

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE ENSEÑANZA CLÍNICA DEL DERECHO

LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN LA REFORMA PROCESAL PENAL.

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA.
HASSAN VICENTE ZERÁN RUIZ-CLAVIJO.

Profesora Guía: María Nora González

Santiago, Chile 2004

INTRODUCCIÓN .	1
CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS DE MEDIACIÓN Y REPARACIÓN: Un Nuevo Enfoque en la Solución de los Conflictos Penales. .	9
1. ¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN? . .	9
1.1. Orígenes de la mediación .	9
1.2. El concepto de mediación .	11
1.3. Características de la Mediación .	17
2. LA REPARACIÓN .	24
2.1. Consideraciones preliminares .	24
2.2. El concepto de reparación . .	26
2.3. La posición de la reparación en el sistema penal . .	32
2.4. La reparación en el derecho penal chileno antes de la RPP .	45
2.5. Reparación y Política Criminal .	49
3. RECAPITULACIÓN .	55
CAPÍTULO II. LAS SALIDAS ALTERNATIVAS COMO NUEVO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS PENALES: LOS ACUERDOS REPARATORIOS . .	57
1. LAS SALIDAS ALTERNATIVAS EN LA REFORMA PROCESAL PENAL .	57
1.1. Consideraciones preliminares .	57
1.2. Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal .	60
1.3. La suspensión condicional del procedimiento. . .	68
2. LOS ACUERDOS REPARATORIOS . .	71
2.1. Consideraciones preliminares .	72
2.2. Antecedentes .	73
2.3. Fundamentos de los acuerdos reparatorios .	81
2.4. Acuerdos reparatorios. Concepto. .	84
3. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LOS ACUERDOS REPARATORIOS .	86
3.1. ¿Qué se entiende por “reparar a la víctima” ? .	87
3.2. Criterios de actuación propuestos por el Ministerio Público . .	87

3.3. Delitos sin víctima .	88
3.4. Categoría de Delitos respecto de los que procede . .	89
3.5. Extensión de las facultades del juez de garantía .	91
3.6. Cumplimiento de acuerdos que no sean pecuniarios . .	92
3.7. ¿Son los acuerdos reparatorios un mecanismo reservado sólo para los poderosos? .	93
4. RECAPITULACIÓN .	93
CAPÍTULO III. LOS ACUERDOS REPARATORIOS A LA LUZ DE LOS CONCEPTOS DE MEDIACIÓN Y REPARACIÓN .	95
1. LA CONCILIACIÓN AUTOR-VÍCTIMA Y LA REPARACIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES .	95
1.1. Introducción. Los acuerdos reparatorios a la luz del concepto de reparación .	95
1.2. La conciliación autor-víctima. Beneficios concretos de su aplicación al conflicto penal .	98
2. LOS ACUERDOS REPARATORIOS: PROCEDIMIENTO PARA LLEVARLOS A CABO . .	106
2.1. Introducción; Importancia que presenta la regulación de un procedimiento para alcanzar un acuerdo reparatorio .	106
2.2. Procedimiento para llevar a cabo un acuerdo reparatorio . .	110
3. LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA EFICAZ PARA ALCANZAR UN ACUERDO REPARATORIO .	115
3.1. Algunas consideraciones relativas a la negociación penal y su inclusión como forma de alcanzar un acuerdo reparatorio . .	116
3.2. La mediación como forma de solucionar conflictos penales y su relación con los acuerdos reparatorios . .	119
3.3. El procedimiento de mediación . .	126
4. RECAPITULACIÓN .	136
CONCLUSIONES Y PROPUESTA .	139
1. CONCLUSIONES . .	139
2. PROPUESTA .	147
2.1. Introducción formal de la mediación en el Código Procesal Penal . .	147
2.2. Criterios de selección de casos .	148
2.3. Oportunidad procesal y sujetos que proponen la realización de un	148

acuerdo reparatorio . .	
2.4. Procedimiento para alcanzar un acuerdo reparatorio. .	149
2.5. Del procedimiento de mediación .	149
2.6. Las prestaciones reparatorias . .	150
2.7. Del mediador penal . .	150
2.8. Principios por los cuales debe regirse el mediador penal .	150
BIBLIOGRAFÍA .	153

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, el hombre ha intentado resolver sus diferencias en los diversos aspectos de la vida de distintas formas. Es así como en sus orígenes, el ser humano buscó la resolución de los conflictos a través de maneras auto compositivas, es decir, con el contacto directo entre él y la persona con la que tenía la disputa. Por ejemplo, el primer código elaborado por el hombre, el código de Babilonia creado por su emperador Hammurabi (1792-1750 A.C.), consagraba un método autónomo de resolver los problemas, cuya base era la venganza como procedimiento jurídico. Esto también se veía plasmado en el Antiguo Testamento.¹

Con el transcurso de los años esta práctica persistió, pero en menor medida. El Imperio Romano mantuvo este sistema como forma de solucionar las disputas, pero le incorporó un elemento novedoso en esa época: cuando el agredido prefería que se lo compensara con dinero, tenía derecho a una suma, fijada de antemano y que era proporcional a la gravedad del daño. Así, según la ley del talión del derecho romano, quien recibía una cachetada podía canjear ese golpe por un monto equivalente a \$3.000 o \$3.500 de hoy.² También en esa época, los pueblos germánicos tenían sus propias formas de solucionar las diferencias. Práctica habitual resultaban las ordalías y las pruebas divinas, donde era el sacerdote, autoridad religiosa máxima, la que imponía una

¹ La Ley del Tali3n consagra lo siguiente: "Quien cometiere delito pagar3 vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano y pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida y golpe por golpe"

² Fuente: Portaldehistoria.com

decisión –generalmente un castigo corporal- basándose en supuestos designios divinos. Se percibe que el problema de las partes no es resuelto por ellas, sino que la “divinidad” será la encargada de determinar quién tiene la razón y el derecho a obtener una solución en su favor. La autonomía para resolver el conflicto se ve así restringida de manera notable. Con la caída del Imperio Romano y la llegada de la Edad Media, surge la figura del señor feudal, dueño de grandes tierras en torno a las cuales se edificaba un pueblo, cuyos habitantes eran súbditos suyos. Es en esta etapa cuando la venganza pública se hace frecuente. Ahora es el Rey quien resuelve el problema que los siervos le encomiendan. En consecuencia, se percibe una clara pérdida del poder de las partes para resolver sus diferencias, ya que dejan en manos de un tercero la resolución de la disputa.

Sin embargo, esta evolución en la forma de solucionar los conflictos- donde la capacidad de las partes para determinar la mejor manera de terminar con su disputa se veía reducida-, no marginó totalmente a éstas en su búsqueda de resolver sus problemas de manera autónoma, directamente y sin la intervención de terceros extraños. Dependía de ellas si acudían a otro o si intentaban resolver sus desavenencias de manera personal. Pero existe un momento histórico donde los individuos pierden la capacidad de controlar la solución de sus conflictos de manera definitiva: el nacimiento de los Estados Modernos. La asunción de esta nueva forma de administrar el poder y de aglutinar a los pueblos, trajo consigo la idea de que el Estado tiene el derecho de resolver los conflictos entre las personas –especialmente aquellos de relevancia jurídica- en un afán de mantener el orden y la paz social que se les ha encomendado. Es así como se le “expropia” a las partes la solución de su conflicto, y éste pasa a manos del Estado. Surge la división de los poderes –legislativo, ejecutivo y judicial- y la idea de que el aparato gubernamental es el encargado de su administración. Al tercer poder, el judicial, se le encarga la administración de justicia y, por ende, la solución de los conflictos que sean de relevancia jurídica. Ahora las personas deben ver como un agente externo soluciona sus diferencias.

Esta situación se mantuvo durante siglos, y en Chile se manifestó a través de un sistema judicial que tiene la pesada carga de resolver los conflictos de relevancia jurídica que se susciten entre sus habitantes. Sin embargo, en el último tiempo han surgido voces críticas a este sistema, las cuales señalan que no es posible que se intente resolver las disputas a través de una sola manera. Es necesario, señalan ellos, que existan la mayor cantidad de herramientas y alternativas posibles para solucionar los casos que se presentan, y no sólo una. Además, plantean, el sistema es ineficiente, ya que las soluciones que propone son de baja calidad y no satisfacen, en el plano del derecho penal, los intereses de las víctimas –que se le repare el daño causado- y de los imputados –evitar una pena privativa de libertad-.

Una de las herramientas que han ido surgiendo a la luz de estas críticas son los RAD (Resolución Alternativa de Disputas), que representan una forma distinta de enfrentar los conflictos, sean ellos penales, familiares, comerciales, internacionales, etc.. Así, han surgido métodos como el arbitraje, la conciliación, el avenimiento y otros más. Pero existen dos fundamentales y que son los máximos representantes de esta nueva corriente: la negociación y la mediación. La negociación se nos presenta como un

mecanismo autónomo de resolución de disputas, mediante el cual, las partes en conflicto, se sientan a discutir formas de acuerdo para resolver sus diferencias. Es un mecanismo auto compositivo, donde las partes tienen el control de su disputa y de las posibles soluciones a alcanzar, lo que nos retrotrae a las épocas iniciales del hombre, pero de una manera más reglamentada y civilizada. En segundo lugar tenemos la mediación, un sistema que ha estado presente desde hace miles de años en el mundo –lo que veremos en el capítulo I de esta memoria-, y que se incubó principalmente en el ámbito familiar y comercial. Este método se caracteriza por la intervención de un tercero en la disputa –el mediador- quien acerca a las partes, facilitando la comunicación entre ellas con el objeto de que éstas encuentren una solución a su problema. Este procedimiento ha sido incorporado en diferentes ámbitos de la sociedad. Es así como muchos conflictos se han resuelto a través de este mecanismo.

Junto con la corriente que propuso los RAD, ha surgido una nueva tendencia, que plantea que si estas herramientas han tenido éxito en diferentes áreas, por qué no utilizarlo en el ámbito penal. Esto supone un cambio radical en la forma de ver este tipo de conflicto y sus formas de solución. Lo que se está plasmando con esta idea es el intento de quitarle al Estado parte del poder que tiene para investigar y solucionar los atentados contra bienes jurídicos, poder que detenta hace varios siglos. En este sentido, la forma en que los estados modernos han utilizado la herramienta punitiva en los últimos años ha sido ampliamente criticada por la doctrina contemporánea. Así, respecto al derecho procesal penal, podemos señalar que en sistemas como el nuestro, que siguen el modelo continental –versus el sistema anglosajón utilizado principalmente en Inglaterra y Estados Unidos-, se formulan fuertes críticas respecto a la forma de proceder en los juicios criminales. Procesos interminables, poca publicidad y transparencia en la sustanciación de éstos, altas tasas de corrupción de los funcionarios que tramitan en la práctica los juicios y en general faltas de consideración respecto de los verdaderos involucrados en el conflicto penal, víctima e imputado, son algunas de las opiniones que sustentan una postura contraria al sistema actual, propugnando su reformulación. Estas ideas han tenido gran acogida en varios países, como por ejemplo España, Alemania, y en forma más cercana, Argentina, los cuales han incorporado sistemas de mediación para la resolución de conflictos penales de menor gravedad.

En Chile, parte de la doctrina señala que la oportunidad para incorporar los RAD se da en la reforma procesal penal que ya rige en casi todo el territorio nacional. Esta reforma establece un acápite que contempla las llamadas “salidas alternativas” y, entre ellas, los denominados “acuerdos reparatorios”. Estos últimos son procedimientos que el legislador establece para que la víctima y el imputado alcancen una solución al conflicto cuando se trate de ciertos delitos tipificados en la ley. Sin embargo, la ley nada dice respecto de cómo se llega a ese acuerdo. Nosotros creemos que la mediación penal constituye una herramienta adecuada para que ellas puedan alcanzar dicho arreglo. Sin embargo, también creemos que de nada sirve un sistema de mediación penal si no cumple con un objetivo fundamental: la reparación de los daños causados a la víctima del delito.

Es así como, desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, se ha criticado bastante que el *ius puniendi* estatal, es decir, la herramienta penal que utiliza el estado

para reprimir crímenes y delitos, ha sido utilizada menoscabando los derechos del imputado, dejando completamente de lado a la víctima, y transformándola ya no sólo en la parte que ha debido o debe sufrir las consecuencias del hecho delictivo, sino que además debe soportar una completa indiferencia del Estado y sus organismos de justicia en cuanto a sus verdaderos intereses. Por otro lado, se critica el uso desmedido del instrumento penal, el cual ya no constituye la *última ratio* de un estado democrático de derecho, sino que es la primera forma de reacción que se produce frente a cualquier infracción. Ello, unido a las altas e insensatas penas impuestas por delitos o infracciones menores han hecho que algunos, como Radbruch, hayan señalado que nos encontramos inmersos en una sociedad en que reina el “terror penal”. Por último, se ha criticado fuertemente el hecho de que las únicas posibilidades o formas de reacción que el sistema penal utiliza frente a la comisión de un ilícito sean las penas restrictivas o privativas de libertad y las medidas de seguridad, dando paso a lo que el suizo Stoos llamó un derecho penal de “doble vía”.

Las escasas alternativas que el sistema penal contempla frente a la comisión de un ilícito es un tema tremendamente relevante, pues, subyacente a todo conflicto penal se encuentra el problema de proteger bienes jurídicos restringiendo, limitando o derechamente privando a las personas de otros. Así, tenemos por ejemplo que frente a la comisión de un delito de hurto, delito en el cual el bien jurídico protegido es la propiedad o patrimonio –discusión dogmática que no es del caso tratar aquí-, el sistema penal reacciona imponiendo una pena privativa de libertad. Desde la teoría de los fines de la pena, la discusión cobra aun mayor relevancia. ¿Para qué castigamos?; ¿Qué gana el estado, la sociedad, la víctima y el imputado con la pena privativa de libertad? El problema no es menor y ha dado lugar a que aparezcan diversas teorías acerca de la función de la pena: Como retribución del mal causado, como forma de prevenir nuevos delitos, como forma de resocializar al delincuente, como mecanismo de conminar a la sociedad para que sus integrantes se abstengan de cometer nuevos ilícitos, etc. Pues bien, frente a dicha discusión, la dogmática penal moderna se ha estado planteando una nueva pregunta: En vez de discurrir acerca del fin de la pena, ¿podemos plantear nuevas alternativas de reacción frente al delito? Es en este contexto que aparece la idea de reparación y el análisis subsiguiente respecto a su posición y fines dentro del sistema penal.

La reparación como “tercera vía”, en los términos utilizados por Frehsee y Roxin, ha sido, creemos, uno de los temas más relevantes discutidos en el ámbito internacional, particularmente en Alemania. Cómo crear un concepto de reparación exclusivamente jurídico-penal, cómo introducirlo en un sistema penal anticuado y que ya no responde a las necesidades de los implicados en el conflicto, cómo justificar su aparición desde las teorías de los fines y funciones de la pena y qué mecanismos, contenido y ámbito dentro del cual puede repararse son algunas de las preguntas que han intentado dar respuesta los diversos penalistas. Del análisis y posterior discusión las conclusiones son, a nuestro juicio, satisfactorias. En este sentido, la reparación aparece como una forma de reaccionar frente al delito más justa, humanitaria, positiva, integradora, eficiente y que considera los intereses y respeta la dignidad de los directamente involucrados en el conflicto penal: La víctima y el imputado. La reparación tendría entre sus “virtudes” que vuelve a colocar a aquella en el centro de un conflicto que es suyo desde que sufrió con

las consecuencias de éste, tomando en cuenta cuáles son sus verdaderos intereses y materializándolos a través de un procedimiento que por esencia es más pacífico, menos intrusivo y violento que la aplicación de un proceso y pena tal como la conocemos hoy en día, al menos antes de la entrada en vigencia de la RPP en Chile. Desde el punto de vista del imputado, se considera que la reparación constituye un mecanismo de efectiva resocialización, en tiempos en los que ya casi nadie discute que las cárceles no son lugares de rehabilitación social efectiva. Así, a través de la reparación el imputado toma conciencia del daño que ha producido con su actuar doloso y se hace cargo de su responsabilidad, intentando reparar o mitigar los efectos nocivos del delito. Por último, es la sociedad toda la que se beneficia, ya que se utilizan procedimientos conciliatorios pacíficos que miran el delito desde una perspectiva más positiva, creando ilimitadas posibilidades de solución político-criminalmente eficientes, ya que dejan la represión penal sólo para aquellos atentados especialmente graves, contra bienes jurídicos considerados tradicionalmente más valiosos.

En Chile, desde la entrada en vigencia de la RPP –que en la Región Metropolitana comenzará a regir el segundo semestre del año 2005-, los conceptos de mediación y reparación han sido tomados en cuenta como forma de reacción frente a ciertos ilícitos de menor o mediana gravedad. En este contexto, se crean las llamadas “salidas alternativas”, entre las cuales se encuentran los acuerdos reparatorios. De esta manera, converge la noción de reparación como forma de reaccionar frente al delito; y la de mediación, como mecanismo eficaz para hacerla realidad de manera eficiente, con respeto a los derechos de los involucrados en el conflicto penal y tomando en consideración los objetivos político-criminales y puramente penales de la reparación, en especial en lo relativo a la conclusión pacífica del conflicto de un modo que tome en cuenta tanto los intereses de la víctima como del imputado.

El presente trabajo tiene por objeto justamente realizar un análisis acerca de los acuerdos reparatorios a la luz de los conceptos de mediación y reparación, cómo se interrelacionan y cómo pueden llegar a constituir una forma distinta de percibir el conflicto penal. A nuestro juicio, la discusión acerca de la inclusión y forma de implementación de la reparación en el derecho penal chileno tiene enorme trascendencia, y viene a llenar un vacío legislativo del cual se derivaba una represión e incoherencia que no compartimos. Consideramos que la reparación y la mediación constituyen el futuro en cuanto a cómo percibimos los conflictos penales y cómo les damos solución, ello enmarcado en los principios y valores de un Estado democrático de derecho. De ahí nuestra motivación e idea para abordar estos temas, los cuales por su novedad aun no han sido profundizados en toda su extensión por la doctrina nacional, y de cuyo análisis podrían derivarse importantes conclusiones que en definitiva sirvan para orientar e impulsar un cambio que tenga por norte la reacción pacífica, positiva, integradora y eficiente del derecho penal frente a la comisión de determinados tipos de ilícitos.

