conciliación se desarrolla dentro de los lineamientos de un proceso establecido por la legislación, ya sea a nivel administrativo o judicial. La conciliación se caracteriza por ser un mecanismo autocompositivo, voluntario y consensuado que funciona en cualquier momento del proceso judicial o administrativo y donde el acuerdo al que se llegue será obligatorio para las partes, al revestir carácter de cosa juzgada (en virtud de ser homologado por el Juez).

- Arbitraje: Mecanismo mediante el cual las partes someten el conflicto a un tercero imparcial denominado árbitro (individual o tribunal colegiado), con el objetivo de que este tercero lo estudie y decida, con carácter vinculante, la resolución del conflicto planteado. Es un mecanismo voluntario para los intervinientes, adversarial y heterocompositivo, ya que resuelve un tercero, no las partes. El acuerdo al que se llega, denominado laudo arbitral, es obligatorio al revestir carácter de cosa juzgada.

La mediación como Método Alternativo de Resolución de Conflictos.

La mediación puede definirse como:

“Un dispositivo no adversarial de resolución de disputas, que incluye un tercero “neutral” cuya función es ayudar a que las personas que están “empantanadas” en la disputa, puedan negociar en forma colaborativa y alcanzar una resolución de la misma”.³⁷

³⁷ Marinés Suares, “Mediando en Sistemas Familiares”. Ed. Paidós, Buenos Aires 2002, Pg. 28.

Los principios de la mediación son fundamentalmente cuatro: ideología, voluntariedad, neutralidad y confidencialidad.

a) Ideología:

La mediación parte de la premisa de que las personas poseen los recursos necesarios para resolver sus conflictos, y a través de ella se busca potenciar estas capacidades que, por momentos, pueden verse entorpecidas. De esta manera, los mediadores cumplen un rol radicalmente distinto a los jueces y consejeros, pues van a actuar como facilitadores en el restablecimiento y el aumento de las capacidades de comunicación y negociación.

Por otro lado, conflictos y disputas no son vistos como algo negativo, sino como una crisis, una oportunidad para el crecimiento y la evolución.

Los valores que se encuentran en la base de la mediación son la colaboración, el consenso, la confianza, y el respeto.

b) Voluntariedad.

La mediación es un proceso de carácter voluntario, lo que significa que, respecto a su procedimiento, todos los involucrados (las partes y el mediador) desean participar en él y, por ello, si en algún momento este deseo o voluntad se ve alterado, se respeta la decisión de abandonar el proceso.

Por este motivo, los resultados positivos que el procedimiento demuestra se deben, en gran medida, a que las partes participan en la construcción de la solución involucrando sus intereses y voluntades.

C) Neutralidad.

Este principio está referido a los mediadores y el rol que tienen en la mediación, y que está asociado a tres conceptos básicos:

- Imparcialidad: Concepto que implica que la actitud del mediador debe evidenciar una no toma de partido por ninguna de las partes involucradas en el conflicto.

Marinés Suares señala, en este sentido, que la comediación es una herramienta efectiva para el control de la parcialidad³⁸.

Este principio impone, además, una norma al mediador. La imparcialidad implica la no posibilidad de generar coaliciones con las partes, pues de lo contrario, se corre el riesgo de que la mediación se frustre.

- Equidistancia y Equidad: Estos conceptos plantean que, para que la mediación arroje resultados positivos, es necesario que el mediador mantenga igual distancia con ambas partes y les ofrezca la misma posibilidad (de tiempo, y disposición) para expresar sus puntos de vista frente al conflicto.

d) Confidencialidad.

Este principio implica que lo que se plantee, surja o nazca de la mediación solo quedará en dicho espacio, rigiendo el secreto para todo aquel ajeno al proceso (excluyendo el acuerdo).

El secreto profesional es una figura practicada por otras profesiones, pero que en el procedimiento de la mediación toma una especial relevancia, considerando la complejidad de la información que debe manejarse y la posición neutral entre dos partes en conflicto.

³⁸ Suares, M. Op. Cit 1, Pg. 35

Esto se puede observar claramente cuando, en los procesos de mediación, los mediadores pueden reunirse en forma privada con cada una de las partes, y en que la necesidad de manejar cautelosamente los datos entregados por estas se hace imprescindible.

Existen, de acuerdo a Marinés Suares, dos excepciones a este principio³⁹, en caso de que los mediadores, en el transcurso del proceso, tomasen conocimiento ya sea de la comisión de delito grave o de abuso de menores. Especial cuidado debe tener el mediador para evaluar en el contexto, si la información recibida responde a un hecho real o a un modo de manipulación de una de las partes, especialmente en materia de abuso de menores.

Finalmente, cabe señalar que a través del principio de confidencialidad se resguarda el ejercicio del mediador, ya que en caso de ser requerido por el sistema judicial, se encuentra eximido de declarar a favor (y por lo mismo en contra) de alguna de las partes.

Modelos de la mediación

De acuerdo a las aproximaciones teóricas en que se sustentan podemos identificar tres modelos generales de mediación:

1.- Modelo tradicional lineal o de Harvard (Ury, Fisher y Patton).

En este modelo la comunicación es entendida en sentido lineal, es decir, dos individuos se comunican y cada uno expresa su contenido. El mediador es un facilitador de la comunicación para poder establecer un diálogo como una

³⁹ Suares M. Op Cit 2, Pg 39

comunicación bilateral efectiva estando centrada, fundamentalmente, en lo verbal.

Para este modelo, el conflicto surge de un desacuerdo, por lo que es éste el centro de la atención, desestimando sus causas, el contexto y la percepción del pasado.

La metodología empleada es la ventilación del conflicto en el inicio, para evitar su aparición en el desarrollo del proceso; la imparcialidad y equidistancia del mediador, que no realiza alianzas con ninguna de las partes; ir del caos al orden, siendo las metas de este modelo el logro de acuerdos, disminuir las diferencias y aumentar las semejanzas entre las partes.

2.- Modelo Transformativo (Bush y Folger)

En este modelo, la comunicación es abordada desde su carácter relacional, y por ende, pone énfasis en la modificación de las pautas de relación entre las partes, quedando relegado a segundo plano la obtención de un acuerdo final.

Se busca empoderar a los involucrados en el conflicto, potenciando su protagonismo a través del hacerse cargo, responsable de sus acciones.

Al mismo tiempo, busca la capacidad de reconocimiento del co protagonismo del otro en la resolución del conflicto. Por lo tanto, a diferencia del modelo anterior, se centra más que en la obtención del acuerdo, en la transformación de las relaciones.

3.- Modelo Circular-Narrativo. (Sara Cobb)

En este modelo se parte de la premisa que la comunicación es un todo en el que participan las partes a través del lenguaje verbal y gestual. No existe

una sola causa para una determinada situación, sino una causalidad de tipo circular que se retroalimenta.

Se busca fomentar la reflexión a fin de cambiar el significado de la historia del conflicto, es decir, transformarla. Por ello, su método es aumentar las diferencias, legitimar a las personas, resignificar la historia y crear historias alternativas que permitan ver el conflicto desde diferentes ángulos

Ámbitos de la mediación.

Si entendemos el conflicto como un elemento ineludiblemente presente en todo el quehacer de la existencia humana, la resolución de éstos forma parte también de la cotidianidad.

Por ello, es posible señalar que los mecanismos de resolución de conflictos, especialmente la mediación, se encuentran presentes ya sea de forma establecida o natural, en las distintas esferas de la convivencia de las personas.

Desde el desarrollo de los distintos modelos de mediación, se han elaborado distintas aproximaciones teóricas y metodológicas para el abordaje de situaciones de conflicto en numerosas áreas, destacándose entre ellas el ámbito escolar (convivencia escolar en sus distintos estamentos, formación de mediadores escolares, educación en resolución alternativa de conflictos y otros); ámbito organizacional (negociaciones colectivas, mediación interlaboral); comercial, familiar (divorcios, herencias, pensiones de alimentos, régimen de visitas y otros) y penal (como se verá posteriormente, en la figura de los acuerdos reparatorios, de acuerdo al nuevo Código de Procedimiento Penal en Chile).

7. JUSTICIA RESTAURATIVA Y REPARACIÓN-MEDIACIÓN PENAL

En el año 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas solicitó a los Estados Miembros y Organizaciones Asociadas, observaciones respecto a la conveniencia y medios para establecer principios comunes en la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal.⁴⁰

En el análisis realizado se llegó al acuerdo de que las prácticas de justicia restaurativas, así como la utilización de medios tradicionales de solución de conflictos, debían considerarse como complemento de los sistemas de justicia establecidos y no como un mecanismo destinado a reemplazarlos.

De esta forma se elabora una declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativas en materia penal,⁴¹ en el que se reconoce a la justicia restaurativa “como una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.”