Con dicho objetivo, comenzaremos analizando los conceptos de mediación y reparación. En cuanto a la mediación, analizaremos en profundidad su definición, características y principios, centrándonos en particular en la mediación penal. Respecto a la reparación, analizaremos su noción, la discusión que se ha venido generando a nivel de la dogmática penal internacional –particularmente la alemana y española- en torno a la

función y forma de inclusión de ésta en el sistema penal, su vinculación con la política criminal (la reparación como un objetivo político-criminalmente relevante) y la situación en Chile antes de la RPP. Posteriormente, en el segundo capítulo trataremos en profundidad el tema de los acuerdos reparatorios. Para ello, comenzaremos analizando en qué consisten las salidas alternativas, cuáles son y particularmente en qué consisten sus fundamentos. Luego nos abocaremos al tema específico de los acuerdos reparatorios: Su concepto, principios, fundamentos, delitos en los que procede y procedimiento. Concluiremos señalando algunas críticas y problemas frecuentes que la regulación legal ha dejado a su alrededor. En el tercer capítulo intentaremos relacionar los conceptos de reparación y mediación con esta salida alternativa, planteando en definitiva que estos acuerdos corresponden plenamente a la noción de reparación y que la forma más eficiente para lograr este ideal reparador es a través de un mecanismo como la mediación. Para ello, comenzaremos analizando los acuerdos reparatorios a la luz del concepto de reparación. Luego, nos centraremos en las ventajas que los procedimientos de conciliación autor-víctima en general provocan en todos los actores involucrados en el conflicto, particularmente la víctima y el imputado, para posteriormente realizar un análisis descriptivo y crítico del procedimiento establecido en la ley para alcanzar un acuerdo reparatorio. Por último, trataremos específicamente el tema de la mediación, comenzando por un análisis crítico de la negociación penal a la luz de lo que podría lograrse a través de este procedimiento, justificando su inclusión como la mejor forma de alcanzar un arreglo. Luego veremos una experiencia de mediación penal realizada en Chile, a través del centro CREA de la Universidad Católica de Temuco, para concluir con lo que a nuestro juicio, siguiendo el modelo de Pérez Sanzberro y Escobar Yáñez, sería un procedimiento de mediación útil para implementar, tomando en cuenta las sesiones de mediación, las características del mediador, su capacitación, la comunicación que debiera producirse entre los involucrados y las prestaciones reparadoras propiamente tales.

Al terminar este trabajo, realizaremos una propuesta concreta de implementación de un sistema de mediación que tenga por objeto la reparación a la víctima de los delitos, dadas las características y herramientas que el nuevo proceso penal contempla.

Creemos que es no sólo posible sino necesario avanzar en estos temas, profundizando en la inclusión de la reparación a nivel del procedimiento y del derecho penal sustantivo, entendiéndola como una forma legítima de reacción frente al delito. No pretendemos realizar un análisis más profundo acerca del fondo –nos referimos a la discusión dogmática acerca de los fines y funciones de la reparación y mediación en el contexto del derecho penal sustantivo–, simplemente pretendemos demostrar, a través de una institución concreta como son los acuerdos reparatorios, que la idea de reparación es una forma distinta, pacífica y mejor para los directamente involucrados de resolver el conflicto penal en que se han visto envueltos, y que la mediación puede constituir una alternativa eficaz a la hora de lograr dichos objetivos, con menos desgaste de los organismos estatales que imparten justicia y mayor acercamiento de la gente y los involucrados al problema, creando en última instancia la conciencia de que no necesitamos una pena privativa de derechos o una medida violenta para resolver nuestras diferencias.

Creemos que sólo a través de un sistema que ofrezca múltiples maneras de resolver

el sinnúmero de conflictos que se suscitan en sociedad-en donde la mediación debe jugar un papel preponderante-, es posible cumplir con los objetivos de solucionar dichas disputas de manera real y eficiente, satisfaciendo no sólo el interés del Estado por reestablecer el orden y la paz social, sino que también los intereses de las víctimas y los imputados, quienes finalmente son los verdaderos protagonistas del conflicto que se deriva de la comisión de un delito.

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS DE MEDIACIÓN Y REPARACIÓN: Un Nuevo Enfoque en la Solución de los Conflictos Penales.

1. ¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN?

1.1. Orígenes de la mediación

La mediación no es un concepto o idea novedosa. No es una creación de visionarios del siglo XX sino que se trata de una adaptación de mecanismos tan antiguos como el hombre mismo; una adaptación de tradiciones que existían y, aún prevalecen en otras culturas. Sus orígenes se remontan a principios de la civilización y son anteriores a la justicia pública y a la aparición de los jueces. Aparece como un producto de la evolución de la justicia por mano propia (ejemplos de ello son la ley del más fuerte, la venganza privada y la ley del talión).

Este método o procedimiento para resolver los conflictos entre personas, instituciones, comunidades, estados u organizaciones, ha estado presente desde tiempos remotos. Ya en el Nuevo Testamento se ve como el apóstol Pablo se dirigió a la congregación de Corinto pidiéndoles que no resolvieran sus diferencias en el tribunal, sino que nombraran a personas de su propia comunidad para conciliarlas (1 Corintio 6: 1-4) La mediación es congruente con los valores bíblicos del perdón, la reconciliación, y la comunidad.

Diversos grupos o etnias culturales han utilizado la figura del patriarca o del jefe familiar, como un ente mediador en la búsqueda de la solución de los problemas que se suscitaban dentro de la comunidad o grupo familiar.

La resolución de conflictos interpersonales y comerciales entre miembros de un subgrupo con la asistencia de terceras personas respetadas del mismo grupo era una manera de conservar la independencia y establecer normas. Gremios comerciales, mercaderes, etc., sintieron la necesidad de resolver sus desavenencias sin la imposición de una autoridad externa, por lo que la mediación y hasta cierto punto el arbitraje representaban la fórmula idónea para preservar esa independencia.

En la China antigua, los métodos utilizados mayoritariamente para resolver las disputas fueron la conciliación y la mediación. Hasta el día de hoy, en este país existen Comités Populares de Conciliación que ejercen la mediación.

En Japón, el líder de la comunidad se convertía en mediador para resolver las disputas entre sus miembros. Esta costumbre hizo que posteriormente la justicia japonesa empleara la conciliación como una práctica común y obligatoria.

Respecto de lo acontecido en América, principalmente en USA, los primeros grupos que buscaron evitar el litigio fueron los cuáqueros, quienes dispusieron la implantación del arbitraje y la mediación como formas de resolver sus desavenencias. Sin embargo, los modelos de mediación más conocidos en USA provienen de los procedimientos de resolución de desavenencias laborales industriales.

El interés de la sociedad norteamericana por métodos de resolución de conflictos distintos del proceso judicial se empieza a manifestar con ímpetu a fines de los años sesenta, con la idea fuerza que surge y que ellos denominaron "*Alternative Dispute Resolutions*" (ADR), o sea, mecanismos que intenten resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales.³ Hay que destacar eso sí, que nos referimos a "alternativas", ya que se los compara con el juicio, pero a medida que han surgido más métodos distintos al juicio para resolver las disputas, han pasado a ser "adecuadas". Hoy hablaríamos entonces de "Métodos Adecuados de Resolución de Conflictos"

En Europa, la situación es compleja. La mayoría de los países no ha asimilado con rapidez estos movimientos ADR, a excepción del Reino Unido, país que tiene una cercanía cultural y jurídica con EEUU. Los ingleses han implementado la mediación en conflictos comerciales, de responsabilidad médica y de deporte. En Alemania ha crecido

³ CARULLA BENITEZ, D. 2001. "La mediación, una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales". Copyright Derecho.com & Jurisweb.com <www.diba.es/cemical/fitxers/CARULLA_lamediacion.PDF>

en los últimos años esta “inquietud mediadora”, con la denominación de *Alternative in der Ziviljustiz*, en materias como medio ambiente, derechos económicos, conflictos laborales, arrendamientos, disputas entre vecinos, y abusos a consumidores.

En Francia, desde el año 1995 existe la Ley de Mediación Penal, donde se establece la mediación como proceso previo y obligatorio antes de empezar el juicio.

España desarrolló en la última década diversas iniciativas, principalmente en Cataluña, para fomentar la mediación mediante programas de formación y capacitación, principalmente en la resolución de conflictos de índole familiar.

En la actualidad, Argentina es el país más avanzado en esta disciplina de toda Iberoamérica, iniciándose estas actividades a principios de los '90, con la dictación de la Primer Ley de Mediación del país: La Ley Nacional de Mediación Obligatoria de la ciudad de Buenos Aires, a las que han ido plegándose algunas provincias, con las modificaciones que los locales han considerado pertinentes.

1.2. El concepto de mediación

1.2.1. Un concepto general

Son múltiples y variados los conceptos de mediación que se han dado a lo largo del tiempo. Su definición es compleja y sus elementos identificadores variados y cambiantes en cada sociedad, tiempo y geografía.

En gran parte esto se debe a que este método alternativo de resolución de conflictos se adapta a las necesidades de las sociedades, grupos, organizaciones y países, agregándose el hecho de que los ámbitos de acción de la mediación son variados: su aplicación abarca los conflictos internacionales, interculturales, comunitarios interpersonales, organizacionales, educativos, entre otros.

La palabra mediación proviene de *mediatio*, definida como el punto equidistante entre 2 puntos opuestos y también como interposición, intermediación para favorecer nuevas articulaciones en las relaciones sociales.⁴ Tenemos entonces que un punto medio entre 2 polos en un espacio o medio concreto. La mediación busca facilitar que las partes implicadas se encuentren en este punto intermedio que ofrece la objetividad, ya que en las percepciones subjetivas del conflicto será muy difícil que se encuentren. La mediación propicia estos espacios de diálogo abierto sobre el problema de fondo que hay en el conflicto.

Platón se refirió a este diálogo abierto que se necesita para resolver las diferencias. Inconscientemente él da una definición de mediación que estimamos necesaria dar a conocer: «La diferencia sólo se prolonga y se empecina [...] cuando existen desacuerdos sobre lo justo o lo injusto, sobre lo bello o lo feo, el bien y el mal; en una palabra, sobre los valores. Por eso, si queremos evitar que el desacuerdo genere un conflicto y se resuelva violentamente, no existe otro camino que recurrir a una discusión razonable. La

⁴ www.ua-ambit.org/libro132-1.htm

dialéctica o arte de discusión se presenta como método apropiado para la solución de problemas jurídicos, como son los que conciernen a los fines de la acción en los que están comprendidos valores»⁵

Platón plantea claramente que la discusión razonable es la única vía para solucionar los problemas. De lo contrario caeremos en la violencia innecesaria.

Para J. F. Six, presidente del Centre National de la Mediation, la mediación “es una acción realizada por un tercero, entre personas o grupos que consienten libremente, que participan y a los que corresponderá la decisión final, destinada a hacer nacer o renacer entre ellos relaciones nuevas, con el fin de prevenir o curar relaciones perturbadas entre ellos»⁶

Elena Highton y Gladys Alvarez la definen como “un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable”⁷

Adriana Schiffrin da la que ella considera la “definición clásica” de mediación, y dice que es la técnica mediante la cual son las partes mismas inmersas en un conflicto quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión.⁸

El proyecto Solo Mediación desarrollado por la empresa española Acord señala que la mediación es un método no adversarial y voluntario de gestión de conflictos, que incluye un tercero neutral, el mediador, con la función de ayudar a que las partes involucradas en un conflicto puedan negociar desde la colaboración, una resolución del mismo satisfactoria para todos. También la define como un proceso voluntario, flexible y participativo de resolución pacífica de conflictos, a través de los cuales las partes se reúnen con un tercero (el mediador) que los asiste en la negociación del acuerdo que contemple los intereses de cada una de ellas”⁹

También puede ser definida como un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación. Los interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismas el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal. La decisión a la que eventualmente arriben es elaborada por ellas mismas y no por un tercero, como en el caso de un pronunciamiento judicial.

Finalmente, queremos mencionar la definición planteada por Christopher Moore, ya

⁵ CASTORIADIS, C. 1986. Sobre el Político de Platón. Madrid: Fondo de Cultura

⁶ SIX, J.F. 1995. Les Temps des mediateurs. Paris: Desclee de Brower, coll. Cultur de Paix, Paris

⁷ HIGTON, E.; ALVAREZ, G.1997. Mediación para resolver conflictos. Bs. Aires:Ad-Hoc. Pág. 122.

⁸ SCHIFFRIN, A. 1996. La Mediación: Aspectos Generales. Bs. Aires: ed. Paidós. Pág. 6.

⁹ www.solomediación.com

que nos parece muy completa y adecuada, para luego hacer un somero análisis de sus componentes. Para él, la mediación es “la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”¹⁰.

En primer lugar, Moore señala que para que exista un proceso de mediación, las partes deben sentarse a negociar. En este sentido, el mediador juega un rol fundamental, ya que él conoce las técnicas y procedimientos para lograr que las partes en conflicto sean más eficaces en la búsqueda de una solución.

La *intervención*, alude a la “incorporación a un sistema dinámico de relaciones, para manifestarse entre 2 o más personas, grupos u objetos, con el propósito de ayudarlos. Hay un supuesto implícito importante en la definición y es necesario conferirle carácter explícito: el sistema existe independiente del interventor”(Argyris, 1970, pág. 15). La importancia que Moore le asigna a esta intervención, es que el tercero puede modificar la dinámica de poder, influyendo sobre las creencias y comportamientos de las partes, proveyendo de información o usando un procedimiento más eficaz, lo que redundará en alcanzar una solución al problema.

En tercer término se encuentra la aceptabilidad. Esto se refiere a que las partes permiten que un tercero los ayude a solucionar su disputa, aunque no sea de su agrado el hecho de dar cabida a este tercero. Significa que aprueban su presencia y están dispuestos a escucharlo.

En cuarto lugar tenemos la imparcialidad y la neutralidad. La imparcialidad, de acuerdo a Moore, es la actitud del interventor, significa no dar opiniones tendenciosas o preferir a alguna de las partes por sobre la otra. En cambio, la neutralidad se refiere al comportamiento o actitud del mediador ante las partes, y supone que éste no haya tenido un contacto previo con aquellas.

Estas definiciones nos dan luces claras y precisas de lo que es la mediación, también ellas nos muestran sus principios y características, puntos que desarrollaremos más adelante.

1.2.2. Concepto de mediación desde el punto de vista penal

1.2.2.1. Nociones previas

Nos interesa ahora dar alguna aproximación a lo que es la mediación desde el punto de vista penal, por cuanto es fundamental para el desarrollo posterior de nuestra memoria.

El derecho penal se ha expandido principalmente debido a la revolución tecnológica de finales del siglo pasado, lo que derivó en un proceso de globalización mundial que acarreó nuevos riesgos para nuestras sociedades actuales. De acuerdo a A. Garapón se da que “la brutal aceleración de la expansión jurídica no es coyuntural sino que está vinculada a la dinámica propia de las sociedades democráticas... La explosión del

¹⁰ MOORE, C. 1999. El Proceso de Mediación. Bs. Aires: Ed. Granica. Pg. 44

número de procesos no es un fenómeno jurídico sino social. Se origina en una depresión social que se expresa y se refuerza con la expansión del derecho”.¹¹ Para Garapón, esto se debe a que la sociedad, insatisfecha ante la deficiente atención de sus problemas que le brinda el gobierno de turno, acude a la Justicia para resolverlos, y el sistema penal colapsa ante esta situación.

Las tendencias en muchas partes del mundo, como hemos visto, indican un acercamiento de los sistemas jurídicos a los sistemas alternativos de resolución de conflictos. La razón se debe a que los ordenamientos jurídicos tradicionales no han podido afrontar la demanda de casos que requieren de soluciones por diversas razones (como la explosión demográfica, los avances tecnológicos, los cambios de pensamiento) La “aldea global” en que se ha convertido el planeta exige soluciones rápidas y eficientes a los problemas que surgen cada día, y los sistemas antiguos, representados por el proceso judicial, no han podido hacer frente a dichas demandas.

Otro de los aspectos importantes y que ha influido en el derecho penal es el cambio que ha experimentado el mundo a lo largo del siglo XX en el ámbito comunicacional. Comunicación y lenguaje pasaron a formar parte primordial de la nueva concepción de lo humano. Ello sumado al incesante avance tecnológico trajo aparejado el debate acerca del papel de la comunicación en la vida de relación. Comunicación digital, autopista informática, internet, etc., son claros ejemplos.

Todo esto a llevado a una redefinición del hombre y del lenguaje. Y en todos estos cambios, el derecho no puede estar ausente. Han ido surgiendo nuevas formas de ver el derecho penal. El entender el delito como un conflicto y no como una mera infracción a una norma; el entender a la víctima como un real protagonista en el proceso y dejar de ver al Estado como el expropiador del conflicto; el entender al Poder Judicial como parte esencial del estado y sus actos como un verdadero servicio en la búsqueda de la paz social; el priorizar la prevención a la represión; son todas caras de una misma moneda.

Este “entender a la víctima como un real protagonista en el proceso”, surge de la idea clara de que sin víctima no puede haber delito. Winfried Hassemer¹² dice que “la víctima es un partícipe necesario en las constelaciones del delito más clásicas: hurto, robo, estafa, lesiones, homicidios o injurias. Quien no encuentra un objeto de ataque válido como víctima no podrá ser autor de un delito”¹³

Eleonora A. Devoto¹⁴ en su artículo “Sobre la Mediación Penal. Algunas consideraciones relativas a su justificación teórica”¹⁵, plantea que han ido surgiendo ideas que buscan vincular principios de las ciencias penales con los métodos alternativos de resolución de conflictos. Surge la idea de la primacía de la víctima en contraposición a

¹¹ GARAPON, A. 1997. “Juez y democracia. Una reflexión muy actual”. Madrid: Flor de Viento Ediciones. Pág. 19.

¹² Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Frankfurt AM Main, Alemania.

¹³ www.fiscaliageneralsm.gov.ar/SITIO/mediacion%20penal.htm

¹⁴ DEVOTO, E.. Defensora Pública de Tribunales Orales Criminales en lo Federal. Investigadora Permanente del Instituto Ambrosio Gioja de la Universidad de Bs. Aires. Profesora regular de la Facultad de Derecho de la UBA y otras universidades.

la expropiación del conflicto hecha por el Estado. Este es uno de los mayores cuestionamientos que hacen los movimientos críticos del sistema penal, ya que señalan que al “sustraer” a la víctima el conflicto, el Estado se limita a establecer las sanciones con un sentido retributivo o de prevención general, cumpliendo su objetivo de control social, en tanto la víctima se limitaba a ser un mero espectador.

Esta situación de olvido en que quedó la víctima se ha manifestado siempre, incluso con el nacimiento de los Estados Modernos (que establece la delegación del *ius puniendi* en el estado), lo que en los últimos tiempos ha ido cambiando.

El reconocimiento que hoy se da a la víctima como actor importante, ha hecho variar los objetivos clásicos de la pena. Ya no se busca solamente la retribución o la prevención, sino también la reparación del daño causado¹⁶

Los RAD intentan subsanar esta omisión y le otorgan a la víctima (entendiendo por tal desde un punto de vista jurídico penal amplio al individuo y a la comunidad que sufren las consecuencias del delito¹⁷) un protagonismo único, al dejar en sus manos la oportunidad de resolver el conflicto.

Pero no sólo en manos del afectado por el delito queda la oportunidad de llegar a una solución. El infractor de la norma establecida, del mandato legal impuesto, también ocupa un lugar importante. Con la mediación, el autor se enfrenta a su víctima y al daño que ha causado, asume que ha cometido un error y se da cuenta de que la única manera de reparar los perjuicios es apegándose a la legalidad y responder por lo hecho. Además, existe otro elemento fundamental que nos permite entender la importancia de darle la oportunidad al infractor de buscar una enmendar su error: ante la eventualidad de alcanzar un acuerdo con la víctima, dicho acuerdo tendrá la legitimidad de haberse logrado por las partes. Ellas sentirán que la solución alcanzada es justa y por tanto, se verán compelidos en su fuero interno a cumplirla, cosa que raramente ocurre cuando se trata del cumplimiento de una sentencia judicial.