Definen como proceso restaurativo a “todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general, con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencia... por resultado restaurativo se entiende un acuerdo alcanzado como

⁴⁰ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Debate temático sobre la reforma de Sistema de Justicia Penal. Viena 2002.

⁴¹ Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social, anexo, modificado por el Grupo de Expertos Sobre Justicia Restaurativa.

consecuencia de un proceso restaurativo. (...) pueden incluir respuesta y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y el delincuente”.

Es conveniente destacar que el origen de la mediación penal se remonta al movimiento de atención y de compensación a la víctima. Por este motivo, generalmente, los casos de conciliación víctima – delincuente están referidos a víctimas individuales. No obstante, esta puede aplicarse a delitos sin víctimas o en aquellos en que la víctima es anónima.

En la mediación no se busca directamente un principio reeducativo aunque pueda ocurrir. A través de ella lo que se persigue es una mejora del clima social. No es sólo la pura y simple compensación del daño, sino que la mediación y la confrontación son aspectos importantes de un proceso dinámico entre víctima y delincuente, la discusión activa del problema y sentir que se es parte activa del conflicto en lo que se busca el origen del delito y los aspectos que derivan de la alteración que provoca el delito en la comunidad.⁴²

La conciliación víctima – delincuente, se ha de ubicar dentro del derecho penal y regirse según sus principios generales para poder decidir que es delito y quién es el delincuente y la víctima; sin embargo, la solución al conflicto se logra de forma extrajudicial donde no imperan las reglas del derecho penal como la proporcionalidad y el tipo de compensación.⁴³

En este sentido, la conciliación pretende arreglar un conflicto en el que alguien ha violado las normas y, por ende, alguien debe reparar. Por otro lado, quien ha sufrido esta violación tiene el derecho a ser compensado. Es

⁴² Pelikan, Christa en La mediación Penal: Cap. A una Justicia Restauradora. Esther Jiménez Salinas i Colomer. Revista del Centre d' Estudis Jurídics i Formació especialitzada. Nº 2 Juliol 2003. Pág 6.

⁴³ Hartmann, A. Begleitungsforshung für die Modellprojekte von Manchen und Landshut. Von 1989, Op Cit¹; en Jiménez E. Op. Cit¹ pág 6

importante desligar el concepto de conciliación de ideas moralistas o de exigir más allá del comportamiento reparador. Precisamente el éxito o fracaso de la mediación recae en el respecto de este principio. Para Christa Pelikan, la mediación se sustenta en dos principios, el de reconocimiento mutuo, es decir el reconocer al otro y a si mismo con plenas capacidades y plena independencia.

La mediación penal

Al referirnos a la mediación en el ámbito penal, es posible hacer una clasificación general de los distintos modelos existentes, de acuerdo a sus características principales, aún cuando, en la práctica, en muchos países estos modelos coexisten. (Dapena, J, 2003)

a) El modelo comunitario.

Este modelo surge a partir de las experiencias de mediación que en la década de los años 1970- 1980, se desarrollan en América del norte, y se basa en la consideración de que los conflictos emergen de las relaciones sociales, por lo que el trabajo se asienta en la misma comunidad, En este modelo participan en la resolución de los conflictos tanto las partes involucradas en este como el resto de la comunidad, considerando que son los ciudadanos quienes deben empoderarse del conflicto, pues es a ellos quienes le pertenece, y no al sistema de justicia que se los ha arrebatado.

El modelo sostiene que, para poder hacer efectivo un proceso de este tipo, han de ser los propios involucrados en el conflicto quienes soliciten, por su propia iniciativa, la mediación, para lo cual, como señala San Martín, Begoña (1997), "se requiere una comunidad viva, con raíces y preocupada por la

convivencia y la paz social, y un alto grado de reconocimiento de los servicios y personas que desarrollan la mediación”.

A través de este modelo se logra un objetivo adicional, relacionado con el reforzamiento de las relaciones comunitarias, la democratización en las tomas de decisiones y resolución de conflictos, y evitar que una serie de conflictos lleguen a la justicia penal.

Una de las críticas que se puede hacer a este modelo dice relación con las condiciones de aplicabilidad el mismo, considerando las particularidades de las diversas comunidades y sus procesos de desarrollo local. No obstante, a modo de ejemplo, puede documentarse que en Francia, en la localidad de Lyon, existe un programa denominado “Boutique de droit”, definido como un programa de mediación social ubicado en el marco de convivencia de la sociedad, basado en la idea de que la propia sociedad y las personas directamente afectadas han de asumir la solución de los conflictos de forma próxima y temprana al lugar en que se producen, a fin de evitar que tenga consecuencias más graves.⁴⁴

b) El modelo de derivación

Este modelo parte con la intención de desjudicializar casos constituyentes de delitos de pequeña y mediana gravedad, a través de la búsqueda activa de soluciones por parte de los involucrados que permitía una reparación a la víctima, con el apoyo de un mediador.

Estos procesos han evolucionado paulatinamente desde fuera del sistema, hasta ampliarse a las distintas etapas del proceso judicial, tanto antes del procedimiento, como durante y después de éste, con distintas consecuencias jurídicas para los implicados.

⁴⁴ Dapena J; La mediación y la reparación en el ámbito de la justicia juvenil” Barcelona 2003.

Estos procesos actúan en forma diferente, dependiendo de si los procedimientos penales en cuestión actúan, sobre los principios de oportunidad o legalidad. En el primer caso, el juez puede sobreseer la causa si se efectúa una reparación del daño y, en el segundo caso, los resultados de la mediación complementan el procedimiento penal ordinario.

c) El modelo institucional comunitario

Este modelo opera bajo la consideración de que algunos delitos pueden ser tratados fuera del sistema judicial, a través de servicios ubicados en el ámbito comunitario o municipal.

El propósito es promover capacidades de autonomía y autogestión al interior de la comunidad, con la finalidad de que sus miembros resuelvan conflictos de carácter penal sin ausencia de protección legal.

La referencia más clara es el sistema Noruego de Juntas Municipales de Mediación (Konfliktråd) que actualmente cubre los 450 municipios del país. Los objetivos esenciales del programa se basan en las ideas de Nils C sobre el conflicto y la justicia penal.

Como expone Siri Kemény, Directora de la JMM de Oslo, la experiencia se inició después de un debate generalizado en la sociedad noruega en los años 70 y 80, sobre la delincuencia y las formas de reacción. Desde 1981 a 1983, se desarrolló una experiencia piloto en un único municipio. La valoración positiva de la misma contribuye a promover la reforma del sistema de justicia y a extender el programa a todo el país como forma de reacción a la delincuencia de pequeña y mediana gravedad.⁴⁵

⁴⁵ Dapena, J. op. Cit.2 Pág 6

El Proceso De Mediación-Reparación

La mediación, en el ámbito penal, tiene como objetivo dar la oportunidad al imputado de hacerse cargo del daño causado a la víctima, conciliarse con ésta y resolver el conflicto.

El conflicto queda resuelto en la medida en que se repara el daño ocasionado y, por lo tanto, se restablece la paz social. De esto se desprende que los objetivos claves en el proceso o, dicho de otro modo, lo que la mediación pretende es: la responsabilización, la reparación y la solución del conflicto, objetivos que requieren ser reconocidos por la justicia penal.

De todas maneras es necesario hacer una distinción entre mediación y reparación. Mientras que la mediación se refiere al proceso en su conjunto, la reparación está referida a las acciones destinadas a compensar los perjuicios surgidos como consecuencia del delito, lo que no se logra exclusivamente a través de un proceso de mediación; pero al mismo tiempo, el proceso de mediación es reparador y compensatorio en sí mismo.

Con la finalidad de sistematizar un proceso de mediación penal, considerando los pasos generales de éste, es que a continuación se presenta el modelo utilizado por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, quienes desde el año 1998 se encuentran realizando procesos⁴⁶ de mediación penal, tanto en la justicia ordinaria como en la justicia especial de menores.

Este proceso de mediación está compuesto por diferentes fases, cada una de las cuales presenta objetivos específicos.

⁴⁶ Este modelo se recoge de documentos de trabajos y observación participante del programa de mediación Penal de la Generalitat de Catalunya, en el marco de una pasantía a España de una de las autoras, en Junio del 2004.

1. Fase de evaluación, de viabilidad y de entrada

Existe una primera evaluación determinada por el marco legal, que a su vez define la eventual derivación, de acuerdo a los aspectos específicos de los hechos y las personas involucradas. Esto es, el delito, el infractor o presunto infractor y la víctima. Esto establece la posición de las partes en relación al procedimiento penal que deben conocer para poder definir, posteriormente, el conflicto y darle solución al mismo en el marco del proceso de mediación

En general, se inicia el proceso a través de una entrevista individual con el imputado debido, fundamentalmente, a que es su decisión de participar en la mediación la que determinará el curso del proceso judicial (en caso de la suspensión o continuidad de éste). De esta forma se evita que la víctima construya falsas expectativas de una posible reparación antes de conocer, efectivamente, si el imputado asume alguna responsabilidad y se interesa en participar en la mediación y la reparación.

La entrevista inicial con el infractor está orientada a que explique su versión de los hechos, que los describa y valore sus consecuencias y sus vivencias, así como los aspectos relacionales entre las partes. Para iniciar la mediación es necesario que asuma algún tipo de responsabilidad con relación a los hechos y manifieste de forma explícita su interés por reparar a la víctima y participar en la mediación.

La entrevista con la víctima es un espacio de acogida y de escucha, en la que se le informa del interés del imputado por participar en la mediación y reparar el daño. La entrevista es un espacio orientado a que pueda explicar los hechos y sus consecuencias en el ámbito personal, vivencial y material, así como los aspectos relacionales y emocionales del conflicto. Cuales son sus expectativas con relación a la denuncia y a la intervención de la justicia, su interés en ser reparada y en participar en la mediación. La víctima tiene que

manifestar de forma explícita su interés y voluntad de participar en la mediación y de ser reparada. Sin este requisito no es posible iniciar el proceso.

Cuando la víctima y el infractor han sido escuchados por el mediador, han podido exponer sus razones y circunstancias, éstos están menos a la defensiva y se muestran más dispuestos a escuchar a la otra parte; se crean las condiciones para el encuentro, al tiempo que el mediador puede situarse y entender en que consiste el conflicto.

En ocasiones, esta fase se convierte en un proceso de mediación indirecta cuando las partes están dispuestas a solucionar el conflicto, pero no es posible un encuentro entre ellas, en este caso se hacen previsiones y se concretan acuerdos a través del mediador.

Los objetivos de trabajo del mediador en esta fase, por lo tanto, estarán centrados en los siguientes aspectos:

- Informar a cada una de las partes involucradas respecto al proceso de la mediación, sus características y objetivos, así como las consecuencias y responsabilidades que ésta implica, con énfasis en la voluntariedad y la confidencialidad.
- Garantizar un espacio diferenciado a cada una de las partes, en que puedan ser acogidos y expresar su visión del conflicto y sus intereses.
- Promover la reflexión y el diálogo respecto del conflicto y una perspectiva de confianza tanto con el mediador como con el proceso de mediación.
- Facilitar que el infractor y la víctima puedan decidir de forma individual y sin ningún tipo de coacción sobre su participación en la mediación.
- Obtener información sobre el conflicto, la posición de las partes, y su interés por participar en la mediación, y decidir si se dan las condiciones para

promover el proceso y, por lo tanto, un encuentro entre la víctima y el infractor.

- Preparar las condiciones para el encuentro directo entre las partes

2. Fase de encuentro

“El encuentro o encuentros son un elemento fundamental. Es el espacio donde se expone el conflicto, se habla de él. Las dos partes plantean sus razones, circunstancias, valores, intereses y emociones, y cada parte hace un esfuerzo por entender a la otra. El encuentro permite que las partes valoren el conflicto y el significado que tiene para cada una de ellas. Con la participación activa de las partes, la mediación cobra entidad propia y hace que tenga sentido para ambas. Surge el sentimiento de formar parte de la solución del conflicto, se crean las condiciones para concretar soluciones de mutuo acuerdo, de manera que permitan al infractor reparar el daño y a la víctima ser compensada” (Programa de mediación, Generalitat de Catalunya, 1996).

El mediador, en esta fase, debe presentar a las partes para luego informar a ambos las características del proceso (objetivo, reglas y funcionamiento), y confirmar el interés común por participar en la mediación.

Será tarea del mediador facilitar que las partes pongan de manifiesto su discurso, expliciten su versión de los hechos y del conflicto y puedan ser escuchadas por la otra parte promoviendo su protagonismo

Desde una perspectiva procesal, la fase de encuentro o de mediación directa entre la víctima y el infractor tiene tres etapas:

- Una etapa de diferenciación, en que las partes pueden expresar y describir los hechos y el conflicto, sus vivencias, problemas y consecuencias derivadas del mismo, y definir sus posiciones.
- Una etapa de unificación que facilite la comprensión del discurso del otro, la percepción de semejanzas y diferencias, los aspectos positivos, poniendo en juego la capacidad de cada uno para ponerse en lugar del otro y definir intereses.
- Una etapa orientada a definir soluciones y concretar acuerdos y desacuerdos

El mediador tiene que escuchar atentamente, procurando la escucha del relato de cada parte por la otra, favoreciendo un ritmo natural del discurso, ordenando y haciendo preguntas abiertas que faciliten la exposición, abran la conversación y eviten el bloqueo, y preguntas de carácter afirmativo, que faciliten la concreción.

La concreción de significados permitirá que las partes definan sus posiciones y se creen las condiciones para pasar a la etapa de unificar ideas, problemas y entender al otro y compartir la búsqueda de soluciones.

“En la medida que la gestión del proceso incrementa la comunicación entre las partes, el mediador trasladará de manera progresiva la iniciativa a las partes, potenciando que éstas sean protagonistas del proceso y de la solución del conflicto. Al mediador le incumbe crear no sólo una atmósfera franca y respetuosa sino también estimular activamente el proceso. Debe asegurarse de que las reuniones se desarrollan en un contexto seguro y que no será perturbada por desequilibrios de poder”. (Peters, T. Aertsen, I., 1994).

3. Fase de definición de acuerdos

Con frecuencia, es necesario encontrar soluciones a las cuestiones relacionales, emocionales, ofensas u otras, antes de poder pasar a concretar eventuales compensaciones de tipo material. Cada uno de los diferentes aspectos tiene que ser objeto de atención en la búsqueda de soluciones y en la concreción de acuerdos. Es tan importante la definición de los acuerdos como de los desacuerdos, ambos tienen que quedar claramente expresados en un documento formal que firmaran las partes.

“La solución del conflicto es el resultado de un proceso dinámico y participativo entre el infractor y la víctima del que son los verdaderos protagonistas” (Programa de Mediación, Generalitat de Catalunya, 2001).

Finalizado el proceso, el mediador informará al Ministerio Público del resultado del mismo, valorándolo de forma general, sin explicar lo que las partes se han comunicado en el mismo, y remitiendo el documento de acuerdos suscrito por las partes a fin de que lo tengan en cuenta en el marco del procedimiento penal.

V. MEDIACIÓN PENAL EN EL MARCO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y ACUERDOS REPARATORIOS.

Implementación de los acuerdos reparatorios y de la suspensión condicional del procedimiento en la V región en el marco de la Reforma Procesal Penal.

La implementación de la Reforma Procesal Penal en el país se organizó en cinco etapas a partir del año 2000. La primera etapa (diciembre del 2000) incorpora las regiones IV y IX; la segunda etapa (octubre del 2001), la II, la III y la VII; la tercera etapa (diciembre del 2002) la I, la XI y la XII; la cuarta etapa (diciembre del 2003), la V, VI, VIII y X, y finalmente una quinta etapa que incorporará a la Región Metropolitana en junio del 2005.

La V región tiene una población de 1.539.859 habitantes, lo que representa un 10,2% de la población a nivel nacional. Cuenta con 15 fiscalías y 63 fiscales.⁴⁷

De acuerdo a la Cuenta Pública Regional de Enero del 2005, desde el 1 de enero del 2004 al 31 de diciembre del 2004, ingresaron a fiscalía un total de 91.395 causas, de las cuales un 44,01% se concentran en las unidades locales de Valparaíso y Viña del Mar. Del total de causas un 34% corresponde a robos, un 22% a delitos contra las personas, un 17% a hurtos y un 27% a otros delitos.

Según esta cuenta pública un 3,5 % de las causas terminadas en este período, son por causal de una suspensión condicional del procedimiento y un 1,5% vía acuerdos reparatorios, lo que en total suma un 5% de casos

⁴⁷ Estadísticas nacionales del Ministerio Público en www.ministeriopublico.cl

terminados en que se han aplicado las salidas alternativas que ofrece el sistema procesal penal.⁴⁸

Estado del arte

Con el objetivo de tener una visión más amplia respecto de las salidas alternativas y su abordaje, se procedió a entrevistar a tres informantes claves en el tema, a saber: Secretario Regional Ministerial de Justicia V región, Sr. Edgardo Piquet; Fiscal Regional Sr. Jorge Abbott Charme y, por último, al jefe de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos Sr. Mauricio Salinas Chaud.⁴⁹

El procedimiento utilizado fue la aplicación de entrevistas semi-estructuradas, centradas fundamentalmente, en la forma y circunstancias en que se realizan las suspensiones condicionales del procedimiento y los acuerdos reparatorios, además de los alcances y proyecciones de estas figuras en el futuro.