Por lo tanto, además de asegurar la primacía de la víctima, por medio de la restitución de su conflicto y la reparación del daño, los RAD y en especial la mediación, favorecen la “prevención de integración”, esto es que el autor del ilícito enfrente a su víctima y al problema, para que asuma su reingreso a la legalidad y evite la imposición de

¹⁵ Conferencia organizada por la Comisión de Arbitraje y Mediación de la Cámara Argentina de Comercio. 2001. Artículo publicado en la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, 2001.

¹⁶ ROXIN, C, Catedrático emérito de la Universidad de Munich. El alude a la reparación como “la tercera vía” del derecho penal, que reemplace a la pena en los supuestos de delincuencia leve y media, y que la atenúe en los casos de ofensa de mayor gravedad. Sin embargo, este autor no considera a la reparación como un objetivo del sistema penal, sino que se incluye en la llamada prevención general positiva, específicamente prevención de integración, ya que la reparación enfrenta al autor con víctima, lo hace comprender el problema y su necesidad de reparar el daño causado, lo que lo hace ingresar a la legalidad.

¹⁷ Existen varios conceptos de lo que se entiende por víctima: 1)Significado Original: persona o animal sacrificado en honor a una divinidad 2)Significado General: persona que sufre los resultados infelices de los propios actos, de otros o fortuitos 3) Significado Jurídico-General: aquella persona que sufre directamente una lesión o amenaza a un bien tutelado por el derecho 4) Significado Jurídico-Penal-estricto: individuo que sufre directamente las consecuencias de la violación de la norma penal

una condena humillante y estigmatizadora.

En definitiva, nos encontramos hoy ante la necesidad de establecer “modelos menos punitivos, de supremacía de la víctima y que contengan un grado aceptable de ayuda social al agresor, generalmente perteneciente a los estratos sociales más desfavorecidos”

¹⁸

La mediación penal se constituye entonces, en uno de estos modelos menos punitivos. Está diseñado de tal manera que en primer lugar, se haga un reconocimiento de la víctima; que en segundo término se satisfagan los objetivos del derecho penal sin un afán de venganza sobre el agresor; y en tercer lugar que se aplique la pena sólo cuando la protección de los bienes jurídicos no aparezca posible por medios menos gravosos.

1.2.2.2. Concepto de Mediación Penal

María Elena Caram en su libro “Hacia la Mediación” ¹⁹ da un concepto de mediación en general, para luego dar uno de mediación penal:

a) Mediación en general: sistema alternativo, no excluyente, de resolución de conflictos, donde las partes asistidas por un tercero neutral, son acompañadas en el proceso de toma de decisiones con relación a su desacuerdo. Se trata de un proceso voluntario, confidencial, flexible, donde las decisiones son auto-compuestas, centrado en el futuro, donde se enfatizan las necesidades reales de los participantes.

b) Mediación Penal: es un método voluntario, confidencial, donde el mediador neutral asiste a las partes en un proceso interactivo, apuntando a la satisfacción de sus necesidades, con relación a un episodio que han vivido en común, que en la percepción de alguna de ellas, podría ser desplegado en el escenario del proceso penal, no sólo con las consecuencias propias de este procedimiento, sino con la posibilidad de que el mismo concluya con una sentencia condenatoria que implique la pérdida de la libertad para la persona culpable.

Las definiciones aportadas por la autora son similares. De acuerdo a ella, la mediación penal tiene las mismas características de la mediación en general. Sin embargo, la particularidad de la primera es que las partes median respecto de un episodio que eventualmente puede resolverse a través de un proceso penal, cuyas hipotéticas consecuencias pueden ser una sentencia condenatoria de privación de libertad. Por esto la mediación penal tiene un componente de presión adicional: la víctima se juega la posibilidad de obtener una reparación satisfactoria por el daño que ha sufrido; y no menos importante, el imputado tiene la oportunidad casi única de evitar que termine en la cárcel.

Gema Varona Martínez señala que la mediación penal “es un proceso de comunicación en el que la víctima y el infractor llegan a un acuerdo, con ayuda de un

¹⁸ Idem (11)

¹⁹ CALAM, M.E. 2003. “El espacio de la Mediación Penal”. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas. <www.cejamericas.org>

tercero, que supone una reparación de los daños causados, materiales e inmateriales y que, en su caso, afectará el proceso penal”²⁰.

El Consell dels Il·lustres Col·legis d’ Advocats de Catalunya señala que la mediación penal consiste en “la participación voluntaria del imputado por un delito o falta y de la víctima o perjudicado, en un proceso de diálogo y comunicación, conducido por un mediador imparcial, con el objetivo fundamental de conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto desde una perspectiva justa y equilibrada a los intereses de ambas partes”²¹. Ellos basan su definición en el objetivo fundamental de la mediación penal, que es conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto.

Cristina Merino Ortiz y Carlos Romera Antón, definen la mediación penal como “aquel proceso formal en el que dos partes enfrentadas, al menos, a causa de un determinado suceso (delito), deciden confrontar sus puntos de vista y buscar una solución libremente acordada a su conflicto con la ayuda de un tercero que actúa desde una posición, por y/o en principio neutral”²².

En esta definición tenemos que víctima y victimario deben encontrar una solución a su problema. El mediador sólo facilita la comunicación entre ellas para alcanzar un acuerdo.

Desde este punto de vista, la mediación es considerada una medida de justicia restaurativa. Se parte con una toma de conciencia en que el autor se da cuenta del hecho delictivo, para luego asumir su responsabilidad y reparar el daño provocado, evitando el dolor y la estigmatización que puede ocasionarle un proceso judicial. Además, y como ya hemos señalado, se le da un papel protagónico a la víctima, al devolverle el conflicto a sus manos.

1.3. Características de la Mediación

1.3.1. Características de la mediación en general

Como hemos visto, las diversas definiciones de mediación que hemos expuesto nos muestran una serie de características de este procedimiento. La idea a continuación, es explicar brevemente cada una de ellas.

Las características de la mediación son las siguientes²³ :
es un procedimiento no adversarial

²⁰ VARONA MARTINEZ, G. 1998. “La Mediación Reparadora como estrategia de control social”. Granada: Ed. Comares. Pág. 2

²¹ “La mediación como alternativa o complemento al proceso judicial.” Artículo publicado en www.togas.biz/togas35/consell_coladvocats.htm

²² Mediación y Drogas: una alternativa preventiva. Artículo publicado en www.ieanet.com/boletin/opinion.html?o=12

²³ Sin perjuicio de que pudiesen existir más características, nosotros señalamos las más importantes.

es un método voluntario
confidencial
autocompositivo
priman la comunicación y la cooperación
pone el énfasis en el futuro
informal, pero con estructura
es un método económico en cuanto tiempo y dinero
prima la neutralidad y la imparcialidad

1. Es un procedimiento no adversarial: con el nacimiento de los estados modernos, se comienza a reglamentar la vida en sociedad. Se busca castigar a los culpables de delitos establecidos en la ley, por medio del castigo y la represión. Con esto se potencia la conducta adversarial, de litigio. El Estado, junto con los abogados, “expropian” el conflicto de nuestras manos para resolverlo. Se hacen cargo de nuestros problemas y los resuelven, sin que nosotros tengamos injerencia alguna en este proceso. Esta forma de ver al conflicto como algo negativo, hace que las partes, o más bien sus abogados, se enfrenten en los tribunales, con la única intención de ganar, y consecuentemente haciendo perder a la otra parte.

La mediación es un método alternativo de resolución de conflictos. Es alternativo al proceso judicial, por tanto es no adversarial, es colaborativa. Lo que se busca es que las partes se encuentren en este proceso, donde el mediador debe ser un facilitador de la comunicación que ayude a las partes a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria. El que beneficia a ambos debe ser del tipo: “Yo gano, tú ganas”

La idea es que las partes no vean al conflicto como algo negativo que hay que evitar como sea. Deben verlo como una posibilidad de cambio que permitirá, en caso de alcanzar una solución, aliviar y mejorar la relación, y además los ayudará a crecer como seres sociales. Las partes deben ver el conflicto como una oportunidad de crecer. Es lo que se conoce como la visión transformadora del conflicto.²⁴

2. Es un procedimiento voluntario: las partes de un conflicto deciden participar o no en el proceso de mediación y ponerle fin en cualquier momento; no están obligadas a llegar a un acuerdo. Esta característica es fundamental: las partes no están obligadas a alcanzar un acuerdo determinado, ni siquiera están forzadas a sentarse a la mesa. ¿Cuál es la importancia de esto?. Que ante la eventualidad de que se alcance un acuerdo, la legitimidad de éste, y el compromiso de las partes para cumplirlo, será mayor a si la solución se alcanzó en un procedimiento forzado, donde las partes se vieron obligadas a participar.

3. Es un procedimiento confidencial: el mediador, las partes y cualquier otra persona que intervenga en la mediación, no pueden revelar lo sucedido en las sesiones, salvo autorización expresa de los involucrados. Esta es una de las características sustantivas de la mediación. En Argentina, por ejemplo, antes de iniciar las sesiones, se firma un

²⁴ Para mayores referencias sobre la visión transformadora del conflicto ver “La Promesa de Mediación”, de Folberg J.P.

"Convenio de Confidencialidad"²⁵ .

En Chile, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago establece la confidencialidad como elemento de la mediación en su Código de Ética.²⁶

La confidencialidad es un elemento que da confianza a las partes, por cuanto ellas, muchas veces quieren mantener el conflicto en privado, lo que sería muy improbable en caso de un litigio judicial. Así por ejemplo, las grandes empresas quieren mantener en silencio sus conflictos con los clientes, para que su prestigio no se vea afectado; un matrimonio no desea que sus desavenencias conyugales se sepan porque quieren evitar que sus hijos se vean más dañados; los países en conflicto no quieren que las mediaciones de terceros arruinen las posibilidades de paz.

Además, la confidencialidad es necesaria por cuanto existen ocasiones en que una parte no quiere que la otra sepa hechos, cosas o sentimientos que quiere mantener en silencio. Esto ocurre muchas veces en las sesiones privadas de una mediación, donde una parte cuenta algo al mediador, pero que prefiere que la otra parte no sepa. Por eso es necesario un mediador preparado y discreto, ya que ante la eventualidad de que revele algo importante que le estaba vedado decir, la mediación probablemente fracasará.

4. Es un método autocompositivo: los métodos de resolución de conflictos tienen un sinnúmero de clasificaciones: una de ellas los divide en 4 grupos, que son la autotutela, la heterotutela, la autocomposición y la heterocomposición.²⁷

a) Autotutela: es aquella forma por medio de la cual se obtiene una solución de carácter privada a los conflictos sociales que puedan existir entre los individuos. Se caracteriza esta forma de solución de conflictos, por la utilización de la fuerza por parte de

²⁵ En este convenio se establece que el mediador no podrá revelar lo sucedido en las sesiones ante el Juez ni ante terceros ajenos al marco de la mediación. Tampoco podrá revelar lo que las partes le confíen en sesiones privadas, salvo autorización previa. Las partes y todos los que hayan intervenido o presenciado la mediación, también se comprometen a respetar el deber de confidencialidad. La ley de Mediación y Conciliación n ° 24.573 dictada en Argentina, establece en su artículo 11 que *"las actuaciones serán confidenciales. El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, pudiéndolo efectuar en forma conjunta o por separado, cuidando de no favorecer, con su conducta, a una de ellas y de no violar el deber de confidencialidad"*

²⁶ **Artículo 10º:** Toda la información entregada por las partes durante el proceso de mediación, así como el proceso mismo, son absolutamente confidenciales. En consecuencia: **a)** Queda vedado al mediador revelar la información obtenida durante el proceso de mediación, tanto a la Justicia como a terceras personas ajenas a la mediación, salvo que se trate de un hecho constitutivo de un delito de aquellos que la Ley obliga a denunciar. Este deber de confidencialidad se aplica igualmente a las partes y a todas aquellas personas que participen en la mediación en calidad de observadores, abogados, peritos así como a todo el personal del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. El mediador no podrá revelar a una de las partes lo que la contraria le haya confiado en sesión privada, salvo que cuente con su expresa autorización para hacerlo. En la primera sesión que celebre el mediador con las partes, se firmará un convenio de confidencialidad. Si se celebra un acuerdo escrito, éste no será confidencial, salvo que las partes determinen lo contrario. **b)** Todas las actuaciones escritas que guarde el Centro en relación a las mediaciones son estrictamente confidenciales. El Centro se reserva sin embargo la facultad de utilizar los datos de sus casos de mediación con fines únicamente estadísticos y de capacitación interna, sin revelar los nombres de las partes ni el contenido de la mediación.

²⁷ MATURANA, C. Apuntes de Derecho Procesal I. 1997

los individuos que son parte del respectivo conflicto. Las personas buscan hacer justicia por sí mismas sin recurrir a un tercero para que dirima el problema. Son medios prohibidos por la ley, salvo excepciones como la legítima defensa o en caso de guerra.

b) Heterotutela (o heterodefensa): por este medio, un tercero ajeno a las partes involucradas en el conflicto lo resuelve unilateralmente, asumiendo el punto de vista de una de ellas. Ejemplos son: la legítima defensa de terceros, y antiguamente el linchamiento y la venganza de sangre.

c) Heterocomposición: mediante ellos, un tercero ajeno a las partes resuelve el conflicto, considerando de manera imparcial y con perfecta igualdad los puntos de vista implicados. Los más conocidos son el arbitraje y el proceso.

d) Autocomposición: los propios sujetos inmersos en el conflicto lo resuelven mediante un procedimiento en que se consideran, en perfecto equilibrio e igualdad, todos los puntos de vista. Reviste 2 modalidades:

1. Sin intervención de terceros: las partes debaten o negocian solas.

2. Con intervención de terceros: las partes debaten o negocian con el auxilio de un tercero. El método no se vuelve heterocompositivo, por cuanto el tercero sólo ayuda a las partes a alcanzar una solución, él no resuelve el conflicto. Según la naturaleza del tercero existen 2 modalidades:

2.1. Conciliación: mecanismo en que el tercero tiene como función institucional, la resolución de conflictos.

2.2 Mediación: las partes son las que directamente resuelven su controversia, siendo la participación del mediador únicamente como facilitador de la comunicación entre ellas.

5. Es un método cooperativo y de comunicación: la mediación se ha desarrollado a partir de la evolución de la teoría de la comunicación. Existen dos grandes movimientos o momentos: en el primero, se buscaba limitar y encauzar una estructura de comunicación con algún grado de disfunción, con lo que se sobresaturaban los intercambios con elementos disociativos que alejaban a las partes de una percepción de conjunto del conflicto y de sus posibilidades de resolución. En el segundo, la mediación significa una apertura creativa de comunicación, nace la cooperación y el pensamiento constructivo. En este caso, la forma en que el mediador se comunique producirá efectos en la comunicación entre las partes. El mediador, por medio de la comunicación, se convierte en la base de la interacción entre las partes: él informa a las partes las características del proceso y las reglas del juego y facilita alcanzar un acuerdo consensuado²⁸

Que sea un método cooperativo y de comunicación significa, por una parte, la disposición para obrar conjuntamente con otro u otros, con el fin de alcanzar una misma meta; y por otra, como la capacidad para imaginar diversidad de formas y recursos que permitan desarrollar eficientemente el procedimiento en cada caso, así como para apoyar e impulsar a las partes en la construcción de acuerdos satisfactorios; desde este principio, la mediación para tener buen éxito, requiere de que el mediador conjuntamente con los mediados, trabajen para que éstos puedan generar todas las opciones posibles

²⁸ LINK, D. 1997. "El valor de la mediación". Bs. Aires: ad-hoc.

para la solución de su conflicto, procurando acuerdos económicos y satisfactorios.

Por esto la comunicación es un factor relevante entre las partes. A través de ella se busca que las partes se autoexpresen lo más posible, dentro de un contexto que ofrezca información y apoyo a los participantes.

6. Pone énfasis en el futuro: recordemos que en la gran mayoría de los casos, las partes en conflicto continuarán de una forma u otra relacionándose, por ejemplo: ex cónyuges que seguirán teniendo hijos en común y comerciantes en el mismo ramo. Por eso, la mediación es un proceso que pone énfasis en el futuro, puesto que más que juzgar las culpas del pasado o buscar la historicidad del asunto, propicia las condiciones para encontrar una solución satisfactoria al conflicto, que preserve las relaciones entre las partes en el tiempo.

7. Informal, pero con estructura: es informal por cuanto no está sujeto a reglas procesales, no existen plazos ni condicionamientos formales, es absolutamente flexible. Sin embargo tiene una estructura definida y que es la siguiente ²⁹ :

Audiencia de Apertura:

- presentación de las partes y del mediador.
- discurso de apertura ³⁰

Sesiones Conjuntas:

- se indagan los intereses de las partes.
- se analizan posibles opciones de acuerdo (se utiliza el brainstorm ³¹)

Sesiones Privadas con las partes:

- se evalúa la mejor alternativa al acuerdo negociado (MAAN)
- se indagan posibles intereses ocultos.
- se utiliza la técnica del rol de agente de la realidad ³²

8. Es un método económico en cuanto tiempo y dinero: en cuanto al tiempo, ya que la mediación dura pocas horas, o a lo sumo algunas sesiones; en cuanto a dinero, ya que el honorario del mediador está normalmente determinado según el tiempo que efectivamente trabaja y no en función del importe que esté en juego. Estas características se oponen a las del juicio, los cuales muchas veces son costosos en tiempo y dinero.

²⁹ El procedimiento de mediación es explicado en el libro "El Valor de la Mediación" de Delina Carr
³⁰ En el discurso, el mediador debe indicar a las partes que se espera que ellas expresen la capacidad de negociación de las partes y los intereses de cada una de ellas.

³¹ Brainstorm: es una técnica de generación de ideas que consiste en que el mediador plantea un problema o situación y los participantes expresan libremente todas las ideas que se les ocurren, sin que el mediador intervenga para evaluarlas o criticarlas. La técnica se utiliza para generar ideas y soluciones creativas.
³² Técnica comunicacional que pone a prueba los criterios de realidad con que operan las personas

retribuciones especiales de una de las partes como compensación por los favores prestados al encauzar la mediación".³³

Folger y Taylor coinciden de alguna manera cuando relaciona la neutralidad con las "afiliaciones", afectos o desafectos que el mediador pueda tener respecto de una de las partes, de manera que, en el proceso, puedan ocasionar un conflicto de intereses. La imparcialidad, afirman, "significa libertad de favoritismos... implica un compromiso para ayudar a todas las partes, y no a una sola de ellas, a alcanzar un convenio mutuamente satisfactorio"³⁴. El mediador no va a jugar un rol ni de abogado ni de adversario de alguna de las partes.

Para nosotros, la neutralidad denota una posición indefinida, amorfa, asexuada, un ser nada. La imparcialidad, en cambio, corresponde a una conducta equitativa y ecuánime. Por eso preferimos, así como muchos otros autores, hablar de la imparcialidad del mediador. La imparcialidad implica ser objetivo para contribuir con las partes, por igual, en orden a construir un acuerdo mutuamente satisfactorio.

1.3.2. Características particulares de la Mediación Penal

Recién hemos realizado un análisis de las características de la mediación. Todas ellas, en mayor o menor medida, son también características de la mediación penal.

Lo que queremos hacer ahora es señalar algunas características propias del espacio de la mediación penal, y en algunos casos, compararlas con la otra alternativa, el tradicional proceso judicial:³⁵

1.La privacidad: la entendemos como la no-exposición de las partes y sus cuestiones, más allá de lo que ellas quieran ventilar. No es lo mismo que la confidencialidad, ya que ésta se establece en el ámbito de la mediación como la obligación de no divulgar las conversaciones propias de la mediación, ya sea en las sesiones conjuntas o privadas. La confidencialidad supone un clima de reserva que el mediador tiende a instalar cuando se ha alcanzado algún grado de confianza.

La privacidad en la mediación no implica necesariamente intimidad, ya que no existe un propósito deliberado de que se divulguen los secretos de las personas. La privacidad que se alcanza es la que proviene de la concentración de las partes en el hecho que han sufrido, la reflexión del mismo, el intercambio de emociones y percepciones, y la búsqueda de un acuerdo. El límite, de acuerdo a Haynes, es éste: el mediador sólo entrará a la sala de la casa de la familia para conocerla, entender sus códigos y comprenderlas mejor, pero no entrará en su dormitorio, porque no es su ámbito³⁶.

³³ MOORE, C.1996. El Proceso de Mediación. Bs. Aires: Granica

³⁴ FOLBERG, J.; TAYLOR, A. 1992. Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigio. México: Grupo Noriega Editores.

³⁵ CALAM, M.E. 2003. El espacio de la Mediación Penal. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas. www.cejamericas.org

³⁶ Conferencia de John Haynes organizada por la Fundación Libra, en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Bs. Aires. 1999.

El proceso judicial también respeta alguna privacidad. La reserva de las partes depende de lo que ellas quieran dar a conocer en el expediente o en las audiencias orales. Sin embargo, muchas veces los contenidos de los expedientes se filtran y se hacen públicos, y la privacidad se pierde.

2. La Percepción del Tiempo: los tiempos del proceso se miden por plazos. Los abogados y las partes deben estar constantemente cumpliendo los términos. El problema está en que muchas veces los plazos procesales no son iguales a los tiempos reales de los conflictos, los que suponen el cómo están las personas, sus procesos de comprensión de pérdidas, duelo, dolor, etc.

El tiempo de la mediación es breve. Se busca que las partes analicen lo que pasó y encuentren alguna solución en un período corto y reflexivo. En este tiempo, deberá darse un proceso transformativo, de comprensión y clausura en la víctima, y de responsabilización en el infractor³⁷. Estos procesos son absolutamente necesarios para que la víctima supere el episodio y para que el victimario tome conciencia y se haga cargo de sus actos.

3. La Palabra: el juicio es egoísta, ya que casi no da la palabra a los protagonistas. Estos prácticamente no tienen la oportunidad de intervenir en las actuaciones judiciales, a diferencia de los operadores del sistema judicial (funcionarios del juzgado, abogados, asesores, peritos forenses, etc), cuya palabra en muchas ocasiones es de suma importancia y puede afectar el desarrollo del juicio.

El lenguaje de las partes quedará reducido a las traducciones que sus abogados hagan, restándoles la espontaneidad y sinceridad que aquellos le dieron.

En la mediación, en cambio, la palabra adquiere un espacio de mayor plenitud. La confidencialidad, el intercambio de información, los procesos comunicativos que el mediador desarrolla, sumado a su empatía, hacen que la expresión de las partes sea mayor. Los participantes pueden narrar su historia y reflexionar sobre ella bajo la atenta mirada del mediador. Aquí sólo hablan las partes. El mediador lo hace lo menos posible. El discurso legal aparecerá sólo al momento de discutir la alternativa escogida.

En definitiva, este otorgamiento de la palabra hace que las partes fortalezcan su percepción de sí mismas, de su capacidad de decisión, de pensar y comprender.

4. Las Categorizaciones: lo que hace el proceso judicial es establecer estereotipos: por un lado la víctima, la persona que ha sufrido, que ha perdido algo o a alguien y que merece todo nuestro respeto y atención; y por otro el victimario, el delincuente que ha inflingido un sufrimiento innecesario y que merece nuestro desprecio y desaprobación. Con la sentencia se termina por estigmatizar a la persona. De individuo pasa a ser un delincuente, una paria de la sociedad.

A estas categorizaciones contribuyen también los operadores del sistema, quienes a través de sus pericias, informes técnicos o sociales, ayudan a estigmatizar a estos sujetos.

³⁷ EILBAUM. D. Disertación en el marco de las Jornadas de Encuentro de Mediadores, organizadas por Mediadores en Red, Chapadmalal, 2001.

Para muchos autores, en la mediación ocurre algo similar. Existe un infractor, hay una víctima y un mediador.³⁸ También están en muchos casos los asesores legales.

En los hechos, esta situación es real, y el mediador no puede hacer nada ante esta situación.

Sin embargo, el mediador tampoco puede quedarse de manos cruzadas. Como señala María Elena Caram, no se trata de dar vuelta las cosas y convertir a víctima en autor, y al infractor en ofendido (sin perjuicio de que hay casos en que en conflictos con un contexto vincular previo las cosas puedan ser así) Pero tampoco la mediación debe ser un espacio donde sólo se ratifiquen estas situaciones previas. Debe ser un espacio para pensar las cosas desde una mirada distinta, dando un paso adelante para ver la solución.

Es por eso que el mediador debe actuar equilibradamente, es decir, ayudar a las partes por igual, dependiendo de lo que necesiten en este proceso. Él no va a juzgar las calidades de víctima y victimario. Lo que importa es cómo las partes se percibirán entre sí, y no cómo las ve él.

No se debe juzgar ni condenar o absolver en una mediación. De lo contrario, la sala de mediación se transformaría en un pequeño patíbulo privado, en un teatro de control social. ¿Cuál sería la consecuencia de ello? Que nos llenaríamos de especies de “tribunales del pueblo”.³⁹

2. LA REPARACIÓN

2.1. Consideraciones preliminares

A pesar de que el concepto de “reparación” -y en general la discusión dogmática acerca de su función en el sistema penal, en particular acerca de si la reparación del daño puede insertarse como una forma legítima de reacción frente a la comisión de un delito, junto con las penas y las medidas de seguridad-, no constituye precisamente el tema central del presente trabajo –que pretende realizar un análisis más profundo en torno a los llamados “acuerdos reparatorios”, que constituyen una salida alternativa en el Nuevo Proceso Penal, a la luz del concepto y los principios de la mediación-, su inclusión en este primer capítulo resulta, a nuestro juicio, imprescindible, y ello por dos razones fundamentales.

La primera es que a través del análisis del concepto de reparación y sus implicancias político-criminales podremos encontrar el argumento central para justificar la aparición en el nuevo proceso penal de las “salidas alternativas”, y en particular de los “acuerdos

³⁸ VON GASSE, L. Conferencia pronunciada en Bs. Aires, Universidad católica Argentina, “Jornadas sobre Minoridad”, 2000.

³⁹ COHEN, S. Visiones de Control Social, pág. 323. Promociones y publicaciones Universitarias S.A. 1988

reparatorios”. En efecto, y como se verá más adelante, la reparación del daño en el derecho Penal tiene la “virtud”, por decirlo de alguna manera, de ayudar a encontrar soluciones distintas, más justas y sobre todo más positivas, para la víctima, el delincuente y la sociedad toda, que la alternativa que implica la imposición de una pena o una medida de seguridad. En este sentido, y bajo determinados supuestos que serán analizados en detalle, los “acuerdos reparatorios” representan una reacción estatal frente al conflicto penal que prescinde por completo de la imposición de una pena y, al contrario, busca una solución que nace del acuerdo que puedan lograr la víctima y el imputado. Esta idea de solución nace, en nuestra opinión, de la discusión doctrinaria que hace algo más de veinte años se ha venido dando en torno al tema de la reparación y su inclusión como una de las formas de reacción frente al delito, que incluye la búsqueda de soluciones diferentes a la pena y las medidas de seguridad bajo un prisma que incluye el re-posicionamiento de la víctima como eje central del conflicto penal, e incluye a su vez una preocupación por la resocialización del delincuente y el restablecimiento de la paz social en general, que se ha quebrado con la comisión del delito. La discusión no ha sido pacífica, y en doctrina se pueden encontrar diferentes puntos de vista acerca del tema. Sin embargo, la idea principal, que consiste en buscar soluciones diferentes en un sistema penal anticuado que *debe* constituir la última ratio del Estado en la represión de los delitos, es la misma en casi todos los autores ⁴⁰. El legislador de la RPP ha abierto una puerta desconocida hasta el momento en el procedimiento penal: La inclusión de las salidas alternativas, entre ellas los “acuerdos reparatorios”, que son un fiel reflejo del espíritu de encontrar soluciones diferentes frente a la comisión de un hecho ilícito, lo cual es producto y derivación del concepto de reparación y sus implicancias político-criminales.

La segunda razón es más bien una derivación de la primera, y consiste en que del análisis que se ha realizado de la reparación, una de las formas de “reparar” el daño causado, además de las prestaciones pecuniarias, consiste justamente en el acuerdo al que pudieran llegar víctima y delincuente, sea a través de un proceso de negociación o de mediación propiamente tal. La idea de reparar, entre los autores más contemporáneos, tiene mucho más contenido que la entrega de dinero del delincuente a la víctima, y las alternativas a las que ambos pueden llegar luego de un proceso de negociación son ilimitadas y, dado que son el producto de un acuerdo directo entre las partes, a nuestro juicio dicho acuerdo resulta más eficiente que cualquier decisión judicial al respecto y tiene a su favor lo que ya decíamos, que la víctima tome el control del conflicto como eje central del mismo, se restablezca el equilibrio social y el delincuente, a través de un mecanismo que le permitirá hacerse cargo del conflicto y responsable de las consecuencias de éste, pueda formar parte de un proceso que eventualmente le permitirá resocializarse de una manera más sencilla, eficiente y barata que estar cumpliendo condena en un centro de detención penitenciario.

⁴⁰ En este sentido, ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho penal Parte General, Tomo I: “La estructura de la teoría del delito”, ed. Civitas, 2º edición, pág. 109, señaló: “La legitimación políticojurídica de la reparación del daño como una “tercera vía” de nuestro sistema de acusaciones la proporciona el principio de subsidiariedad.” Para ROXIN, si a causa del principio de culpabilidad no se justifica la imposición de una pena o medida de seguridad, en el sentido de que éstas satisfagan fines preventivo generales y especiales, entonces a causa del principio de subsidiariedad se podría justificar la inclusión de la reparación como tercera vía.

Por último, no podemos dejar pasar el hecho de que existen muchas críticas y zonas grises en torno a la idea de reparación. Algunas de ellas serán analizadas en el presente trabajo, en especial aquellas que atañen directamente a los “acuerdos reparatorios”. La mayoría de dichas críticas se centran en la pregunta acerca de cómo podemos reparar cuando el bien jurídico vulnerado con la comisión del delito es indisponible o es de aquellos considerados por la sociedad en general como “más importantes”, y respecto de los cuales no cabría reparación alguna, o al menos no una que permita desplazar la imposición de la pena. Por otra parte, surgen preguntas acerca del contenido mismo de la reparación, en el sentido si al acuerdo alcanzado entre víctima y delincuente se le puede poner límites o no, y ahí surge una pregunta todavía más relevante, y que tiene que ver con la presunta reprivatización del conflicto que en algunos casos la reparación podría significar respecto al delito, lo cual abre una discusión mucho mayor del tema. En lo que respecta a nosotros, nos limitaremos a realizar un análisis acerca del concepto de reparación, sus implicancias político-criminales y su adecuación en las “salidas alternativas” de la RPP.

2.2. El concepto de reparación

2.2.1. Introducción. Acercamientos históricos al concepto de reparación

El derecho penal ha estado tradicionalmente, y esto ocurre con absoluta certeza en Chile hasta antes de la RPP (en adelante RPP), estructurado en torno a los delitos, las penas y las medidas de seguridad. En otras palabras, una visión bastante simplista del derecho Penal nos permitiría concluir que éste se encuentra conformado por un conjunto de normas que tipifican ciertas conductas u omisiones y les otorgan el carácter de ilícitas, antijurídicas y culpables, frente a las cuales el estado reacciona a través de la imposición de una pena o medida de seguridad. En este sentido, Roxin ha señalado expresamente que “pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones –pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos-, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.”⁴¹ Desde este punto de vista, Roxin habla de un derecho penal como un “sistema de la doble vía”⁴², es decir, un sistema que sólo conoce como alternativas de reacción frente al delito a la pena o a la medida de seguridad, ello en contraposición a los sistemas de única vía o monistas, que conocen o sólo las penas o sólo las medidas de seguridad. El sistema de la “doble vía” se remontaría al penalista suizo Carl Stooss (1849-1934), quien promovió esta idea en sus proyectos de código penal suizo. En Alemania, por su parte, la idea del derecho penal de la “doble vía” tuvo como exponente principal a Franz Von Lizst.

⁴¹ ROXIN, op. cit. pag. 41.

⁴² ROXIN, op. cit., pag. 43.

Dentro del sistema penal en su conjunto se tienen, en consecuencia, dos tipos de reacciones, la penas y las medidas de seguridad. Sin embargo existe una tercera categoría, ya no penal sino vinculada al derecho Civil, y que tiene que ver con el resarcimiento de los daños y perjuicios de carácter civil que con el delito se han ocasionado, y cuya persecución se puede dar tanto en sede penal como en sede civil.⁴³ En este sentido, Bustos ha señalado: “Las consecuencias derivadas de un delito no sólo son la pena y la medida de seguridad, sino también las sanciones civiles de carácter reparador. ... las diferencias entre unas y otras residen en sus finalidades y en el principio de garantía. La finalidad de las penas y las medidas de seguridad es dar alternativas al sujeto, luego necesariamente están dirigidas sólo al autor del delito, y por ello son personales e intransmisibles. En cambio, la sanción civil persigue únicamente la reparación, luego no necesariamente está vinculada al autor y es por eso que puede ser transmisible a terceros.”⁴⁴

La delimitación entre el ámbito de la responsabilidad civil y la penal ha sido discutida ampliamente en doctrina. Para Bustos no se puede nunca llegar a fundir la pena con la sanción reparadora, el sistema no podría conducir a que la única finalidad del proceso penal fuese justamente la sanción reparadora, ya que entonces la amenaza penal (creemos que se refiere concretamente a la amenaza provocada por la imposición de una pena) se vería disminuida a tal nivel que desaparecerían las garantías de un estado de derecho respecto a los intereses privados.⁴⁵ La discusión acerca de los límites que debieran existir entre la persecución de la responsabilidad penal y civil es importante porque ella es la plataforma desde la cual se ha venido discutiendo y sobre todo formulando un concepto de reparación exclusivamente penal, independiente de la responsabilidad civil. Analicemos ahora los orígenes históricos de esta idea de reparación, la penal, y que es finalmente la que nos interesa en la búsqueda de su relación con los “acuerdos reparatorios” implementados en la RPP.

El interés que la doctrina penal contemporánea ha manifestado por el concepto de reparación y su incidencia en una eventual reformulación del derecho penal se ha venido dando, según Pérez Sanzberro, desde los años 70, sin perjuicio de que se puedan encontrar antecedentes más remotos, por ejemplo, en la Escuela Positiva Italiana del siglo XIX⁴⁶. Así, Garofalo y Ferri, principales exponentes de la Escuela Positivista

⁴³ En el procedimiento penal vigente actualmente en Santiago, luego de que el juez ha dictado la acusación de oficio o autoacusatorio, y ésta ha sido notificada (artículos 424 y 425 del Código de Procedimiento Penal), el querellante, si lo hubiera, puede interponer una demanda civil contra el acusado y terceros civilmente responsables, junto con la adhesión a la acusación de oficio o a la acusación particular que formulara (artículos 425, 427, 428 y 429 del Código de Procedimiento Penal). Asimismo, si el querellante o actor civil (que es quien no ha sido parte del Sumario Criminal) no interponen su demanda civil en el plazo que les franquea la ley, nada se interpone a que puedan ejercer la acción ante el Tribunal Civil competente, sin perjuicio que pierden la interrupción de la acción civil que hubiera operado.

⁴⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1989. “Manual de Derecho penal, Parte General”, Ariel S.A., 3º, pags. 416 y 417.

⁴⁵ BUSTOS, op. cit., pag. 417.

⁴⁶ PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe. 1999. “Reparación y conciliación en el sistema penal”, ed. Comares, pag. 7.

Italiana del siglo XIX, se planteaban la posibilidad de que la reparación a la víctima se articulara como una especie de sanción pecuniaria, que incluso en algunos casos podría desplazar a la pena privativa de libertad. Garofalo lo expresaba indicando que la indemnización a la parte perjudicada podría "... servir para la prevención de los delitos mejor que cualquier castigo... en muchos casos, será el sucedáneo de la pena congruente con la civilización de la época y con los principios de nuestra doctrina."⁴⁷ Maier, por su parte, da cuenta que en el período que precedió inmediatamente a la centralización del poder político, durante la época del derecho local o feudal, cuya fuente era esencialmente la costumbre, se postergaba la reacción autoritaria frente a la solución real del conflicto social concreto entre sus protagonistas de carne y hueso. La composición –como según Maier denominamos dicho sistema- entre los protagonistas reales del conflicto social, cuya materialidad consistía en un contrato reparatorio negociado entre ofendido y ofensor, constituía la meta ideal del sistema, que pretendía el regreso al orden pacífico comunitario, es decir, poner término a la guerra mediante un acuerdo de paz entre ambos sectores.⁴⁸ Hoy, la reparación surge como forma de reacción ideal o más racional, frente a la imposición de la pena. Como señala Maihofer, citado en un informe preparado por Welgend luego de las Jornadas de docentes en materia penal de la República Federal de Alemania, en 1981, citado a su vez por Maier: "En un derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente".⁴⁹ Este creciente interés por el concepto de reparación se ha dado transversalmente a lo largo y ancho de todo tipo de ideologías y posturas. Como señala Zipf, refiriéndose específicamente al tema de la conciliación, su "... fascinación reside en que a casi cualquier posición político-criminal, desde el abolicionismo hasta el movimiento por un derecho penal neoclásico, salen al paso aspectos susceptibles de aprobación."⁵⁰ Hoy en día, la discusión acerca de la reparación y la posición que debería tener dentro del sistema penal actual constituye uno de los temas centrales de la doctrina penal contemporánea, y que ha sido el origen de muchísimos trabajos y ponencias. Analicemos ahora el concepto mismo de reparación y la posición de algunos connotados autores al respecto.