De acuerdo al Fiscal Regional, existe un interés por parte de la Fiscalía por promover las salidas alternativas al procedimiento penal, en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos por la ley para tales efectos. Cabe señalar que se suman a los requisitos las instrucciones emanadas de la Fiscalía Nacional que restringen la aplicación de estas salidas.

⁴⁸ Otras causales de término son: archivo provisional (57,5%), principio de oportunidad (9,9%), término administrativo (8,4%), no inicio de la investigación (7,8%). Acoge req. proced. monitorio. propositic. Multa (3,7%), sentencia condenatoria (3,8%), sobreseimiento definitivo (1,0%), decisión de no perseverar (0,8%), sentencia absolutoria (0,2%) y otras causales de término (1,9%).

⁴⁹ Se consideró a éstos informantes claves debido a que juegan, desde sus cargos, un rol protagónico en la Política de Estado. En materia de Justicia el primero y en la participación directa en la implementación de la reforma en la región los últimos.

Respecto del acuerdo reparatorio, al ser víctima e imputado quienes lo protagonizan, el Fiscal señala que la participación del Ministerio Público se remite a la verificación de los requisitos para hacer viable la salida. Estos son el tipo de delito, el consentimiento y condición de la víctima, excluyendo aquellas situaciones en las que se estima, existe un interés público prevalente y en que la solución al conflicto penal debe ser, a su juicio, por la vía de una aplicación de una sanción al imputado.

Especial mención se hace a aquellos sujetos que, presentando conductas delictivas reiteradas, pudiesen obtener vía reparación del daño, una salida rápida y “conveniente”, ya que las víctimas podrían verse interesadas en recibir dicha reparación (o reposición de las pérdidas) más que en una sanción de tipo punitiva para el infractor. En cambio, en tales casos al Ministerio Público le interesará una persecución penal, considerando la reincidencia.

El Fiscal Regional reconoce la importancia que tiene la promoción y realización de acuerdos reparatorios y la dificultad que existe en “crear los espacios de negociación, espacios en los cuales víctimas e imputados puedan encontrarse, salir de la lógica del sistema de la persecución penal y sentarse en una mesa para poder llegar a algún acuerdo reparatorio.”

El Fiscal plantea que, efectivamente, si se están llegando a acuerdos reparatorios con el apoyo de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos, aunque en menor escala; sin embargo, se reconoce la dificultad que presenta el Ministerio Público para hacerse cargo de estos procesos, debido a las altas cargas de trabajo y al tiempo requerido para una mediación, tiempo del que no se dispone. En el mismo sentido, se enfatiza la posición de control en la que se encuentra el Fiscal, posición que, por cierto, no le permite conducir procesos de negociación. Se señala además -que el propósito del Ministerio Público no es la mediación, sino que la investigación y la persecución penal, por lo que si se entregasen recursos para negociación al interior de éste, “tenderán a ser

usados hacia la persecución penal y la atención a víctimas y testigos, pero en un orden proteccional y no a la satisfacción de sus expectativas.”

Por su parte, para el Jefe de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, los acuerdos reparatorios cobran sentido en cuanto a que “por un instante se devuelve un conflicto que originalmente le perteneció a la víctima que, por alguna razón se lo adueñó el Estado... y se lo devuelve para que ella se haga cargo de ese conflicto”.

Lo importante de la prestación que hace el imputado a la víctima está en el plano de la reparación, no está orientada a que éste se responsabilice por lo que ha hecho: “no está orientada a que el imputado asuma cierta responsabilidad frente su entorno social, sino que siempre va a estar centrada en la reparación”. En este sentido señala que, si el objetivo de las prestaciones que se le “obligan” al imputado apuntase a que no reincida, a que aprenda a valorarse o a prevenir el delito en terceros, no tendría que ver con la reparación, ya que los intereses de la víctima se focalizarían hacia “fines sociales más difusos ajenos a las problemáticas de las personas en concreto.”

Respecto a la forma a través de la cual se alcanzan los acuerdos reparatorios, el Sr. Mauricio Salinas señala que, en su Unidad, no se cuenta con alguna sistematización en el tema. Indica que, en algunos casos, el acuerdo reparatorio se logra cuando la Defensa manifiesta al Fiscal la disposición del imputado para reparar. En otras ocasiones es la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos la que, en un intento de acercar posiciones, conversa con una y otra parte para luego evaluar posibilidades de acercamiento. También es posible que víctima e imputado, por sí solos, lleguen a un acuerdo y se le informe de éste al Fiscal para la posterior sentencia. En todos estos casos no figura la mediación como procedimiento.

Finalmente, el Sr. Mauricio Salinas hace referencia al cumplimiento de los acuerdos alcanzados, para lo cual cumplen un rol de control y

acompañamiento, manteniendo el caso abierto hasta tener la certeza del resultado final (en la figura de una suspensión condicional del procedimiento).

Es así como se plantea la posibilidad de contar con espacios de mediación en diversas instituciones que permitan la factibilidad de llevar a cabo las “negociaciones”, que den como fruto los acuerdos reparatorios. El Fiscal Regional cita como ejemplo al Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso y al Centro de Mediación de la Cámara Regional de Comercio, a las que se han derivado con éxito algunos casos. El accionar de la Fiscalía consiste en entregar la información necesaria a las partes sin involucrarse, directamente, como institución. Principalmente porque no existe ningún procedimiento estructurado específico para estos fines. “...el modo queda a criterio de cada Fiscal y a su equipo de apoyo, ellos ven si es que es posible llegar a algún tipo de acuerdo reparatorio...”, cautelando la seguridad y la integridad de las víctimas.

Para el Fiscal Regional es importante contar con instancias de derivación en las cuales se puedan llevar a cabo los procesos de mediación- conciliación y plantea que éstas vendrían desde el ámbito público, o bien, del privado, pero sin fines de lucro. Instituciones con las que sería necesario mantener un flujo permanente y expedito de comunicación y retroalimentación.

Una visión más amplia la entrega el Secretario Regional Ministerial de Justicia de la V región, don Edgardo Piquet, quien hace referencia al interés que existe, desde las políticas públicas, por ofrecer alternativas distintas a la reclusión para el abordaje de algunos casos que requieren una diversidad de respuestas desde la justicia. En este sentido, reconoce la importancia de las salidas alternativas en la Reforma Procesal Penal, aún cuando reconoce lo incipiente de estas experiencias en el transcurso de la implementación de los nuevos procedimientos penales.

A su juicio, es preciso una conjugación de esfuerzos desde lo político y lo civil. Señala que si bien existen las voluntades, éstas requieren concretarse en acuerdos formales de trabajo conjunto. Indica, al igual que el Fiscal Regional que, al respecto, han aparecido iniciativas de parte de la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso y de la Cámara de Comercio, pero que aún no ha sido posible concretar procedimientos de trabajo conjunto de manera formal.

Por otra parte, reconoce que el país se encuentra en momentos de evolución respecto a una serie de aspectos relacionados con el desarrollo social, la justicia y derechos humanos, asociados a proyectos de ley y programas de gobierno, para lo cual se requiere, a su vez, continuar con los esfuerzos de información, capacitación e investigación, además de fortalecer temas como la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades.

En Marzo del año 2002 el Ministro de Justicia Sr. José Antonio Gómez declara “las leyes y los diseños de política pública, cuando funcionan en la práctica, ponen de manifiesto los particulares desafíos del entorno y la cultura... es seguro que esfuerzos crecientes de capacitación y una mejor comprensión de las funciones propias y ajenas permitirá, que con pleno respeto a las atribuciones de cada órgano, los operadores del nuevo sistema puedan elaborar entre sí rutinas que favorezcan, en el futuro, una coordinación más fluida y flexible”.

En el mismo discurso señala también que “la evidencia que hasta ahora disponemos, a puesto también de manifiesto una insuficiente utilización de los sistemas alternativos para la resolución del conflicto jurídico – penal. Es probable que el poco empleo de la suspensión condicional del procedimiento, del acuerdo reparatorio o del procedimiento abreviado, se deba a la falta de

incentivos para su utilización... es seguro que el Ministerio Público admite todavía una importante mejora en el funcionamiento hasta ahora exhibido”.⁵⁰

Es preciso, en síntesis, realizar algunas apreciaciones y alcances respecto de la información entregada por los informantes claves, fundamentalmente, por el Fiscal Regional y por el Jefe de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y testigos.