2.2.2. EL CONCEPTO DE REPARACIÓN:

Definir la reparación desde un punto de vista político-criminal o derechamente penal resulta de vital importancia, pues a nuestro juicio da pie a que se exploren un sinnúmero

⁴⁷ GAROFALO, "Indemnización", pag. 71, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit.

⁴⁸ MAIER, JULIO, "El Ingreso de la Reparación del Daño como Tercera Vía del Derecho Penal Argentino", en: "Introducción al Sistema Penal", Jorge Mera Figueroa y Mauricio Duce Julio, 1996, ediciones Universidad Diego Portales (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales).

⁴⁹ MAIHOFFER, en: MAIER, JULIO, op. cit. pág. 346.

⁵⁰ HEINZ ZIPF, Introducción a la política criminal, Ed. Edersa. Madrid, 1979, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit.

de alternativas distintas y creativas en la resolución del conflicto penal, que no necesariamente tengan que ver con una retribución pecuniaria de los daños ocasionados. De esta manera, y en el contexto de los acuerdos reparatorios, surge la pregunta acerca de si fuese válido un acuerdo en el que la víctima, por ejemplo, pudiera negociar sobre la base de una contraprestación (que ya no sería la pena) que no fuera la pura indemnización pecuniaria. ¿Sería válido, en el marco de los acuerdos reparatorios de la RPP, que el imputado pudiera trabajar en beneficio de la comunidad si no tuviera dinero alguno con qué reparar el daño causado, y la víctima consintiera en ello? En este sentido, Tamarit ha señalado: "... hay que empezar a pensar en formas de reparación alternativas al pago de una cantidad de dinero. La misma persona que ha sufrido un agravio de carácter moral o psíquico puede estar a menudo más interesada en la imposición de determinadas reglas de conducta o la asunción de prestaciones personales o compromisos por parte del autor que en la percepción de dinero."⁵¹ Volveremos sobre este punto más adelante, cuando analicemos el concepto de reparación a la luz de la RPP. Exploremos, por el momento, algunas definiciones que se han dado de la reparación.

Reparar el mal causado, en un sentido amplio, comprendería la pena y la responsabilidad civil; La primera adquiere el significado de una reparación simbólica ante la víctima y la sociedad⁵², y la segunda se dirige directamente a la indemnización de los daños causados efectivamente a la víctima, como efecto jurídicamente obligado derivado del delito. Desde esta perspectiva, para Pérez Sanzberro⁵³ "La reparación... se configura como una institución limítrofe –o híbrida- entre la pena y la responsabilidad civil, que va a afectar a la determinación concreta de ambas, pero que no se identifica con ninguna de ellas." La filosofía político-criminal que inspiraría esta "reparación" partiría del reconocimiento positivo de la disposición del autor en la asunción de su responsabilidad ante la víctima, y en su caso ante la sociedad, de lo cual se sigue que el concepto de reparación sería mucho más flexible que el de responsabilidad civil, pudiendo coincidir con ésta o no, ya que incluye tanto las prestaciones materiales que comprenden el resarcimiento de la víctima –desde el punto de vista de la responsabilidad civil-, como otro tipo de prestaciones, inmateriales y de servicio en beneficio de la sociedad. De esta manera Pérez Sanzberro parte definiendo la reparación como una institución que a pesar de que coincida o no con el concepto de responsabilidad civil, tiene caracteres, principios y fundamentos que surgen del derecho Penal. Sin embargo, dicha afirmación no evita el problema referente a qué posición debe tener la reparación dentro del sistema penal y qué fundamento se le puede dar en función de las teorías de la pena⁵⁴, o si ello no es necesario y simplemente debe considerarse la reparación como una solución de carácter autónoma en el sistema penal.

⁵¹ TAMARIT, Reparación, 1994, pags. 55-56. Frente a su postura, PÉREZ SANZBERRO se pregunta ¿Qué tipo de compromisos y reglas de conducta?; ¿se exigirían de forma coactiva?; si es así, ¿no estaríamos ante una sanción penal?; citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit.

⁵² ZEE SEELMAN, 1981, pag. 44, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pag. 18

⁵³ PÉREZ SANZBERRO, op. cit., pag. 19

Un interesante concepto de reparación se ha dado en el Proyecto Alternativo sobre la Reparación (*“Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung”*), del año 1992, que definió, en su artículo primero, la reparación como sigue: “Se entiende por reparación la compensación de las consecuencias del hecho delictivo a través de una prestación voluntaria del autor. Su objetivo es servir al restablecimiento de la paz jurídica. La reparación deberá realizarse preferentemente a favor del ofendido; si ello no fuera posible, no pudiera preverse un buen resultado o por sí sola no fuera suficiente, cabría admitir una reparación a favor de la generalidad (reparación simbólica).” Este proyecto es el resultado de la colaboración conjunta de varios profesores de derecho penal alemanes, suizos y austriacos. Dicho trabajo comprende un articulado completo que básicamente intenta regular la reparación como uno de los modos o alternativas de tratamiento jurídico-penal del delito. En el propio prólogo del proyecto se expresa que con él se pretende “ampliar el instrumental sancionador jurídico-penal a partir de una nueva vía, en la que se acentúe la autonomía y vaya referida a la víctima, que ha de tener primacía en el restablecimiento de la paz jurídica”, y cuyo fin es el “... integrar la reparación en el actual sistema de sanciones y en el sistema procesal, para evitar la pena en la medida de lo posible en atención a las prestaciones reparatorias del sujeto responsable.”⁵⁵ Respecto a este proyecto, cabe realizar algunos comentarios en torno a sus bases político-criminales y a la posición que le entregan a la reparación dentro del sistema penal. En relación con el primer punto, cabe destacar que este proyecto se fundamenta o parte de la base de dos premisas: La primera es que debe recuperarse la figura de la víctima como ente primordial a la hora de decidir acerca de las reacciones que pueda tener el Estado frente al delito; La segunda consiste en poner en duda la legitimidad y eficacia preventivo general de la pena, frente a lo cual surge la necesidad de crear nuevos caminos, “formas de reacción constructiva frente al delito”, que terminen adaptando el derecho penal a las necesidades sociales actuales, siendo uno de dichos caminos, la reparación. En cuanto al segundo punto, vale decir, la posición que para los autores de este proyecto debe tener la reparación en el sistema penal, ésta se encuentra cercana al concepto de Roxin de considerar la reparación como una “tercera vía” autónoma del derecho penal, a lo cual nos referiremos más adelante. De esta manera, el proyecto considera que la reparación no es una pena ni tampoco un fin penal autónomo, más bien debe entenderse como una forma de reacción específica, distinta a la pena y las medidas de seguridad, es decir, una “tercera vía”.

En el ámbito de la delincuencia de menores, a partir del año 1990 se han implementado en Cataluña programas de conciliación y reparación en el ámbito de la delincuencia de menores de edad penal (menores de dieciséis años), en donde se ha

⁵⁴ La reparación analizada a la luz de las teorías de la pena es una cuestión que los distintos autores que han tratado el tema le han dado diversa importancia. Nosotros creemos, al igual que ROXIN, que si queremos implementar soluciones reparatorias al margen de la pena o que atenúen ésta, es necesario y útil definir el argumento de la reparación en el concierto del fundamento de las penas. Para ROXIN, la reparación cumple funciones preventivo generales y preventivo especiales, por lo que su inclusión puede fundamentarse a través de las teoría preventivas de la pena.

⁵⁵ BAUMANN, J. y OTROS, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, Munchen, 1992. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit., pag. 267.

definido la reparación de manera amplia y que abarca no sólo prestaciones no sólo a favor de una víctima individualizada, sino también en beneficio de la comunidad, integrando un componente educativo que tiene como protagonista al menor infractor. La definición es la siguiente: “La reparación se define como una intervención educativa a instancia judicial que implica la confrontación del sujeto infractor con la propia conducta y sus consecuencias, la responsabilización de las propias acciones y la compensación posterior a la víctima (sea individuo, una entidad o la comunidad en general) mediante la realización de una actividad en beneficio suyo.”⁵⁶ Así, la reparación en sentido amplio abarca la conciliación autor-víctima, lo que permite incorporar en un proceso dinámico la confrontación del delito y posteriormente su tratamiento y resolución. Así, los implicados en esta experiencia señalan: “Partimos del principio general de que los menores son responsables de sus actos, lo que significa reconocer que sus acciones les pertenecen, y que éstas están dotadas de un sentido y un valor para ellos y el resto.”⁵⁷

Maier ha dado otro concepto de reparación. Para él, reparación “... significa, básica y sintéticamente, regreso al status quo ante, esto es, más próximamente, colocar al mundo en la posición en la que él estaría de no haber emprendido el autor la obra antijurídica o de no haber omitido, antijurídicamente, aquella acción que le era debida.”⁵⁸ A su vez, Maier reconoce que el concepto anterior incluye tan sólo a la reparación natural, que sería la clave del sistema. Sin embargo, la reparación como “tercera vía” del derecho penal incluiría a su vez la reparación simbólica, que más que el restablecimiento del patrimonio de la víctima otorgaría soluciones similares, “... como la novación de la obligación por otra que la víctima prefiera o la decisión de una prestación que contemple el interés público, alternativamente a la obligación a favor de la víctima o conjuntamente con ella, según los casos.”⁵⁹ Respecto de lo señalado, criticamos a Maier su concepto de “reparación natural”, puesto que si reparar consiste naturalmente en un retorno al estado de cosas como se encontraba al momento antes del conflicto, entonces dicho concepto no puede apreciarse subjetivamente, lo que nos deja exclusivamente con una salida pecuniaria a título de reparación. Curiosamente, Maier reconoce que el concepto de reparación puede incluir otro tipo de prestaciones, simbólicas y similares a las propuestas, como la de novar la obligación a favor de la víctima por otra cuyo beneficiario sea la comunidad toda. La pregunta que surge es la siguiente: ¿Se puede volver al estado de cosas anteriores a la comisión del delito cuando la víctima real no es resarcida, sino que resulta beneficiada toda la comunidad?; Si ello es así, entonces ¿Es el status quo una valoración objetiva, en cuanto a pérdidas y beneficios, o puede considerarse una cuestión subjetiva? Creemos que Maier no otorga respuesta a estas interrogantes, aunque su línea de pensamiento, a nuestro juicio, se acerca bastante al concepto

⁵⁶ FUNES, JAUME, “Mediación y Justicia Juvenil”, (Fundació Jaume Callís) Barcelona, 1995. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 54.

⁵⁷ FUNES, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 55.

⁵⁸ MAIER, op. cit. pág. 349.

⁵⁹ MAIER, op. cit. pág. 349.

elaborado por Roxin. Sin embargo, cabe destacar su exposición acerca de uno de los problemas fundamentales de la inclusión de la reparación en el sistema penal, y que consiste en encontrar una solución reparadora que no pierda el carácter coactivo del derecho Penal, aunque a su juicio ello es perfectamente superable.

Los distintos conceptos de reparación analizados hasta el momento tienen bastante en común, aunque podríamos decir que, en nuestra opinión, el más completo de todos es el propuesto por el Proyecto Alternativo sobre la Reparación, ya que toma en cuenta algunos elementos que nos parecen fundamentales: La voluntad de los protagonistas en alcanzar el acuerdo, el hecho de que éste sea primordialmente a favor del ofendido pero, si ello no es posible, se admite una solución a favor de toda la comunidad, el hecho de que su objetivo último sea alcanzar la paz jurídica y, por último, el hecho de que permita al autor de un hecho ilícito compensar a la víctima de los daños ocasionados con su actuar, lo cual a nuestro juicio representa la posibilidad de que el delincuente asuma las consecuencias perniciosas de su actuar y se haga responsable frente a las consecuencias, sirviendo de esta manera, a nuestro juicio, como una forma de resocialización mucho más eficiente que la pena privativa de libertad. Resulta complejo elaborar un concepto de reparación que se abstraiga del tradicional concepto de reparación del derecho civil, y crear uno que sirva independientemente a los fines propios del derecho penal, pero existen avances notables en el tema. Creemos que hay varios puntos discutibles, como el apuntado por Maier en torno al nivel de coacción de las soluciones reparadoras, o el ámbito de aplicación que deben tener, qué bienes jurídicos son susceptibles de reparar, etc., pero llama la atención el énfasis que en general se pone al definir la reparación como una institución que pretende lograr la paz social, restablecer el equilibrio perdido con la comisión del delito y colocar al ofensor y al ofendido como protagonistas de la solución del conflicto, lo cual, insistimos una vez más, es en nuestra opinión la solución más justa y eficiente, sin dejar de lado los problemas dogmáticos que dicha solución trae consigo.

2.3. La posición de la reparación en el sistema penal

2.3.1. Introducción. La discusión entre Binding, Merkel y Von Lizst en torno al papel de la reparación en el sistema penal

Siguiendo en este punto la exposición de Pérez Sanzberro⁶⁰, la dogmática alemana cuenta básicamente con tres teorías o posiciones respecto al tema de la reparación. Antes de referirnos brevemente a cada una de ellas, conviene hacer una pequeña introducción. La reparación del daño que provoca la comisión de un delito ha sido tradicionalmente –y así ha sido en Chile desde 1907, año en que se promulgó el Código de Procedimiento Penal- materia del derecho civil, desde que los ámbitos civil y penal se diferencian completamente, hecho que ocurriría en el siglo XIX con el movimiento codificador.⁶¹ La discusión doctrinal de la época, en torno a qué relación existía entre la pena y la compensación del daño, tuvo en dos polos opuestos a Binding, por un lado, y

⁶⁰ PÉREZ SANZBERRO, op. cit., pags. 207-265

Von Liszt y Merkel por el otro. Binding, cuyo planteamiento sería el que habría dominado el pensamiento jurídico hasta nuestros días, según Pérez Sanzberro, planteaba que la pena era la mera retribución de un mal causado por la comisión de un delito, que constituía una infracción irreparable al ordenamiento jurídico. La reparación del daño, por su parte, tiene por función eliminar un estado que se opone al derecho. En otros términos, para Binding pena y reparación son dos instituciones completamente distintas, que vienen a satisfacer diferentes necesidades, y que en consecuencia nunca convergen. En sus propias palabras: “La pena ha de producir una herida; la compensación del daño ha de curar otra, a ser posible sin provocar una segunda.”⁶² En este sentido, podemos concluir que en concepto de Binding la pena debe provocar dolor al delincuente, equivalente al que éste ha provocado a la comunidad a través de su atentado contra el ordenamiento jurídico; La reparación, por otra parte, no se inmiscuye en este concepto de quebrantamiento del ordenamiento jurídico ni de retribución del “mal” causado. Es una institución diferente cuyo objetivo es simplemente resarcir a la víctima de la pérdida que el delito le ha provocado. Cuestión que, por lo tanto, no debe revisarse en sede penal, pudiendo quedar su contenido y extensión para el derecho civil.

Von Lizst y Merkel, por su parte, consideran a la pena y a la compensación del daño como “ramificaciones”, como dos modos equivalentes que tiene el Estado para reaccionar frente al delito, frente al injusto, y que en consecuencia podrían revisarse ambos en sede penal. En palabras de Merkel: “La restitución o la indemnización impuestas por el Derecho, sirven para el mismo fin que las penas; también ellas fortalecen la autoridad de la ley respectiva, garantizan el predominio de los intereses comunes amparados por esta ley, paralizan las fuerzas que hayan obrado o se dispongan a obrar en contra de esos intereses, etc.”⁶³

Hoy en día, la dogmática penal alemana se ha centrado en el mismo tema que antaño dividió a Binding, Von Lizst y Merkel: ¿Qué papel juega o debe jugar la reparación en el sistema penal? ; ¿Puede constituir una forma de reacción suficiente frente a la comisión de un delito? Veamos ahora las distintas posturas que han intentado dar respuesta a estas interrogantes.

2.3.2. Diversas posturas frente a la introducción de la reparación en el sistema penal entre autores penalistas alemanes

Pasaremos a revisar a continuación tres posturas que giran en torno a las preguntas enunciadas en el apartado anterior. La decisión de tomar la postura de penalistas alemanes se debe principalmente a que es justamente en Alemania donde probablemente más se ha desarrollado y discutido el tema de la reparación y derecho penal⁶⁴, y principalmente por la calidad de las diversas opiniones. Seguiremos el modelo de Pérez Sanzberro en la exposición.

⁶¹ PÉREZ SANZBERRO, op. cit pag. 207.

⁶² BINDING, KARL, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pag. 208.

⁶³ MERKEL, ADOLF, Derecho Penal I, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pag. 208.

2.3.2.1 Seelman y Rossner: La reparación como fin penal autónomo

Seelman⁶⁵ centra su análisis de la reparación en el tema de los fines de la pena, y señala al respecto que las normas que ordenan la reparación del daño causado por el delito son de difícil ubicación y explicación a la luz de las teorías del fin de la pena. Enseguida, este autor desarrolla un concepto de reparación desde el punto de vista jurídico-penal, es decir, distinto al concepto de resarcimiento del daño del derecho civil. En este sentido, este autor nos plantea la posibilidad de considerar la reparación “dentro” del contexto del derecho penal, pues contendría las características fundamentales que se han atribuido habitualmente a la pena: la irrogación de un mal, que viene a expresar un reproche público del hecho. La reparación podría considerarse así como un fin autónomo dentro del sistema penal, al igual que la pena y las medidas de seguridad, es decir, otra alternativa a considerarse luego de la comisión de un delito, distinta a la pena, y cuya importancia radica en que trae “paz social”. La idea o el concepto de “paz social” de Seelman resulta, en nuestra opinión, fundamental, pues conlleva la sensación de que finalmente no importa cómo reaccionemos frente al injusto penal, lo que verdaderamente importa es qué queremos conseguir a través de dicha reacción. Para Seelman es la paz social, y ello importaría retomar una discusión político-criminal acerca de la idea de que el derecho penal reacciona mejor después de producido el delito que previniéndolo. De esta manera, una vez cometido el ilícito sería posible llegar a distintas formas de acuerdos en las cuales la pena sería subsidiaria, y los verdaderos protagonistas serían justamente la víctima y el delincuente, quienes por medio de un acuerdo que los satisfaga a ambos alcanzan la “paz social”, restablecen la alteración al ordenamiento jurídico que se ha producido y el equilibrio entre la víctima y la sociedad. En palabras de Seelman: “El Derecho penal se orienta según ello también al fin de una conciliación entre el autor por un lado, y la víctima y la sociedad por otro, y el apaciguamiento de estas relaciones sociales adquiere actualmente en el derecho penal de modo palpable una importancia creciente. Ello quizá podría justificar la caracterización de la reparación como particular fin de la pena.”⁶⁶ De esta manera, Seelman pone el énfasis en la prevención positiva como fin de la pena, y en su función de restauración del equilibrio quebrantado por el delito frente a la víctima y la sociedad. Ahora bien, no podemos dejar de notar que una reformulación de los fines de la pena trae consigo una discusión mucho más profunda. En

⁶⁴ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. págs. 59-91, expone a lo menos 5 proyectos de conciliación autor-víctima en la República Federal Alemana, a mediados de los años 80. En sus propias palabras: “Como vía para acceder a la reflexión sobre el sentido y alcance que puede tener desde una perspectiva penal la reparación en el mencionado contexto (el contexto es el de un intento de arreglo de las consecuencias del delito por parte de los sujetos directamente implicados en él), se ha optado por dirigir la mirada hacia un ámbito geográfico determinado, la R.F.A., donde las experiencias prácticas y las aportaciones de la doctrina penal proporcionan elementos suficientes para obtener un cuadro cabal de los principales problemas que el tema en cuestión suscita.” Op. cit., pág. 59.

⁶⁵ SEELMAN, KURT, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. págs. 211-215. Esta autora realiza un análisis acerca de la postura tanto de SEELMAN como de ROSSNER, de acuerdo a lo escrito por ambos autores, publicados en Alemania.

⁶⁶ SEELMAN, KURT, “Strafzwecke und Wiedergutmachung”, ZEE 1981, págs. 44 y 45, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pag. 214.

efecto, no entendemos del todo cómo ni bajo qué presupuestos se podría alcanzar una solución de reparación al daño causado por el delito en el contexto de delitos atentatorios contra bienes jurídicos que tradicionalmente han sido considerados por la mayoría de la doctrina como, podríamos decir, “más importantes” o indisponibles, por ejemplo la vida, la integridad física y psíquica de las personas, su libertad personal y ambulatoria, su derecho a una sexualidad libre, etc. Dicha discusión, que nos parece no sólo legítimo sino necesario tenerla, y que conlleva la idea de reparación como figura de reacción central del derecho penal, desplazando así a la pena como figura subsidiaria de reacción frente al ilícito, no tiene relevancia en el tema que nos ocupa, sin perjuicio que nos remitamos a estas ideas cuando analicemos el campo de aplicación y los límites jurídicos que el legislador de la RPP puso a la aplicación de los acuerdos reparatorios.

Rossner⁶⁷, por su parte, intenta justificar la incorporación de la perspectiva de la víctima en el derecho penal, y también la relación autor-víctima, que a su juicio debería ser regulada. La reparación, como un mecanismo a través del cual el autor de un delito realiza una prestación concreta a la víctima y una simbólica a la sociedad, constituiría el elemento esencial de control de conflictos con el efecto del restablecimiento de la paz jurídica. De esta manera, el culpable de haber cometido un delito asume la responsabilidad que le cabe intentando, por medio de actuaciones o prestaciones positivas en beneficio de la víctima y de la sociedad, deshacer el daño provocado por el delito que ha cometido, recuperando de esta manera su dignidad frente a la sociedad, con su esfuerzo por restablecer el equilibrio que ha sido alterado con el ilícito. Para Rossner un derecho penal de semejantes características constituiría un “Derecho penal del hecho de carácter positivo”, que, en sus propias palabras, “... dirige la mirada al punto de partida de la alteración de la convivencia de las personas y al conflicto subsistente con el fin de un tratamiento y transformación constructiva del hecho. Un `tratamiento referido al hecho` de esta índole impide, por una parte, injerencias desmedidas en ámbitos de la personalidad del autor, que no tienen relación ninguna con el hecho, y por otra parte, no significa un abandono del pensamiento de la resocialización, en el sentido central de integración a través de la superación de las consecuencias del hecho y de actualización normativa individual. Aquí reside entonces la clave teórico-penal para la superación de la crisis de sentido actual del Derecho penal. A modo de consigna podría sintetizarse: Reparación en lugar de contragolpe y responsabilidad en lugar de tratamiento.”⁶⁸

Importante resulta destacar que para Rossner la necesaria incorporación de la víctima en el derecho penal va acompañado de un tratamiento distinto al tradicional para el delincuente, y que consiste básicamente en que éste se enfrente al delito, al hecho cometido y se responsabilice de él, tomando las medidas respecto a la víctima –e indirecta y simbólicamente respecto a la sociedad toda-, que sean atingentes, con lo cual éste recuperaría su dignidad y se restablecería el equilibrio roto con la comisión del delito. En este sentido, su visión del derecho penal, al igual que Seelman, es bastante positiva, e incluye la posibilidad de que la reparación sea considerada una forma de reacción

⁶⁷ ROSSNER, DIETER, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. págs. 216-222.

⁶⁸ MARKS, ERICH/ ROSSNER, DIETER, “Täter-Opfer-Ausgleich. Vom zwischenmenschlichen Weg zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens, (Forum Verlag Godesberg), Bonn, 1989, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 217.

autónoma e independiente a la imposición de la pena, y que en algunos casos de atentados contra el bien jurídico propiedad o patrimonio, sea capaz de excluir por completo la imposición de la pena (lo cual es precisamente la situación de los acuerdos reparatorios que permiten la exclusión de la imposición de la sanción penal cuando se trate de atentados contra bienes jurídicos “disponibles”, o sea, la propiedad y el patrimonio), y que también tiene como punto de partida la idea del “apaciguamiento”, “paz social” y “regulación pacificadora del conflicto”. Estas ideas, según Rossner, llevarían a considerar finalmente al derecho penal como un mecanismo de control social y de regulación del conflicto penal en interés y beneficio de la víctima, la sociedad y el autor del delito, sin desconocer que existirían ciertos conflictos que por su trascendencia social (lo entendemos como delitos que atentan contra bienes jurídicos de mayor “jerarquía”), no serían aptos para ser resueltos a través de algún mecanismo de reparación, que para Rossner sería básicamente la conciliación.

2.3.2.2 Sessar, Frehsee y Roxin: La reparación como “tercera vía” del derecho penal o sanción autónoma dentro del sistema penal

Sessar⁶⁹ plantea que la reparación tiene características de sanción con rasgos punitivos, y por ello podría considerarse como una sanción autónoma dentro del sistema penal. Destaca que en alguno de los conflictos que regula el derecho penal pueden encontrarse intereses esencialmente privados, y en otros es manifiesto el interés público preponderante. La línea demarcatoria entre ambos, sin embargo, no sería clara, e influiría en su calificación variable, tales como el tipo de delito, la gravedad del daño y de la lesión, la relación delincuente-víctima o la situación en la que se produce el hecho. Sin embargo, llegar a diferenciar con nitidez los conflictos en los que el interés privado es preponderante resulta crucial a la hora de formular o enunciar la reacción que el derecho penal puede permitirse, y que varía en uno y otro caso. En sus palabras, “La legitimación jurídico-penal para castigar desaparece allí donde el llamado interés público en realidad no concurre, porque prevalecen los intereses privados en una compensación del daño. Aquí está el punto de apoyo para el desarrollo de la reparación como un elemento autónomo en la teoría de los fines penales.”⁷⁰ Su planteamiento parte de la premisa que el derecho penal debe necesariamente ser la última ratio del Estado en la represión de aquellas conductas que resultan intolerables para la vida en comunidad. Consecuencia de ello es que sólo aquellas conductas que constituyan atentados especialmente graves en contra de la comunidad y los derechos de las personas merecen la aplicación de una pena o una medida de seguridad, que a su vez es restrictiva de derechos. El resto de las conductas podría eventualmente entrar dentro del marco de una reparación. Sessar lo explica de la siguiente manera: “... en caso de que se haya producido un daño o una lesión por el hecho delictivo, en primer lugar se declare, en la decisión sobre la sanción, la reparación, y luego la pena convencional, pero ambas modalidades de sanción están

⁶⁹ SESSAR, KLAUS, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. págs. 222-227.

⁷⁰ SESSAR, KLAUS, “Schadenswiedergutmachung im einer kunftigen Kriminalpolitik”, en: KERNER/GOPPINGER/STRENG (eds.), *Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht, Festschrift fur Heinz Lefferenz zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1983. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pag. 224.

vinculadas de tal manera entre sí, que la última puede reducirse o condonarse conforme a una pauta que establezca la relación entre la entidad de la reparación exigible y el tipo y gravedad de la pena.”⁷¹

Resulta menester hacer una pequeña prevención o crítica al planteamiento de Sessar, pues si bien éste distingue entre atentados contra bienes jurídicos de distinta jerarquía, no queda claro cuál debe ser el parámetro o línea divisoria entre los delitos, de manera tal que en unos se pueda renunciar a la imposición de la pena y buscar una solución en el contexto de la reparación, y en otros simplemente se “deba” imponer una pena. En este sentido, creemos que cualquier línea demarcatoria en este sentido resulta antojadiza y podría vulnerar el principio de igualdad ante la ley. Ahora bien, también creemos que dejarnos llevar por esta aprehensión tan sólo puede conducirnos al inmovilismo, en el sentido de que si no nos atrevemos a buscar nuevas alternativas de respuesta frente al delito, nunca podremos modificar el derecho penal, ni podremos formular un catálogo más eficiente y justo de reacciones. De esta manera, creemos que los pasos a seguir deben ser cautelosos. Profundizaremos un poco más esta idea en el acápite relativo a la relación existente entre la reparación y las salidas alternativas contempladas en la RPP.

Frehsee⁷² sería según Pérez Sanzberro el primer autor en referirse a la reparación como “tercera vía” (*“dritte Spur”*), denominación que hizo famosa Roxin, entendiendo con ello que la reparación puede concebirse como un instrumento de control de índole jurídico-penal que puede ocupar una posición intermedia en la estructura del derecho penal entendido a través de las penas y las medidas de seguridad. Difiere de Rossner en el sentido que no considera que la reparación deba ser considerada como un fin penal autónomo, porque ello plantearía problemas en torno a la delimitación del derecho penal y de la intervención estatal frente al suceso delictivo, críticas que hemos hecho notar anteriormente. Para él, la reparación puede introducirse dentro del sistema tradicional del derecho penal como una sanción autónoma, ya que con ello se le otorga a la reparación un contenido o fundamento de índole penal y no civil, es decir, con la reparación no se trataría de resarcir daños, sino que constituiría una forma de respuesta del Estado, que a su vez es un reproche, respecto de una conducta tipificada en la ley como delito. Con ello también se deja abierta la puerta a que el contenido de la reparación lo puedan constituir no sólo prestaciones pecuniarias, sino también de otra clase, como las meras disculpas a la víctima, los trabajos a favor de la comunidad, etc. Uno de sus puntos centrales lo constituye su intento de expresar una idea de reparación absolutamente “penal”, es decir, que no pueda confundirse con el concepto de resarcir perjuicios del derecho civil.

Por último, cabe resaltar que para Frehsee no existiría un “modelo correcto o natural” de castigo, sino simplemente un “modelo aprendido”, que se basa en la aplicación de penas y medidas de seguridad. En este contexto, Frehsee considera que introducir la reparación dentro del concierto de penas y medidas de seguridad del derecho penal en definitiva nos llevaría a un sistema más racional, capaz de dismantelar los componentes

⁷¹ SESSAR, KLAUS, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 224.

⁷² FREHSEE, DETLEV, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. págs. 227-235.

irracionales que alimentan las exigencias de exacerbación punitiva.⁷³ Todo ello traería como consecuencia un modelo punitivo más democrático, socializador y participativo, y ciertamente con un contenido más diversificado, productivo y positivo en cuanto al nivel de la respuesta penal.

Roxin, por su parte, y consciente de la discusión acerca de si la reparación del daño puede dar lugar o no a una “tercera vía” del derecho penal, estima que hay argumentos convincentes para que así sea, pues con ello se serviría más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de una multa, que según él frustrarían una reparación del daño por el autor.⁷⁴ En este sentido, expresa: “Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena.”⁷⁵

En cuanto a los beneficios o argumentos a favor que habrían para llevar a cabo una reforma tal que contemple a la reparación como una “tercera vía” del derecho penal, este autor explica: “La reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo, y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora, al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada –a menudo incluso independientemente de un castigo- la perturbación social originada por el delito.”⁷⁶ Son varios los aspectos que toma Roxin al fundamentar la implementación de la reparación como “tercera vía” del derecho penal, todos ellos de alguna manera abordados por los autores anteriores. Llama la atención eso sí que Roxin también se refiera a la resocialización del delincuente, tema poco analizado por los autores anteriores, y que a nuestro juicio se explica por considerar la reparación esencialmente como una mejor alternativa de reacción frente al delito para la víctima, no para el delincuente, sin perjuicio que alguno de ellos mencionara que con la reparación el autor del ilícito penal podría volver a recuperar su dignidad, haciéndose

⁷³ FREHSEE, DETLEV, *Schadenswiedergutmachung*, 1987, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 234.

⁷⁴ ROXIN, CLAUS, op. cit. pág. 108-109.

⁷⁵ ROXIN, op. cit. pág. 109

⁷⁶ ROXIN, op. cit. pág. 109.

responsable de los daños cometidos.⁷⁷ Este sentido, que se enmarca dentro de la teoría de la pena de la Prevención Especial Positiva, tiene a nuestro juicio la mayor de las importancias, pues independiente de cuáles sean los límites y en definitiva el ámbito de aplicación de soluciones reparadoras, y sean ellas cualesquiera que sean –conciliación, mediación, trabajos comunitarios, disculpas a la víctima, resarcimiento de los daños y perjuicios, etc.–, éstas no sólo deben entenderse ni analizarse desde la perspectiva de la víctima, sino también del delincuente, en quien se podría utilizar un método eficaz para su concreta resocialización, obteniendo de este modo una herramienta más eficiente que las cárceles para contener la delincuencia, y que desde todo punto de vista representa una alternativa más positiva e integradora respecto al delincuente, en oposición al aislamiento y confinación que representa la privación de libertad.

Para Roxin, la reparación debe entenderse como una forma de reacción a la que puede recurrir el derecho penal en la medida que satisfaga las necesidades de prevención general y especial, siendo lo deseable desde el punto de vista político-criminal entender la reparación como una respuesta orientada a la conciliación víctima-autor.⁷⁸ Sin embargo, Roxin no considera que la reparación sea un fin de la pena, ni que pueda llegar a serlo, sino más bien la visualiza como una herramienta necesaria y eficaz desde el punto de vista de la prevención, tanto general como especial, y de hecho elabora la utilidad de la reparación a través de los conceptos de prevención general negativa, prevención general positiva y prevención especial. A nuestro juicio, esto es de la mayor importancia, puesto que si no entramos a analizar la reparación como un fin penal autónomo, de lo cual se desprendería necesariamente una discusión acerca del “fin” de la reparación en el marco de las teorías de los fines de la pena, podremos integrarla mucho más fácilmente en el sistema penal. En este sentido, creemos que Roxin acierta cuando expresa que la reparación puede ser considerada una “tercera vía” del derecho penal, independiente de las penas y las medidas de seguridad, pero cuyo fundamento o base radica en que constituiría una herramienta útil para lograr los fines preventivo-generales y preventivo-especiales del derecho penal. De esta manera, la reparación no podría ser utilizada cuando las necesidades preventivas, tanto las generales como las especiales, requieran la imposición de una pena o una medida de seguridad.⁷⁹

Otro tema relevante en Roxin lo constituye su elaboración acerca de la naturaleza jurídica de la reparación y del principio de subsidiariedad como base legitimadora. En cuanto a su naturaleza jurídica, Roxin considera que la reparación no debe concebirse ni como un fin de la pena, ni tampoco como un tipo particular de pena. En su opinión, la reparación es “... una prestación de carácter autónomo, que puede servir para la consecución de los fines penales tradicionales, y que en la medida en que en concreto lo

⁷⁷ En este sentido, ROSSNER, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 217.

⁷⁸ ROXIN, CLAUS, “Die Wiedergutmachung im system der Strafzwecke”, en: Schoch (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, Munchen, 1987, págs. 62-63, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 236.

⁷⁹ ROXIN, “Zur Wiedergutmachung als einer `dritten Spur` im Sanktionen-system”, en: ARTZ/FEZER/WEBER/SCHLUCHTER/ROSSNER (eds.), *Festschrift fur Jurgen Baumann zum 70. Geburtstag*, (Gieseking) Bielefeld, 1992, págs. 243-254, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 236.

haga, ha de sustituir a la pena, o ser tomada en consideración para su atenuación.”⁸⁰ Roxin estima que la reparación es una sanción autónoma en la que se mezclan elementos de carácter civil –en cuanto asume la función de compensación del daño- y de carácter penal –en cuanto cumple una función de acuerdo a los fines jurídico-penales-. De esta manera Roxin llega a conceptualizar la reparación como una “tercera vía” (*dritte Spur*), que deberá desarrollarse junto con las penas y las medidas de seguridad. La legitimación jurídica de esta “tercera vía” viene dada por el principio de subsidiariedad, ya que sirve para evitar o atenuar la pena, específicamente al momento de la decisión judicial sobre el caso. En este sentido, Roxin estima que el juez debe tener en cuenta las finalidades político-criminales del derecho penal, en especial la reparación, al momento de dictar sentencia, cuando la pena o las medidas de seguridad ya no sirvan como la reparación para satisfacer las necesidades preventivas del derecho penal. En sus propias palabras: “... la necesidad de la amenaza de la pena en abstracto no fundamenta forzosamente el castigo en cada caso particular. Es conocido que el castigo es la ultima ratio de la política-criminal. El principio de subsidiariedad que se expresa con ello, únicamente se prolonga de forma consecuyente desde el punto de vista de la política jurídica al caso individual, más allá de la promulgación del precepto penal, a la cual viene referido de forma única las más de las veces, cuando se recurre a la reparación como sustitutivo de una pena o para su atenuación en aquellos casos en los que puede operar con la misma o mayor efectividad. Que al legislador no le parece de ningún modo ineludible el castigo de lo punible en el caso particular, lo ponen de manifiesto las enormes oportunidades de suspensión existentes en la actualidad.”⁸¹ Por último, cabe destacar que para Roxin este concepto de reparación no supone una reprivatización del conflicto, sino que una aproximación entre los derechos civil y penal que conformaría, en su opinión, un ensamblado que apuntaría a la función que le es común a ambos, la “resolución pacificadora y moderada de los conflictos sociales”.⁸² No habría un problema de delimitación entre ambos estatutos jurídicos, a menos que consideremos a la reparación como una pena, pues en dicho caso no podría explicarse cómo tenemos el resarcimiento del daño con carácter de pena a la vez que mantenemos el resarcimiento civil del mismo daño.

2.3.2.3. Hirsch y Zipf: Críticas al concepto de reparación y su inclusión dentro del sistema penal

Hirsch⁸³ rechaza tanto la idea de concebir la reparación como sanción jurídico-penal autónoma como la postura de Roxin de considerarla una “tercera vía”. Respecto a la

⁸⁰ ROXIN, en: SCHOCH, *Wiedergutmachung* und Strafrecht. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein (Neue Kriminologische Studien, Band 4) (Wilhelm Fink) München, 1987, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 241.

⁸¹ ROXIN, en: SCHOCH, *Wiedergutmachung*, op. cit., citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 242.

⁸² ROXIN, en: SCHOCH, *Wiedergutmachung*, 1987, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 243.