- Desde el Ministerio Público existe un reconocimiento importante de la oportunidad que las salidas alternativas ofrecen, en cuanto, no sólo significan una forma de racionalizar los recursos destinados a la persecución penal, sino también una vía facilitadora de resolución de conflictos penales de menor envergadura. En este sentido se puede apreciar una disposición favorable hacia la apertura de nuevas posibilidades para llevar a cabo estas salidas alternativas a través procesos de mediación.
- La Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, como órgano dependiente del Ministerio Público, tiene por misión cautelar la protección de los derechos y garantías de víctimas y testigos, por lo que todo el quehacer de los operadores se centra, fundamentalmente, en la víctima. Por ello, al hacerse cargo de los acuerdos reparatorios su posición es parcial, en tanto su objetivo es reparar a la víctima de los daños causados. No es esperable, por ende, que desde esta posición conduzcan procesos de mediación.
- Finalmente, cabe destacar el hecho de que la Reforma, en la región, lleva quince meses de funcionamiento, tiempo en el cual se han debido

⁵⁰ José Antonio Gómez, Ministro de Justicia, “La Reforma Procesal Penal: Un Nuevo Sistema de Justicia para un Chile Desarrollado.” Discurso pronunciado en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello en la inauguración de su año académico. 21 de Marzo del 2002.

efectuar las labores de coordinación, procedimiento y ajustes necesarios, propios de una primera etapa y que, sin duda, dejan una serie de desafíos por abordar.

Experiencias realizadas

Aunque como se ha descrito anteriormente, los órganos directamente relacionados a la Reforma Procesal Penal no cuentan con procedimientos concretos y únicos para conducir a los acuerdos reparatorios (Unidad de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía regional), en forma paralela se han desarrollado algunas experiencias incipientes en materias de mediación en el ámbito penal, principalmente basados en modelos extranjeros. Por una parte la Corporación de Asistencia Judicial cuenta con un Centro de Mediación de Conflictos que, principalmente, se orienta a resolver materias civiles, pero que en el último año, y como lo señala el Fiscal Regional, ha desarrollado algunos procesos de mediación evaluados como positivos por ésta entidad.

Por otra parte cabe destacar que se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de ley sobre Responsabilidad Penal Juvenil, en la que se incorpora, en forma sustancial, los acuerdos reparatorios para algunos casos.

Para este efecto, y como forma de preparar la oferta programática, previo a la aprobación y posterior promulgación de la ley, el Servicio Nacional de Menores, en conjunto con sus instituciones colaboradoras, ha desarrollado un Programa de Medidas Reparatorias, Mediación Penal y Servicios en Beneficios de la Comunidad, que en la región funciona desde agosto del 2004, a través de dos instituciones y con cobertura regional (Corporación de Asistencia Judicial y Asociación Cristiana de jóvenes). Lo interesante de esta propuesta piloto es que se presenta un modelo de mediación que recoge experiencias internacionales

(especialmente la Cataluña, España) con procedimientos y sistemas de monitoreo y evaluación.

Estos programas tienen por sujeto de atención a jóvenes de ambos sexos, entre 14 y 18 años, inculcados o imputados de delitos, por medida de protección de acuerdo al Artículo N° 29 de la Ley N° 16. 618, para jóvenes sin discernimiento y salidas alternativa del Código Procesal Penal, según los artículos N° 237, 238 y 241, para jóvenes declarados con discernimiento.

Su objetivo general es el “favorecer la responsabilización y la inserción social de los y las adolescentes inculcados de infringir la ley penal derivados por los tribunales competentes, cumpliendo sanciones no privativas de libertad, en un programa de reparación a la víctima y servicios en beneficio de la comunidad”⁵¹.

Para ello, cuentan con dos líneas de trabajo, servicios en beneficio de la comunidad y reparación a la víctima.

Los servicios en beneficio de la comunidad consisten en “la realización de actividades de cooperación por parte del la joven en interés de la comunidad durante un tiempo determinado en la resolución judicial. La intención es conseguir que el/la adolescente repare de manera simbólica el perjuicio ocasionado, tanto si ha sido una transgresión directa que afecta a los bienes públicos, como si ha sido una transgresión que afecta a otros derechos”.

Su objetivo es propiciar la cooperación del/la adolescente inculcado, en actividades de interés de la comunidad para que se responsabilice de sus acciones y repare los daños o perjuicios ocasionados.

Busca responsabilizar al adolescente de sus acciones y consecuencias; promover la reparación simbólica que el/ella pueda realizar a la sociedad del

⁵¹ Orientaciones técnicas para los programas de medidas reparatorias, servicios a la comunidad y mediación. Servicio Nacional de Menores, Santiago, 2004

daño ocasionado, a través de acciones útiles y concretas; procurar que el infractor descubra el sentido y la utilidad de los servicios sociales para la comunidad; promover la implicación de la comunidad en la resolución de conflictos de origen social, y procurar la participación activa de las instituciones públicas y las entidades de iniciativa social en la reinserción de los/as adolescentes.

Un aspecto importante en este sentido es la participación de la comunidad, la que se instituye como un factor relevante para la aplicación de medidas de reparación, ya que facilita los espacios para la incorporación y desarrollo de las tareas que deben cumplir los/as adolescentes, además de acompañar y supervisar el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

- Conlleva un elemento educativo en la acción reparatoria y en la resolución del conflicto en el seno de la propia comunidad, en el sentido que ofrece modelos alternativos de comportamiento y aprendizaje frente a disputas y tensiones que pudieran derivarse en infracciones.
- Con los propios recursos individuales y sociales de la comunidad ofrece la alternativa de resarcir, compensar o reparar los daños producto de la infracción a la adolescente infractor/a, a través de acciones concretas.
- Se favorece la percepción de una imagen positiva del adolescente infractor/a y una mejor disposición para aceptar su reinserción social e incluso una visión positiva de la propia comunidad sobre sus capacidades de resolver conflictos.

En la línea de trabajo de reparación a la víctima, los objetivos son:

- Lograr la participación activa del adolescente inculpado, en el proceso de mediación para la resolución del conflicto.
- Alcanzar el compromiso del/ la adolescente inculpado(a), de hacerse cargo de sus acciones y sus consecuencias.
- Compensar y reparar a la víctima, con el esfuerzo personal del adolescente.
- Ofrecer a la víctima la oportunidad de participar en la resolución del conflicto que le afecta.
- Hacer posible que la víctima se sienta compensada por los daños causados.

Las acciones del proyecto son llevadas a cabo en la figura de un delegado, sea este de mediación o de reparación, el cual tiene la misión de facilitar los procesos de reparación de parte del adolescente, ya sea con la víctima o con organizaciones sociales locales.

En este ámbito, la metodología se orienta a generar las condiciones para que el adolescente infractor y la víctima puedan desarrollar un proceso que los lleve a un acuerdo de reparación de parte del joven a su víctima, con la participación de un tercero mediador, que facilite este proceso.

La intervención está diseñada en fases o etapas, cada una de ellas con actividades específicas, destinadas al logro de los objetivos planteados y, si el proceso es efectivo, llegar a un acuerdo reparatorio.

a) Entrevista con el/la adolescente: Exploración previa que permite saber si se dan las condiciones necesarias para iniciar un proceso de mediación y reparación, la cual puede darse a través de entrevistas con el joven y su familia. En este espacio, los objetivos centrales son: Informar sobre el motivo de la intervención judicial, el significado del programa de reparación, el rol del delegado e incluso el derecho a desistir de realizar esta medida y las consecuencias de ello; conocer la actitud del adolescente en relación con los hechos, cómo los sitúa y qué nivel de responsabilidad asume por iniciativa propia. Qué vivencia y definición hace del conflicto y su motivación e interés para reparar a la víctima, así como también la capacidad que tiene para asumir todo lo que comporta el programa; conocer y valorar la visión que tienen los padres u otros adultos significativos del conflicto, así como también su disposición y apoyo respecto a la opción tomada por su hijo/a o adolescente a cargo.

b) Entrevista con la víctima: Un elemento central en la valoración de la factibilidad de llevar a cabo un proceso de mediación/reparación, es la voluntad de la víctima de ser reparada, y de las vías de resolución del conflicto que esta sea capaz de ver.

El primer encuentro con la víctima es realizado preferentemente por el juez, o el fiscal (en el caso de jóvenes declarados con discernimiento), y a petición de estos, a través o con la participación del delegado de reparación. (el delegado podría actuar en esta primera entrevista si el Juez de Menores así lo faculta; tratándose del juzgado de garantía, se procura participar de esta entrevista en conjunto con el fiscal o abogado querellante)

En esta entrevista los objetivos son informar a la víctima sobre los trámites hechos en las instancias jurídicas respectivas, sobre el ámbito de la justicia juvenil, el programa de reparación/mediación, el rol del

delegado/mediador y la voluntad del adolescente de reparar; conocer su versión de los hechos y las consecuencias que ha sufrido, tanto físicas y materiales, qué vivencia y definición tiene del conflicto y su motivación e interés para ser compensada.

Valorada positivamente la posibilidad de llevar a cabo un proceso de reparación/mediación, con el compromiso previo del adolescente y con el consentimiento de sus padres u otros, y contando con la participación de la víctima, se informa al Tribunal correspondiente de la viabilidad de la aplicación de la medida.

Entrevistadas las dos partes, el delegado (a), se acerca a una visión global del conflicto, teniendo presente lo más significativo para cada una de las partes y, qué definiciones y planteamientos pueden favorecer una solución. Valora que la mediación no sea contraproducente para ninguna de las partes, que éstas tengan interés en buscar una solución y en explicarse y escucharse mutuamente, que el o la adolescente esté dispuesto a reparar y la víctima tenga interés por ser reparada.

En estos contactos, el delegado prepara a las mismas para el encuentro, introduce elementos que posibiliten un cambio de actitud en cada uno de ellos para que flexibilicen sus posturas enfrentadas y puedan ver al otro de una forma más humana. El mediador contiene la crisis inicial que se ha generado a raíz del conflicto, trabajando con los sentimientos y fantasías negativas vívidas a consecuencia del delito; de este modo, facilita y ayuda a las partes a rescatar lo positivo que hay en ellas para llevarlo a la mesa de negociación en el día de encuentro. Esto permitirá que el/la joven y víctima aporten soluciones positivas y constructivas a su conflicto.

C) Concreción del Programa: El programa deberá priorizar, siempre que fuese posible, la participación de la víctima y la reparación directa a ésta como parte de la solución del conflicto.

En este proceso el contacto entre las partes es fundamental. Es un espacio donde se expone el problema, se aborda y se habla. Se crean las condiciones que permiten al adolescente reparar el daño y a la víctima ser compensada. Con la concreción de Acuerdos entre las partes y su cumplimiento, se crean las bases para solucionar el problema. Los acuerdos se instrumentalizan teniendo en cuenta los intereses y las demandas de la víctima y las posibilidades reparatoras del adolescente. El tipo de acuerdos al que se puede llegar es muy amplio: reparación "verbal", a través del diálogo, las disculpas, el compromiso de no reincidencia; aportar una prestación a la víctima mediante una actividad que esté relacionada con el hecho y tenga un sentido responsabilizador; compensación económica proporcional a las posibilidades del adolescente y su familia.

En aquellos casos en que la víctima es un organismo o institución, es posible que acuda un representante, de manera que permita la realización de la reparación.

Finalmente, los resultados del programa se informan al Tribunal, poniendo término al proceso según el contexto judicial que corresponda.

VI. HALLAZGOS Y REFLEXIONES

De la mediación penal y la justicia restaurativa

Luego de realizar una revisión sobre la mediación, su desarrollo en el ámbito penal, su estrecho vínculo con la justicia restaurativa y las experiencias que a nivel internacional se están llevando a cabo, se puede decir que los desafíos y proyecciones que este modelo de resolución alternativa de conflictos, en el marco de la Reforma Procesal de nuestro país, son múltiples y variados.

En primer lugar la mediación, al ofrecer un espacio de encuentro entre víctima e infractor, entre quien ejecuta el daño y quien recibe las consecuencias de éste, cumple una doble misión.

Por una parte permite a la víctima ser resarcida de los daños, causados y al infractor le da la posibilidad de enmendar activamente el mal cometido a través de la reparación, la que no sólo se remite al plano material sino que se abre a toda la gama de alternativas posibles. La víctima tiene la posibilidad de recuperar el estado anterior a la comisión del delito y, más aún, verse fortalecida por la experiencia de ser reparada al recibir disculpas; por poder comprender, de un modo directo, el por qué ocurrieron los hechos y con ello recuperar la tranquilidad personal .

Por otra parte, el infractor al verse enfrentado a la víctima, tiene la posibilidad de evaluar, dimensionar las consecuencias tanto directas como indirectas de su acto y reflexionar, desde esta nueva mirada, cual es la responsabilidad que le compete y hacer un intento deliberado y consciente por enmendar el daño ocasionado. Esto sin duda tiene repercusiones profundas en la autoimagen y, por lo tanto, en el posicionamiento del sujeto a nivel personal y

social, al validarse como un ciudadano capaz de revertir, al menos en parte, la situación de origen.

El espacio de mediación, entendido como un paréntesis extrajudicial, permite que víctima y victimario se encuentren en un espacio distinto, como partes involucradas en un mismo conflicto y que les ofrece la oportunidad de ser protagonistas y co-constructores de los acuerdos a que se lleguen. De esta forma, y con ayuda del mediador, ambos pueden ejercitar la empatía, ponerse en el lugar del otro y de este modo reducir las diferencias profundas que inicialmente los convoca.

Esta situación supone una transformación tanto a nivel individual como relacional. A nivel individual, promueve el ejercicio de habilidades comunicacionales de expresión y comprensión que facilitan la introspección y que, en definitiva, puede conducir a un cambio cognitivo enraizado en una experiencia altamente significativa. Esto es posible en la medida que, en el transcurso de la mediación, ambas partes se transforman en co-fundantes de un modo diferente de interacción en base a una experiencia conflictiva compartida, teñida por aspectos negativos y que, en cualquier otro contexto tendría un carácter por lo menos confrontacional.

En un nivel distinto, este proceso de encuentro y oportunidad para los protagonistas reviste características sociales importantes, pues conllevan repercusiones que superan los márgenes propios de la mediación. En este sentido, la experiencia vivida por cada una de las partes tiene un efecto significativo en sus redes sociales más cercanas, tanto en lo relativo a la valoración del sujeto como actor en pleno ejercicio de sus capacidades y responsabilidades, así como en la percepción del otro en conflicto como "legítimo otro", también capaz de las mismas facultades. Esto se hace especialmente relevante, en consideración a que gran parte de los conflictos penales se dan entre grupos social y culturalmente distintos, en los que co-

existen percepciones negativas del otro, estigmatización y discriminación, distancias que pueden ser acortadas a través de estos espacios de encuentro, reflexión y compromiso para la acción.

Cabe señalar que la transparencia y el carácter público de los procesos penales permite que, no obstante la mediación sea un proceso privado y confidencial, los resultados en términos de acuerdos reparatorios y/o suspensiones condicionales del procedimiento sean conocidos por la comunidad. De esta manera, es posible pensar, en un mediano plazo, en el fortalecimiento de las capacidades de resolución de conflictos naturales en las comunidades y su cotidianeidad, al quedar sentada la capacidad de los sujetos de hacerse cargo, responsabilizarse por los conflictos que protagonizan, y, en último término, resolverlos antes de llegar a la instancia judicial. De esta forma, se cumpliría la finalidad del último ratio del derecho penal, en que los procesos penales se reservan como la última alternativa, al no existir otra vía de solución para estos.

He aquí el fundamento de la justicia restaurativa: “El proceso de justicia pertenece a la comunidad. Las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden, la seguridad y recibir una restitución. Los ofensores deben ser encontrados responsables por los daños ocasionados debido a sus acciones, y la comunidad debe estar involucrada en el proceso de prevención, confrontación y sanación”.⁵²

¿Es posible hablar de justicia restaurativa en Chile?

En el marco de los acuerdos reparatorios y de la suspensión condicional del procedimiento en el nuevo Código de Procedimiento Penal, se reconoce en

⁵² Véase en la introducción del presente trabajo

forma expresa la necesidad de relevar a la víctima de los delitos como sujeto de derecho con garantías y posibilidades de acción. Las salidas alternativas y, en especial los acuerdos reparatorios, tienen por objeto fundamental la reparación a la víctima del mal causado por parte del imputado.

Si bien puede decirse que el sistema penal en Chile continua presentando un carácter inquisitivo, en tanto busca conocer la verdad de los hechos ocurridos y su sanción a través de la persecución penal, incorpora mediante las salidas alternativas aspectos fundamentales de la justicia restaurativa.

Desde allí es posible señalar que, efectivamente, si existen instancias de justicia restaurativa en el país. En la V región, durante el primer año de ejecución de la reforma, se logró que un 5% de las causas fueran resueltas por vía de salida alternativa. Los operadores del sistema señalan algunas de las formas por las que estas salidas son realizadas (vía negociación, conciliación y otras) y que tienen por objetivo reparar a la víctima a través de la responsabilización del imputado.

De la evolución histórico – política y social

La historia nos confirma que los procesos sociales, en todos los escenarios en que éstos suceden son lentos, y también que es ella misma la que construye las determinantes que los provocan. Chile no se encuentra exento de esta realidad.

En la década del 60', durante el gobierno del Presidente Alessandri, y posteriormente de Frei Montalva, ya se formulaba la necesidad de realizar un cambio al sistema penal acorde a los tiempos, en consideración a las

necesidades sociales imperantes y al vertiginoso movimiento de democratización y participación ciudadana.

Durante el gobierno del Presidente Salvador Allende, el país protagonizó un período crucial en su historia. Mientras existía un amplio movimiento de participación ciudadana que venía desarrollándose desde al menos la década anterior, y en el cual la comunidad tenía un rol fundamental en el quehacer civil, en el ámbito político se vivió una crisis de gobernabilidad que desembocaría en el quiebre institucional con la irrupción del golpe militar en el año 1973, que trajo como consecuencia la pérdida de la democracia y la participación ciudadana.