⁸³ HIRSCH, HANS JOACHIM, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. págs. 247-256.

primera postura, es decir, de considerar la reparación como una pena, Hirsch la rechaza señalando: "... con el Derecho indemnizatorio se trata de la compensación de los daños materiales y, en su caso, de los inmateriales provocados por el autor, constituyendo así el aspecto civil del hecho." Con la pena "... se trata de infligir un mal que excede de aquello"⁸⁴. En definitiva, Hirsch opina que no por el hecho de que la reparación sea utilizada en sede penal pierde su naturaleza civil-indemnizatoria, y el resarcimiento así entendido –desde un punto de vista jurídico-civil- debe fijar el límite de lo que la víctima puede pedir en el juicio penal a título de reparación. En cuanto a la tesis planteada por Roxin, la crítica de Hirsch parte de la premisa de que deben mantenerse diferenciados los distintos ámbitos dentro del ordenamiento jurídico –específicamente el civil y penal-, ya que, en su opinión, si se "... parte de la competencia del derecho penal para la resolución global del conflicto tendría como consecuencia que todos los efectos jurídicos del hecho delictivo serían de naturaleza jurídico-penal. (...) Los fines penales o los fines del derecho penal se refieren (...) a consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente jurídico-penal: se trata de instrumentos a través de los cuales se incide en el autor. Que la víctima consiga una indemnización constituye por el contrario un *aliud* que queda fuera de estos fines."⁸⁵ En otro sentido, Hirsch critica a Roxin que su planteamiento más que beneficiar a la víctima resulta positivo para el delincuente, ya que la víctima nunca pierde el derecho de demandar el resarcimiento de los perjuicios en sede civil. Además, señala que de hacerse efectiva la imposición de una pena privativa de libertad en caso de no cumplimiento del acuerdo alcanzado entre víctima y autor del delito, estaríamos volviendo a la prisión por deudas. Por último, apunta a que si una determinada conducta puede resolverse exclusivamente a través de la reparación, entonces dicha conducta debe salir del ámbito de competencia del derecho penal.

Sin embargo, Hirsch no excluye en sus planteamientos que la reparación deba salir por completo del sistema penal. Para él, ésta puede seguir teniendo relevancia en el ámbito penal, sin que por ello pierda su naturaleza civil. En palabras de Hirsch, lo que habría que resolver es "... si (la reparación) puede pretender tener significación dentro del Derecho penal con un rol independiente, que no afecte a su carácter jurídico-civil y, en su caso, hasta qué punto. En un modelo de esta índole (la reparación) es incorporada en el derecho penal de modo que el autor, a través de la reparación jurídico-civil o de los esfuerzos dirigidos a ésta, haga patente la inversión en su motivación (arrepentimiento) y con ello, se haga merecedor de la concesión de un privilegio con respecto a la pena en la que de por sí habría incurrido."⁸⁶ Concretamente, Hirsch cree que la reparación puede desempeñar un papel relevante en el marco de la suspensión de la pena a prueba y de la amonestación con reserva de pena, y se podría ver la posibilidad de aplicar una remisión de la ejecución de una parte de la pena bajo la condición de reparar o de esforzarse por reparar. De este modo, según Hirsch, la reparación opera en beneficio del autor del delito

⁸⁴ HIRSCH, "Wiedergutmachung des Schadens im Armen des materiellen Strafrechts", ZStW 102 (1990), citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 248.

⁸⁵ HIRSCH, en la obra anterior, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. págs. 249-250.

⁸⁶ HIRSCH, ZStW 102 (1990), citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 251.

en cuanto le disminuye o suspende la aplicación de la pena; y también opera a favor de la víctima, ya que la pena se mantiene como medida de presión para que el autor repare o al menos se esfuerce por reparar.

Zipf no dista mucho de las críticas planteadas por Hirsch. Cree que la reparación debe mantener su naturaleza jurídica de compensación del daño jurídico-civil, ya que de lo contrario, vale decir, conceptualizar la reparación como una sanción autónoma de carácter jurídico-penal, llevaría a interminables problemas acerca de la delimitación de los distintos estatutos jurídicos, sin que se mejore al final el espectro de sanciones. Así, estima que la reparación y pena no se excluyen, sino que se complementan dentro del sistema de sanciones. En sus palabras, la reparación "... enriquece y modifica los otros fines penales, en particular, la prevención especial y la prevención de integración."⁸⁷ Por eso, parece políticamente más indicado no llegar a convertir la reparación en una sanción autónoma, sino incorporarla como componente de otros institutos jurídicos, tales como los mandatos e instrucciones en el marco de decisiones suspensivas, o con la conciliación autor-víctima."⁸⁸

Por último, cabe destacar que para Zipf la reparación puede formar parte de la conciliación autor-víctima que, orientada principalmente hacia la satisfacción de la víctima, ayuda también a restablecer el equilibrio roto con la comisión del delito, a alcanzar la paz jurídica y social y a forjar la conciencia de la responsabilidad en la convivencia social. De este modo se tendría en la reparación una solución ambulatoria, vale decir, no integrada formalmente en el derecho penal que serviría para enriquecer el sistema de sanciones, logrando en determinados casos satisfacer necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales.

2.3.3. Posturas de la doctrina penal española en torno a la reparación

La doctrina penal española, según Pérez Sanzberro, ha permanecido en buena medida al margen de la discusión y análisis que el tema de la reparación ha suscitado a nivel internacional.⁸⁹ Esta falta de interés se podría explicar, según esta autora, en dos razones relacionadas con la realidad del derecho penal español. La primera de ellas tiene que ver con una mayor presencia de la responsabilidad civil *ex delicto* en el procedimiento penal, conjuntamente con ciertas normas del Código Penal español que intentan priorizar el interés de la víctima por sobre el interés del Estado o del autor del

⁸⁷ El concepto de "prevención de integración" fue dado por ROXIN como uno de los puntos para explicar y conceptualizar la reparación como una sanción penal autónoma, una "tercera vía" del Derecho penal. Para este autor, la "prevención de integración" sería el modo de entender la prevención general positiva, que en dicho marco se dirigiría a las ideas de integración, pacificación y satisfacción del sentimiento jurídico, entendido en el sentido de que se restablezca la paz jurídica y social que ha sido quebrantada por la comisión del delito.

⁸⁸ ZIPF, HEINZ, "Schadenswiedergutmachung, gemeinnützige Arbeit, Täter-Opfer-Ausgleich", en: Verhandlungen des zehnten österreichischen Juristentages (10. OJT), II/2, Abteilung Strafrecht, Wien, 1988, págs. 75-125, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 257.

⁸⁹ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 40.

delito. La segunda razón tendría que ver con una concentración de los esfuerzos en modificar los aspectos más inaceptables de un sistema penal anclado en el siglo pasado, como por ejemplo el protagonismo absoluto de la pena privativa de libertad, su larga duración, faltas de mecanismos de sustitución de esta pena, un sistema de penas pecuniarias tremendamente desigual, etc. Además esta autora supone que tendría que ver el hecho de que la mayoría de la doctrina española se haya dedicado en los últimos años –a partir de los años 50- al estudio de la teoría del delito, lo cual habría influido en este desinterés por el tema de la reparación. A partir de finales de los años 80, según Pérez Sanzberro, se habría comenzado a producir una aproximación al tema de la reparación por parte de algunos autores. En este sentido, Tamarit ha señalado: “La atención particular al problema de la reparación se justifica por la trascendencia que va alcanzando la evolución de la doctrina de cara a la reflexión global sobre el derecho Penal, conscientes de que algunas de las nuevas propuestas e impulsos político-criminales obligan a revisar categorías y estructuras teóricas relativamente consolidadas.”⁹⁰ Así, otros autores han comenzado a escribir sobre el tema de la reparación, enriqueciendo sin duda con ello la discusión dogmática en España. Revisemos algunas de sus opiniones.

2.3.3.1. Quintero Olivares: la reparación y la renuncia a la pena

Quintero Olivares ha sido el primero en España en señalar la posibilidad de que la reparación pueda llegar a desplazar a la pena, específicamente conduciendo a su renuncia.⁹¹ En opinión de este autor, la reparación podría servir para limitar sólo la aplicación de las penas privativas de libertad, no así las pecuniarias, restrictivas de libertad o privativas de derecho, pues en ese caso la renuncia de la pena llevaría al fin del proceso. Interesante resulta en Quintero Olivares el haber analizado expresamente el tema de selección de delitos idóneos para la reparación, uno de los puntos cruciales a la hora de definir el papel que debe jugar la reparación en nuestro derecho penal y probablemente uno de los temas más debatibles, ya que necesariamente implica establecer límites al campo de aplicación de los “acuerdos reparatorios” de la RPP y a su vez implicaría una discusión acerca de los fundamentos teóricos y político-criminales que apoyarían una ampliación de dicho campo. Para este autor, en la selección de delitos susceptibles de reparación hay que tener en cuenta dos aspectos: 1) que la ofensa pueda evaluarse esencialmente en términos económico-patrimoniales; 2) que no concurren otros bienes jurídicos no susceptibles de fungibilidad económica.⁹² De esta manera, la reparación tendría a su vez un contenido meramente patrimonial o económico, en el sentido de que se trataría sólo de prestaciones pecuniarias en beneficio de la víctima, sin que incluya, por tanto, otro tipo de prestaciones, inmateriales o de trabajo en beneficio de la comunidad. Concordamos con las críticas expuestas por Pérez Sanzberro de la

⁹⁰ TAMARIT I SUMALLA, JOSEP M., “La reparación a la víctima en el Derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales), traducido al castellano del catalán por E. MALDONADO SERAL y C. VILLACAMPA ESTIARTE, Barcelona, 1993. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 41.

⁹¹ QUINTERO OLIVARES, “La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena”, en: Estudios penales en Memoria del Prof. Agustín FERNÁNDEZ ALBOR, Universidad de Santiago de Compostela, 1989. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 43.

postura de Quintero Olivares, en el sentido de que si la reparación se limita a ser una vía para la renuncia de la pena sólo respecto de una pena determinada, de determinados delitos y además con un contenido específico (económico-patrimonial), se estaría afectando el principio de igualdad, ya que, por ejemplo, delitos que tengan contempladas una pena de multa no serían susceptibles de reparación, a la vez que sólo aquellas personas que tengan el dinero suficiente podrían efectuar la prestación que es el contenido de la reparación. Sin embargo, cabe destacar que para Quintero Olivares, finalmente, el derecho penal no es sólo la pena, lo cual resulta ser el punto de partida de cualquier discusión en torno al tema de la reparación.

2.3.3.2. Posturas Receptivas

La postura receptiva sería la de aquellos autores que se interesan en la introducción de la reparación dentro del sistema penal, al igual que en los procedimientos de conciliación para el tratamiento de ciertas conductas delictivas, pero siempre en el contexto de que se realice una revisión de algunos aspectos sobre la comprensión y funcionamiento del sistema de Justicia penal. Entre estos autores, Pérez Sanzberro considera que pueden incluirse a Beristain, Bustos, García-Pablos, Giménez Salinas y Lurrari. Así, por ejemplo, Lurrari adscribiría a la postura según la cual habría que establecer un procedimiento especial de restitución o conciliación, cuyo objetivo sería abrir posibilidades de que infractor y víctima alcancen un acuerdo refrendado por el juez que evite la imposición de una pena, o a través de una compensación económica como pena independiente, que tampoco tendría que limitarse a una prestación pecuniaria, sino que podrían forjarse nuevos caminos en forma de trabajo de utilidad social "... o en forma de determinadas condiciones apuntadas por la víctima." ⁹³ GARCÍA-PABLOS, a su vez, plantea la necesidad de reformular el derecho penal como un conflicto que enfrenta a tres protagonistas: la víctima, el delincuente y la comunidad. Consecuencia de ello sería, en su opinión, ampliar el catálogo de consecuencias jurídico-penales, "... acogiendo en su poco imaginativo elenco actual –para los supuestos en que sean indicadas- prestaciones personales del infractor a favor de la víctima (de "su" víctima, de otras víctimas o de la comunidad en general)." ⁹⁴ Bustos, por su parte, aunque como viéramos estima que nunca puede llegar a fundirse la pena con la sanción reparadora, no está ajeno al tema de la reparación, enmarcado en lo que él denomina un "derecho penal de alternativas". En sus propias palabras: "Es por eso que un derecho penal de alternativas ha de reconocer la capacidad de las partes para solucionar sus conflictos y en ese sentido ha

⁹² QUINTERO OLIVARES, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 43. Resulta importante destacar que la posición de este autor en el tema de selección de delitos que podrían acceder a algún mecanismo de reparación se parece bastante al criterio utilizado por nuestro legislador al establecer el tipo de delitos en los cuales proceden los acuerdos reparatorios, como se verá más adelante al tratar específicamente el tema de estos acuerdos.

⁹³ LAURRARI, ELENA, "La reparación", en: CID/ LAURRARI (coords.), *Penas Alternativas a la prisión*, (Bosch) Barcelona, 1997. Citada por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 46.

⁹⁴ GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, "Criminología". Una Introducción a sus fundamentos teóricos para JURISTAS, (Tirat lo blanch) Valencia, 1992. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 46.

de propender a posibilitar un encuentro entre autor y víctima, de modo que se produzca tanto una reconciliación entre ellos, lo cual requiere como base, en gran medida, una gestión reparadora del autor a la víctima (aunque sea sólo simbólica). De este modo la reparación no sólo es algo que surge del hecho delictivo, sino que es un elemento sustancial de la cuestión criminal, que conduciendo a la reconciliación puede paralizar la intervención del Estado (conforme al principio de que ella es sólo extrema ratio)".⁹⁵ El resto de los autores citados por PÉREZ SANZBERRO abundan en los conceptos ya señalados, y cabe resaltar el hecho de que todos ellos parten de una premisa básica: La necesidad de reformular el catálogo de reacciones frente al delito, pudiendo reformularse el derecho penal como uno más racional, eficiente y humanitario.

2.3.3.3. Posturas Escépticas

Pérez Sanzberro señala que con el calificativo "escépticas", "... se pretende recoger una serie de pronunciamientos que, aun cuando no rechacen completamente una mayor virtualidad para la reparación y conciliación en el sistema de las consecuencias jurídico-penales, se manifiestan claramente en contra de atribuirles una relevancia autónoma como respuesta jurídico-penal frente al delito."⁹⁶ En esta línea crítica se encuentran autores como Muñoz Conde y García Aran, quienes al preguntarse si la reparación puede ser considerada una pena alternativa, responden de la siguiente manera: "La reparación a la víctima del delito como pena aplicable al mismo (sea principal o alternativa) se asienta en un punto de partida que, como mínimo, es dudoso: el de que el derecho penal deba "resolver el problema" de la víctima".⁹⁷ Justifican su postura señalando que el derecho penal se encuentra presidido por fines preventivos y de regulación social y no por una finalidad compensatoria de los males que sufre la víctima. De esta manera, "... la pena no se aplica *para* reparar el daño ocasionado a la víctima, sino para confirmar ante los ciudadanos la vigencia del derecho penal como protector de bienes jurídicos y, en definitiva, constatar la presencia del Estado en la ordenación de la convivencia, como únicas vías para lograr los fines preventivos."⁹⁸ Otro posicionamiento crítico es el que tiene Silva, quien, concordando con lo expuesto por Hirsch, estima las prestaciones reparadoras del autor hacia la víctima sólo podrían tener incidencia en delitos de escasa gravedad que deberían despenalizarse y dejar su resolución al ámbito civil.⁹⁹

2.4. La reparación en el derecho penal chileno antes de la RPP

Las distintas posturas analizadas precedentemente, que intentan dar una solución

⁹⁵ BUSTOS, op. cit. pág. 37.

⁹⁶ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 47.

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/ GARCÍA ARÁN, MERCEDES, "Derecho Penal". Parte General, (Tirant lo blanch) Valencia, 1993 (2º ed., 1996). Citados por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 47.

⁹⁸ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, op. cit. Citados por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág.48.

dogmática para la entrada de la reparación como una vía principal de solución del conflicto penal, con rasgos jurídico-penales y no ya civiles —a diferencia, según vimos, de Hirsch y Zipf, para quienes la reparación, aunque debe tener un rol protagónico dentro del sistema penal, no debe perder su naturaleza jurídico-civil-, han tenido distintas recepciones en los diversos ordenamientos jurídicos. La discusión relativa al papel que deberían jugar soluciones reparatoras se está recién iniciando en Chile a través de los “acuerdos reparatorios” que contempla la RPP como salida alternativa dentro del proceso. Dicha discusión, sin embargo, se ha desarrollado con mucho mayor fuerza en países como Alemania y España, en donde se han dado soluciones concretas que reciben el concepto de reparación y lo implementan. Así, por ejemplo, cabe destacar los numerosos proyectos legislativos que se han dado en Alemania en torno al tema de la reparación, en especial el “Proyecto Alternativo sobre la Reparación”, que ya ha sido analizado, además de numerosos proyectos de conciliación autor-víctima en la República Federal Alemana.¹⁰⁰ En España, por su parte, destaca la aplicación de los conceptos de mediación-conciliación-reparación desde en torno al tema de la delincuencia de menores, proyecto que se ha desarrollado en Cataluña desde el año 1990, y que tiene como centro al menor que ha delinquido, ya que ésta propuesta se centra en que éste asuma la responsabilidad de los daños ocasionados con su actuar y de esta manera intervenir en él educativamente.

La experiencia chilena ha sido absolutamente nula en este sentido, sin que se encuentren experiencias o proyectos que recojan el concepto de mediación o reparación y lo apliquen en el ámbito penal. En este sentido, la introducción de los “acuerdos reparatorios” resulta completamente novedosa. Hasta antes de la RPP, entonces, la reparación del daño en el ámbito jurídico-penal sólo tenía la virtud de reducir la pena bajo determinados supuestos y en determinados delitos. El artículo 11 N° 7 de nuestro Código Penal dispone: “Son circunstancias atenuantes: 7°. Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.” Enrique Cury señala que esta atenuante se encuentra en el grupo de atenuantes que se fundan en la conducta del autor posterior al delito. Según este autor, esta atenuante se funda “... básicamente en consideraciones utilitarias: la ley otorga un tratamiento más benévolo al autor, con el objeto de estimularlo, aun después de perpetrado el hecho punible, a paliar sus consecuencias o facilitar la tarea de hacer justicia.”¹⁰¹ Aunque este autor no analiza más profundamente el tema de la reparación como fundamento o punto de partida en el establecimiento de esta atenuante en el Código Penal, creemos sin embargo que resalta

⁹⁹ SILVA, JESÚS MARÍA, “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, en: ROMEO CASABONA (ed.), Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. 22°. Coloquio de Derecho Europeo. Organizado por el Consejo de Europa y la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna (del 17 al 19 de noviembre de 1992), Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la Laguna, 1993. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 48.

¹⁰⁰ PÉREZ SANZBERRO realizó un minucioso análisis de todos estos proyectos y sus implicancias en el tema de la reparación. Op. cit. págs. 60-91; 268-305.