Este quiebre institucional trae profundas consecuencias. El cambio en la forma en que se ejerce el poder: con la violencia, trae consigo el natural miedo y desconfianza para quienes son objeto de ésta. La dictadura genera una paralización sustantiva de los movimientos de base y un control de la participación ciudadana. Es así como se produce una centralización de los servicios sociales, con la consecuente política asistencialista.

Los medios de información cumplen un importante rol, en cuanto, en su gran mayoría sirven a la difusión y fortalecimiento del mandato emergido desde la autoridad.

Durante este periodo se acentúan las diferencias entre las clases sociales y políticas y la intolerancia a la diversidad. Se genera un clima social que paraliza los procesos de desarrollo democrático, aislando al país de los movimientos internacionales en este ámbito.

En este periodo la labor de la justicia estuvo inclinada a la erradicación del terrorismo y los crímenes políticos, quedando relegados a un segundo plano temas relativos a la igualdad de derechos ante la ley, el derecho al debido proceso y la discusión en materia de política criminal.

En el año 1990, con el gobierno del Presidente Patricio Aylwin, comienza un proceso de transición hacia la democracia, en que aparecen como fundamentales la recuperación de las instituciones que dan cuenta de la participación ciudadana. En este escenario resurge con mayor fuerza lo desarrollado a nivel internacional en materia de derechos humanos y su reflejo en los sistemas judiciales.

Atraviesan este proceso una serie de avances en lo tecnológico, industrial y económico que permiten el surgimiento de la globalización, fenómeno ante el cual Chile no puede, ni quiere sustraerse debido al interés que tiene por formar parte de la aldea global, al mismo tiempo que el país es observado en su proceso de transición por una serie de organismos internacionales, pendientes del desarrollo de la región.

En definitiva, se va generando un contexto en el que, lentamente, se toma conciencia colectiva en materia de derechos humanos y, con ello, una revalorización del movimiento comunitario como base del ejercicio de la democracia en un Estado de Derecho Democrático.

“Los principios esenciales de la democracia –el respeto, promoción y garantía de los derechos humanos y la autodeterminación del pueblo o también llamada soberanía popular- son los únicos que efectivamente permiten la participación de los ciudadanos en la conducción de los temas políticos, sociales y económicos y, a su vez, el pleno respeto de las garantías esenciales de las personas.”⁵³

Sin embargo, como se planteó en un principio, los procesos sociales son lentos y los nuevos desafíos que un Estado Democrático impone, requieren tiempo para que las transformaciones en este ámbito cobren efecto. En este sentido, el cambio de una cultura asistencialista asumida por la población,

⁵³ la Justicia en Chile proyectada al siglo XXI. Discurso de la ministra de Justicia Soledad Alvear en el Club siglo XXI el 3 de Enero del 2001.

además de la inactividad en términos de participación ciudadana, han requerido de una serie de políticas y programas de gobierno tendientes a fomentar la autogestión comunitaria y a abrir espacios para la participación. Mirado en viceversa, la adscripción del Estado chileno a los diversos acuerdos internacionales, muchos de ellos con fuerza de ley, obligan al gobierno a realizar los ajustes y reformas necesarias para dar cumplimiento a ellos. Un papel preponderante juega la sociedad civil organizada (desde el mundo de las ONG, el ámbito académico y organizaciones privadas por mencionar algunas), quienes cumplen un rol intermedio en cuanto promueven el cambio social desde las bases, fomentando la participación ciudadana y comprometiendo al gobierno en un trabajo conjunto. Así es como surge la Reforma Procesal Penal:

“Los chilenos y chilenas, los sectores políticos, los grupos académicos y las organizaciones de la sociedad civil, fuimos tomando conciencia respecto de que sin un sistema judicial eficiente y moderno, el logro de la legitimidad de nuestras instituciones arriesgaba transformarse en un propósito inalcanzable... Fuimos capaces, entonces y tal y como lo exigen las tareas de Estado, de recuperar nuestro sentido de comunidad y de lograr la convergencia de todos los sectores en torno a este proyecto común (...) a fin de hacer la reforma con ellos y no contra ellos...”⁵⁴

¿Hacia una vía de pacificación social?

A poco más de cuatro años del inicio de la Reforma Procesal Penal, muchos son los logros alcanzados y otros tantos son los desafíos por concretar.

⁵⁴ La Reforma Procesal Penal. Op. Cit1 José Antonio Gómez

“El sistema inquisitivo que estamos reemplazando es mucho más que un mero procedimiento con miras a la formulación de una sentencia; es, más bien, una cultura que tenemos instalada en nuestra formación. De allí, entonces, que no resulte exagerado hablar de “revolución cultural” cuando se analiza el camino emprendido...El cambio legal debe ir acompañado de una imprescindible transformación cultural que modifique la relación entre el ciudadano y el Estado. Una transformación que haga de la Justicia un bien cuyo disfrute haga más segura la vida cotidiana”.⁵⁵

Es indudable el gran aporte que la reforma significa para el desarrollo de la administración de justicia en nuestro país. Uno de los aspectos centrales y novedosos en ella es la inclusión de salidas alternativas a la sanción penal, cuya característica principal radica en el protagonismo de los involucrados en el conflicto penal para la resolución de éste: la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

Sin embargo, lo novedoso implica una mayor complejidad debido a que estas salidas, que se relacionan directamente con la justicia restaurativa, implican una participación activa y voluntaria de las víctimas, los imputados y la comunidad.

La reparación a la víctima puede darse por lograda a través de acciones restaurativas por parte del imputado, mediante los procedimientos de negociación y conciliación que, actualmente, se están llevando a cabo por parte, principalmente, del Ministerio Público.

No es menos cierto, sin embargo, que la mediación penal ofrece alcances insospechados para el desarrollo social en la comunidad. Aquí cobra especial sentido, la “transformación cultural” que declara el entonces Ministro de Justicia don José Antonio Gómez. Para que la mediación penal, como

⁵⁵ José Antonio Gómez Op. Cit 2

proceso formalizado y validado, sea una realidad en nuestro contexto, se hace relevante el abordaje de algunos aspectos relacionados.

En primer lugar, el hecho que el contexto legal actual cuente con la flexibilidad y la amplitud que permite la implementación de procesos de mediación penal para el logro de los acuerdos reparatorios y de las suspensiones condicionales del procedimiento. Existe también el reconocimiento y la voluntad, por parte de los principales operadores del sistema, de que estos procesos puedan desarrollarse en un mayor grado del que se está dando hasta el momento, aún cuando también se reconoce la imposibilidad por parte del Ministerio Público de hacerse cargo de éstos.

No obstante lo anterior, y, a pesar de no existir procedimientos establecidos para dar curso en otras instancias a los procesos de mediación penal, la práctica indica que ya existen iniciativas de distintas organizaciones para asumir esta tarea con resultados satisfactorios.

Siguiendo el espíritu de la reforma y, considerando la existencia de una sociedad civil activa, podemos esperar que sea ésta la que continúe con el desarrollo de metodologías y espacios de trabajo donde llevar a cabo procesos de mediación penal. En este momento varias Universidades, Institutos y Organizaciones Gubernamentales y no Gubernamentales se encuentran trabajando en el tema, a través de seminarios nacionales e internacionales, capacitaciones, post grados, experiencias piloto.

Así mismo, a nivel comunitario se están realizando diversas instancias de participación ciudadana, donde el tema del conflicto y sus formas de resolución son motivo de discusión, debate y reflexión permanente.

A nivel internacional existen numerosas y variadas experiencias en el ámbito de la justicia restaurativa, que ofrecen la ventaja de aprender en vista tanto de sus aciertos como de sus desaciertos y que, ciertamente, arrojan resultados altamente positivos.

De esta manera, se plantean algunos desafíos en el corto plazo, a los cuales, como sociedad, tenemos la responsabilidad y la capacidad de responder.

Existen experiencias en el país que necesitan ser evaluadas y sistematizadas a fin de asentar elementos para un debate amplio en lo técnico y metodológico, con el propósito de retroalimentarse y a través de esto, construir modelos que mejoren las prácticas y los procedimientos en materia de mediación penal, en coordinación con los operadores de la reforma.

Paralelamente, se hace imprescindible establecer un discurso social que promueva la confianza de las personas y comunidades en sus capacidades y sus recursos, con miras al empoderamiento de los conflictos y sus soluciones. Un papel crucial tienen en esta tarea los medios de comunicación masivo, los que debiesen incorporar en sus contenidos las experiencias realizadas en materia de resolución alternativa de conflictos y sus resultados; las instancias pedagógicas, llamadas a potenciar en la práctica estos métodos; y en suma, todos los actores sociales que de una u otra manera hacen un aporte al mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos y ciudadanas.

Sólo de esta manera, masificando el discurso y las prácticas de autogestión y creando conciencia de la importancia que tiene la participación activa en la construcción de la democracia, será posible que el poder que ,tradicionalmente, se le ha atribuido al Estado en la resolución de los conflictos, sea devuelto y reasumido por sus verdaderos protagonistas.

Cuando la sociedad demanda, ante esa demanda el Estado responde realizando los ajustes necesarios para satisfacerla. Desde ahí se promueve el cambio social hacia una sociedad democrática, con ciudadanos y ciudadanas activos y empoderados, capaces de hacerse cargo de sus conflictos, de su historia y su devenir, sin miedo al otro y con iguales oportunidades de

desarrollo, integración y, por ende, co-constructores de una vía hacia la pacificación social.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

Libros:

Beccaria, César. De los delitos y de las penas. Bogotá: Temis, 1987

Beristain, Antonio : Criminología y Victimología. Alternativas recreadoras al delito, Bogotá: Editorial Leyer, 1999.

Carocca, Alex; Duce, Mauricio y otros. Nuevo Proceso Penal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Limitada, 2000.

Christie, Nils, "Los conflictos como pertenencia". De los delitos y de las víctimas. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

Cillero, Miguel. Adolescentes y Justicia Penal. Propuesta de Política Criminal en Chile, ILAUD, UNICEF, Unión Europea, Santiago de Chile, 2000.

Código Procesal Penal. Editorial LexisNexis Chile. Santiago de Chile, 2002

Muñoz Conde, Francisco. Introducción al derecho Penal. Barcelona: casa Editorial Bosh, 1975.

Coña, Pascual. Memorias de un cacique mapuche. Santiago de Chile: Imprenta Cervantes, 1930.

Fellini, Zulita. Mediación penal, reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil. Bueno Aires: Editorial LexisNexis, 2002.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teorías del garantismo penal. Madris: Editorial Trotta, 1997.

Ibáñez, Tomás. Aspectos metodológicos para la psicología social aplicada. Madrid: McGraw Hill, 1996.

Ibáñez, Tomás. Municiones para disidentes: realidad-verdad-política. Barcelona: Gedisa, 2001.

Rivera, Antonio. Amigable Composición. Guatemala: Arte Color y Texto, 2001.

Roxin, Claus, Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal, PPU, Barcelona, 1992

Roxin, Claus. Problemas básicos del derecho penal. Madrid: Reus, 1976.

Roxin, Claus. La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones. Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1991.

Schilling, Mario. Métodos alternativos de resolución de conflictos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur, 1999.

Suares, Marinés. Mediando en Sistemas Familiares. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2002.

Suares Marinés. Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1996.

Revistas y Publicaciones:

Beristain, Antonio. Evolución desde el crimen al delincuente y a la víctima (Aproximaciones diacrónicas y sincrónicas a la Política Criminal). País Vasco: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LII, 1999.

Botero, Andrés. "La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria". Filosofía y Derecho. Nº 5 1999

Bustos, Juan. "Política Criminal y Estado". Revista de Ciencias Penales, Vol. 8, Nº 12, (1996), Páginas: 3-9.

Caram, María Elena." El espacio de la mediación penal". La Trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflicto. Nº 1 (2002).

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas."Debate temático sobre la reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad. Reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal". Viena, Abril 2002.

Coates y Gehm. "An Empirical Assessment". Mediation & Criminal Justice. Londres: SAGE, 1989.

Coscia, Osvaldo. "¿Es posible mediar en el conflicto penal?". Revista Fundación Libra. Nº 5 – 3.

Dapena, José. "La mediació i la reparació en la justícia juvenil". Forum. La revista del Centre d'estudis jurídics i formació especialitzada. Nº 2 (2003).

Escobar, Alicia. "La mediación, una alternativa a incluir en los acuerdos reparatorios

de la Reforma Procesal Penal". Revista de estudios criminológicos y penitenciarios. Nº 3 (2001).

Fernández, Dolores. "Las repercusiones de la revolución francesa en el área del derecho penal". Bicentenario de la Revolución Francesa. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie E: varios, núm. 48 (1991).

Giménez, Esther. "La mediación penal: cap a una justicia restauradora". Forum. La revista del Centre d'estudis jurídics i formació especialitzada. Nº 2 (2003).

Heiko H. Lesch. "La función de la pena". Cuadernos "Luis Jiménez de Azúa" . 1999.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso del poder. Adoptada por la Asamblea General res. 40/34, 29 de Noviembre de 1985.

Pena, Carlos. "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: Antecedentes técnicos, empíricos y dogmáticos". Revista Estudios Sociales. Nº 2(1996).

Peñaranda, Enrique. "Sobre la Influencia del Funcionalismo y la Teoría de Sistemas en las Actuales Concepciones de la Pena y del Concepto del Delito". Realidad Jurídica. Vol.3 nº 1. (2004).

Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia. "Programa de Mediación y Reparación en la jurisdicción penal". Catalunya, Mayo 2002.

"Reforma Procesal Penal, Instrucciones generales". Nº^{os} 34, 63, sobre criterios de actuación relativos a los Acuerdos Reparatorios y Nº 36, sobre Criterios de actuación e instrucciones en materia de Suspensión Condicional del Procedimiento. Editorial

Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2000 – 2001.

Risolía, Matilde. “El caso de mediación en materia penal”. La Trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflicto. Nº 7 (2002).

Solorio, Daniel. “La función de la pena”. Revista Realidad Jurídica. Vol. 3 Nº 1 (2004).

Van Garsse, Leo. “A la recerca d’una justícia restauradora”. Forum. La revista del Centre d’estudis jurídics i formació especialitzada. Nº 2 (2003).

Vidal, Hernán. “La mediación penal analizada a la luz de la Teoría crítica del Derecho”. Ámbito jurídico. Nº 6 (2004).

Conferencias, Seminarios y otros documentos:

Abbott, Jorge. “Cuenta Pública 2004, V Región de Valparaíso”. CD ROM, distribuido por el Ministerio Público.

Abbott, Jorge. “Discurso Cuenta Pública, Fiscalía Regional V Región. 29 de Enero 2003. En www.ministeriopublico.cl.

Alvear, Soledad. “La Justicia en Chile proyectada al siglo XXI. Club siglo XXI, 3 de Enero 2001. En www.gobiernodechile.cl

Braithwaite, John. “Justicia restaurativa: justicia del futuro”. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Seminario Internacional sobre Justicia Restaurativa. Santiago de Chile. Octubre, 2003.

Bright, Christopher. "Victim offender mediation". En www.restorativejustice.org

Devoto, Eleonora. "Sobre la mediación penal. Algunas consideraciones relativas a su justificación teórica". Conferencia organizada por la Comisión de Arbitraje y Mediación de la Cámara Argentina de Comercio. Buenos Aires, 2001.

Gómez, José. "La Reforma procesal Penal: Un nuevo sistema de justicia para un Chile desarrollado". Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello en la inauguración de su año académico. Santiago de Chile, 21 de marzo 2002. En www.gobiernodechile.cl

Lagos, Scarlette. "Experiencias de Mediación Penal". Seminario: La mediación instrumento de paz social en distintos ámbitos: penal, laboral, familiar e infancia. Temuco, Noviembre, 2003.

Masters, Guy. "Reflexiones sobre el desarrollo internacional de la justicia restaurativa". Universidad Diego Portales, Seminario Adolescentes infractores, privación de libertad y soluciones alternativas. Santiago de Chile, Abril 2002.

McCold, Paul, Wachtel Ted. "En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa". XIII Congreso Mundial sobre criminología, Río de Janeiro. Agosto, 2003.

"Mediación Penal: experiencias en el Departamento judicial de San Martín". En www.fiscaliageneralsm.gov.ar.

Mill de Pereyra, Rita. "Resolución Alternativa de Conflictos Penales". XVIII Jornadas

Iberoamericanas de Derecho Procesal. Montevideo. 2002.

Peters, Toni. "Alternativas en el campo judicial". Simposio de Alternativas a la Institucionalización. Barcelona, 1999.

"Primer Gobierno del siglo XXI. Programa de Gobierno: Para Crecer con Igualdad. Programa de Gobierno del Presidente Ricardo Lagos. En www.gobiernodechile.cl

Resumen y Conclusiones para la Conferencia final sobre "Conflictos: prevención, resolución, reconciliación". Documento de trabajo, Forum Internacional de las Culturas. Barcelona, 2004.

Roxin, Claus. "Pena y Reparación". Universidad Juárez Autónoma de México, 16 de Noviembre del 2000.

Tränkle, Stefanie. "The tension between judicial control and autonomy in victim-offender mediation- a microsociological study of a paradoxical procedure based on examples of the mediation process in Germany and France". Proyecto de Max Planck Institute for foreign and international criminal law- Freiburg. En www.iuscrim.mpg.de/forsch/krim/Traenkle_e.html