¹⁰¹ CURY, ENRIQUE. 1998. “Derecho Penal, Parte General”, Tomo II, (3° ed.), Editorial Jurídica de Chile, págs. 124-126.

uno de los puntos discutidos por la doctrina en torno al papel y concepto de la reparación: el rol de la reparación como instrumento resocializador del autor del delito a través de una confrontación de éste con las consecuencias de su actuar y hacerse responsable de dichas consecuencias. Además toca tangencialmente otro punto importante: El rol de la reparación como forma de atenuar la aplicación de una pena. En palabras de este autor, tras esta atenuante subyace de manera secundaria "... la idea de que quien se comporta en esa forma expresa un cierto arrepentimiento –cuya demostración, por cierto, no se exige en la ley- o, cuando menos, algún propósito de colaborar con el derecho, del cual se sigue un indicio de que la ejecución del acto típico no fue un producto enteramente libre de su voluntad.”¹⁰² Para Cury, el acto de reparar no tiene por qué ser una actividad espontánea del autor del delito, puede perfectamente provenir de la iniciativa de un tercero, sin embargo lo fundamental es que su intención de reparar sea voluntaria y libre. Al respecto, cabe destacar que en Roxin es imprescindible en la reparación la voluntad de aquellos que participan en el proceso, entendiendo la reparación en el marco de un procedimiento de conciliación autor-víctima. De esta manera, para Roxin se subraya el aspecto positivo de la disposición hacia una satisfacción a la víctima, integrando a ésta en la resolución del conflicto, con lo cual el concepto de reparación se delimita o separa de la naturaleza civil de la indemnización y, a su vez, se distancia del carácter coactivo de la pena.¹⁰³ Cury también apunta que los motivos que tenga el autor para reparar –sea genuino arrepentimiento o por conseguir una condena más baja- son completamente irrelevantes. Sin embargo, la ley precisa que la conducta del autor tendiente a reparar debe ser “celosa”, es decir, “... tiene que importar un *esfuerzo personal considerable* enderezado al logro de los objetivos determinados por la norma examinada.” Continúa este autor señalando que consecuencia de ello es que resulta irrelevante si la reparación es completa o no, “La ley se contenta con la *exteriorización positiva de un propósito serio*; no reclama resultados exitosos.”¹⁰⁴ Lo anterior resulta, en nuestra opinión, tremendamente discutible en el marco de la aplicación de los “acuerdos reparatorios”. En primer lugar porque podría salvar una de las críticas fundamentales que se han hecho a la inclusión de un concepto de reparación jurídico-penal en el sistema penal, que tiene que ver con la vulneración del principio de igualdad ante la ley toda vez que si el autor no puede reparar se le aplicará la pena subsidiaria, y ello significaría volver a la prisión por deudas.¹⁰⁵ En este sentido, podría resultar positivo una introducción de este tipo, que tome en cuenta los esfuerzos serios que hace el autor del delito por reparar el daño causado. En segundo lugar, tiene la desventaja de constituir una forma de reparar que resulta tremendamente beneficiosa para el autor del delito pero no así para la víctima, la

¹⁰² CURY, op. cit. pág. 124.

¹⁰³ ROXIN, en: SCHOCH (ed.), Wiedergutmachung, 1987. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 244. Volveremos sobre este punto al tratar específicamente el tema de las salidas alternativas en la RPP, ya que la voluntad del autor en alcanzar un acuerdo reparatorio es un requisito legal para poder aplicar dicha salida alternativa.

¹⁰⁴ CURY, op. cit. pág. 125.

¹⁰⁵ En este sentido, HIRSCH, op. cit. considera que si el autor no puede reparar y se le aplica la pena subsidiaria se estaría volviendo a la prisión por deudas.

cual quizás en la mayoría de los casos deberá conformarse con lo que el autor pueda dar, sin ver satisfechas sus necesidades.

Alfredo Etcheberry, por su parte, consigna que la atenuante en comento "... está establecida más bien con un propósito de política criminal (obtener reparación para la víctima y evitar males mayores) que por razones éticas con relación al procesado, ya que nada se exige en cuanto al móvil que impulse a éste, que puede ser tanto el arrepentimiento moral como el simple deseo de contar con una atenuante o cualquier otro."¹⁰⁶ En cuanto al móvil que impulse al autor del delito a reparar, este autor coincide con Cury en cuanto a que éste es irrelevante: Basta que repare el mal causado o procure con celo repararlo. Sin embargo, Etcheberry pone de manifiesto un tema mucho más relevante en cuanto a esta atenuante, y que tiene que ver con su inclusión en el Código Penal chileno con un propósito de política criminal más que por razones éticas con relación al procesado. En el próximo apartado analizaremos con profundidad las relaciones entre política criminal y reparación, y baste con decir por el momento que desde un punto de vista político-criminal resulta perfectamente plausible incluir a la reparación como una forma de reaccionar frente al delito, es decir, darle un rol más protagónico dentro del concierto de reacciones penales que el de ser simplemente una atenuante.

De acuerdo a lo que se viene señalando, actualmente en Santiago (en donde aun no se implementa la RPP) el procedimiento penal sólo permite que se alegue la reparación como una atenuante que en definitiva va a disminuir la pena, sin que pueda en ningún caso excluirla o suspenderla. Su rol está subordinado a la imposición de una pena, que continúa siendo la forma de reacción central de nuestro Derecho penal. Cabe hacer una última observación: El inciso final del artículo 456 bis del Código Penal dispone: "En estos delitos (de robo y hurto)¹⁰⁷ no podrá estimarse que concurre la circunstancia atenuante del número 7°. del artículo 11 por la mera restitución a la víctima de las especies robadas o hurtadas y, en todo caso, el juez deberá considerar, especificada, la justificación del celo con que el delincuente ha obrado." A esta norma debe agregarse la cita de otra muy similar, contenida en el artículo 450 bis del mismo cuerpo legal, que dispone: "En el robo con violencia o intimidación en las personas no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el artículo 11, N.º 7." No comprendemos muy bien por qué el legislador ha reducido el ámbito de la reparación justamente en aquellos delitos en los cuales el bien jurídico protegido (la propiedad o patrimonio) es el más susceptible de servir para una reparación.¹⁰⁸ En el caso específico de los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas la norma puede resultar más justificada, toda vez que aquellos son delitos pluri-ofensivos que protegen en una misma abrazadera dos bienes

¹⁰⁶ ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. "Derecho Penal Parte General", TOMO II, (3º ed.) Editorial Jurídica de Chile, págs. 24-26.

¹⁰⁷ El paréntesis es nuestro.

¹⁰⁸ Criticamos igualmente las limitaciones a esta atenuante de reparación en otros delitos, como se señala, por ejemplo, en el artículo 32 de la Ley Nº 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En este sentido, concordamos con ROXIN cuando señala que la reparación puede suspender la aplicación de una pena y, en el caso de delitos más graves, podría llegar a atenuarla, teniendo siempre a la reparación como un parámetro de juicio al momento de la condena.

jurídicos distintos, la propiedad y la integridad física (en el caso del robo con violencia) o la libertad ambulatoria (en el caso del robo con intimidación). Sin embargo, aún así creemos que la “intención” de reparar debió haber sido considerada, por lo menos para rebajar la pena y tener por satisfecho el interés de la víctima y el general en cuanto al atentado contra la propiedad que se hubiera producido. La primera norma citada resulta aún más desconcertante, ya que viene a poner trabas a la reparación en aquellos delitos en los que el bien jurídico protegido es solamente la propiedad o el patrimonio (hurto, robo con fuerza en lugar no habitado, robo con fuerza en bienes nacionales de uso público, etc.), señalando que la mera restitución de las especies hurtadas o robadas no basta para configurar la atenuante de reparación. Creemos que la razón de aquello reside en el alto porcentaje que estos delitos representan en el total de delitos cometidos, llegando a ser una mayoría abrumadora, lo cual llevó al legislador a poner más “mano dura”, aumentando las penas y disminuyendo las posibilidades existentes para atenuarla. Ahora bien, dicha decisión, a nivel de política criminal, pudo haber sido evitada con un análisis más profundo acerca de las ventajas que la reparación representa y cómo ella puede incluirse dentro del procedimiento penal bajo un prisma político-criminal eficiente y racional, como veremos a continuación. La idea de que a mayor represión se tendrá más controlada la criminalidad ha resultado ser un punto de partida falso, como varios autores apuntan¹⁰⁹. En este sentido, la reparación podría llegar a constituir una nueva mirada al fenómeno criminológico, integrando los fines jurídico-penales tradicionales y aportando con un mecanismo de solución más eficiente y racional tanto para la víctima, el autor del delito y la sociedad toda.

2.5. Reparación y Política Criminal

2.5.1. Concepto de Política Criminal. La reparación como objeto de interés político-criminal

Si consideramos a la reparación como una herramienta útil en el contexto de la política criminal podremos, a nuestro juicio, encontrar nuevos argumentos que permitirían incentivar e incrementar la realización de los “acuerdos reparatorios” en la RPP. Dejando de lado por el momento la discusión referente al concepto de reparación y su posición dentro del sistema penal –discusión imprescindible si queremos legitimar la aplicación de la reparación en nuestro sistema penal, de acuerdo a lo analizado precedentemente-, resulta fundamental referirnos a las implicancias político-criminales que ésta pueda traer consigo, ya que su implementación a nivel de políticas públicas podría derivar en un nuevo modo de idear las reacciones estatales frente a la comisión de un delito, especialmente en lo que concierne al tema de la mediación y la negociación propiamente tal, entendidas como alternativas eficientes y justas para alcanzar una reparación que satisfaga tanto a la víctima como a la sociedad toda, sin dejar de lado sus repercusiones en torno a la efectiva resocialización del delincuente. Iniciemos nuestro análisis en torno al concepto de política criminal y las relaciones que se dan entre ésta y la reparación.

¹⁰⁹ En este sentido, ROXIN, op. cit. y MERA, op. cit.

Para Mera, la política criminal consiste "... en la estrategia del Estado para enfrentar el fenómeno de la criminalidad."¹¹⁰ Uno de los instrumentos que utiliza la política criminal para enfrentar la criminalidad lo constituye el sistema penal, esto es, "... el conjunto de elementos que intervienen en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales."¹¹¹ Mera opina que la política criminal se encuentra desvalorizada socio-culturalmente en relación con otras políticas públicas –educacional, de salud, laboral, etc.–, principalmente debido a la confianza de la sociedad en las respuestas represivas, que constituyen el núcleo del sistema penal: Si se incurre en la conducta típica sancionada en la ley, el Estado responderá con la aplicación de una pena o medida de seguridad, que en su naturaleza es privativa o restrictiva de derechos, sin que exista, a nivel de conciencia popular, la idea de reformular el catálogo de penas con el objeto de idear reacciones más justas y positivas dentro de un Estado democrático de derecho, sin que por ello dichas reacciones pierdan su carácter jurídico-penal. Bustos, por su parte, considera que la política criminal "... significa siempre poder para definir los procesos criminales dentro de la sociedad y por ello mismo dirigir y organizar el sistema social con relación a la cuestión criminal." Continúa este autor señalando que lo anterior "... implica abarcar la cuestión criminal en toda su extensión, es decir, que se origina un sistema que va desde la policía, pasando por el proceso judicial en sus aspectos formales y materiales y terminando en la aplicación de las sanciones."¹¹² Política criminal, entonces, es un concepto que intenta responder a la pregunta de ¿Cómo enfrentamos el fenómeno criminológico?, y que en dicha misión establece directrices y formas de reacción frente a la comisión de delitos. La reparación, como una forma de reaccionar frente al delito es, por tanto, materia de la política criminal y, a nuestro juicio, debe ser hoy en día uno de los pilares fundamentales a tener en cuenta al momento de diseñar dicha política, como está sucediendo a través de las "salidas alternativas" contempladas en la RPP.

Concordamos con Mera cuando señala que la política criminal se encuentra desvalorizada debido principalmente a la confianza que la sociedad coloca en las respuestas puramente represivas, lo que necesariamente se traduce en un aumento de penas, restricciones a la libertad provisional, creación de nuevos delitos y, en general, aumento del rigor penal. Ello trae consigo una consecuencia funesta: que se termine visualizando al derecho penal como una herramienta represiva que utiliza la privación de libertad como única alternativa de reacción frente al delito. ¿Cómo, entonces, podremos incentivar la aplicación de medidas reparatorias como son los "acuerdos reparatorios", en una sociedad que esencialmente no cree en otra salida para el autor del delito que no sea la cárcel? Por el momento, la RPP ha dado un paso trascendental, que puede ser mejorado y debe necesariamente ser revisado, pero que sin lugar a dudas constituye, en nuestra opinión, el primer eslabón en una cadena que eventualmente nos llevará a

¹¹⁰ MERA, JORGE. 1995. "Bases de una Política Criminal en un Estado de Derecho", en: "Introducción al Sistema Penal", 1996, eds. Universidad Diego Portales, págs. 216-230.

¹¹¹ MERA, op. cit. pág. 216.

¹¹² BUSTOS, JUAN, "Bases para una política criminal", 2000, en: Revista La Semana Jurídica, noviembre 20 al 26 del año 2000, ed. Lexis Nexis.

implementar un derecho penal distinto, en el cual el concepto de reparación tenga un rol principal. Según Mera, “Debe demostrarse que la pura represión no sirve y que su exceso, (...) puede ser hasta contraproducente. Se trata sólo de un recurso simplista –que no toma en cuenta la complejidad del fenómeno delictivo- y escapista, que actúa al modo de tranquilizante, por cuanto produce la falsa impresión de que el Estado sí está cumpliendo con su deber de prevenir la criminalidad. Así, el Estado se libera de adoptar otro tipo de medidas que sí podrían contribuir con mayor efectividad a la prevención de la criminalidad, como, son, por ejemplo –aparte de las amplias posibilidades que se ofrecen a través de las políticas sociales- la racionalización y el perfeccionamiento del sistema penal, con el fin de hacerlo más eficiente en la persecución penal y de evitar sus posibles efectos criminógenos.”¹¹³

Ahora bien, si el método represivo de reacción resulta ser contraproducente y representa tan sólo una medida del Estado en orden a dejar tranquila a la sociedad de que efectivamente se está haciendo algo en el tema de la criminalidad, la pregunta pertinente sería la siguiente: ¿Bajo qué presupuestos diseñamos una política criminal que se enmarque dentro de los valores y principios de un Estado democrático de derecho y que a su vez tenga el carácter de una política eficiente y racional? Para Mera, dichos presupuestos los constituyen los principios garantistas del derecho penal, esto es, los límites del “ius puniendi”, que según Von Liszt representan la Carta Magna del delincuente, un límite infranqueable de la política criminal del Estado.¹¹⁴ Uno de dichos principios lo constituye el principio de subsidiariedad que, según vimos, para Roxin representa la base legitimadora en la inclusión de la reparación en el sistema penal. Lo anterior constituye, a nuestro juicio, un pilar fundamental para lograr fundamentar la introducción de la reparación en el derecho penal desde un punto de vista político-criminal, ya que si, por una parte, el principio de subsidiariedad representa uno de los presupuestos mínimos que debe respetar un Estado democrático de derecho en la aplicación de una política criminal y, por otra parte, puede considerarse como la legitimación necesaria para incluir a la reparación como una alternativa de reacción penal en conjunto con las penas y las medidas de seguridad, entonces los problemas político-criminales en cuanto a adoptar la reparación como forma de reacción penal quedarían solucionados, o por lo menos se contaría con una base teórica sólida para argumentar a favor de la reparación bajo un prisma político-criminal. De esta manera, consideramos no sólo correcto sino deseable ampliar la discusión acerca de los “acuerdos reparatorios”, de su procedimiento, campo de aplicación y en general su inclusión como una herramienta central –y no secundaria- en el ámbito de las sanciones penales que pueda aplicar el juez.

A nivel de política criminal, otros argumentos pueden encontrarse a favor de la reparación. En primer lugar, encontramos la necesidad de proteger a la víctima como uno de los objetivos específicos de la política criminal, siendo ésta titular del bien jurídico tutelado por el derecho penal. Para Mera, un sistema penal verdaderamente interesado en proteger los intereses de la víctima podría “ampliar el espectro de los delitos de acción

¹¹³ MERA, op. cit. pág. 217.

¹¹⁴ VON LIZST, citado por MERA, op. cit. pág. 218.

privada, permitiéndole a la víctima conducir la acción penal de una manera más acorde con sus intereses, incrementándose así la posibilidad de obtener, mediante acuerdos reparatorios con el autor, soluciones satisfactorias.”¹¹⁵ El planteamiento de Mera, bastante general, deja varias preguntas abiertas y brechas que solucionar, por ejemplo está el tema de la voluntariedad del autor del delito y de la víctima en orden a llegar a un acuerdo, el tipo de delitos o bienes jurídicos protegidos susceptibles de ser “reparados” mediante un acuerdo o conciliación autor-víctima, y por supuesto el contenido y límites de este acuerdo, cuestiones todas debatidas y que se encuentran íntimamente ligadas a la discusión acerca de la posición que debe tener la reparación dentro del sistema penal. Sin embargo, cabe destacar la idea central, en cuanto a tomar la protección de los intereses de la víctima como uno de los objetivos político-criminales fundamentales y de este modo idear respuestas que efectivamente satisfagan sus necesidades. Si la pena no cumple con esta función, entonces es perfectamente plausible, político-criminalmente, reposicionar a la víctima como eje central del conflicto, dándole la posibilidad de que en determinados delitos y bajo determinados supuestos pueda proponer una forma de solución del conflicto penal que no sea la imposición de una pena. En segundo lugar, encontramos otro argumento que tiene que ver con los presupuestos para realizar una política criminal eficiente, uno de los cuales, según Mera, consistiría en hacer la distinción entre la delincuencia grave y la menos grave, implementándose instrumentos político-criminales diferentes para cada una de ellas. Según Mera, la distinción mencionada se funda en gran medida en una realidad fáctica, y es que los países tienen recursos materiales y humanos limitados que resultan insuficientes para hacer frente a todas las formas de criminalidad. “Siendo esto así”, señala este autor, “lo razonable es que se los utilice (estos recursos escasos) de la manera más racional posible, con el objeto de obtener su máximo aprovechamiento, concentrándolos preferentemente en la prevención, investigación y persecución de los delitos más graves.”¹¹⁶ Desde el punto de vista procesal penal, una de las medidas que deberían tomarse en este sentido sería la implementación de “... acuerdos reparatorios entre autor y víctima a través de los cuales se alcance una solución satisfactoria que permita prescindir de la persecución y sanción penales.”¹¹⁷

De esta manera, encontramos buenas razones político-criminales para favorecer la inclusión de la reparación en el sistema penal, y las relaciones existentes entre éstas y una política criminal “eficiente” en el control del fenómeno delictivo son innumerables. Sin embargo, y como hemos apuntado anteriormente, esto no significa que la discusión referente a la reparación quede terminada y debamos simplemente implementarla. Hay varias zonas grises que aún no han sido clarificadas y sobre las cuales la doctrina penal contemporánea aun discute. La implementación en Chile de los “acuerdos reparatorios” en el marco de la RPP constituye un paso importantísimo para el acercamiento de la reparación como una alternativa eficiente y político-criminalmente deseable, y en

¹¹⁵ MERA, op. cit. pág. 219.

¹¹⁶ MERA, op. cit. pág. 223.

¹¹⁷ MERA, op. cit. pág. 224.

particular porque una de las formas de reparación, la mediación, resulta uno de los caminos más eficientes para llegar a una reparación que realmente cumpla con sus objetivos básicos, entre los cuales la mayoría de los autores señalan la protección de los intereses de la víctima, el restablecimiento de la paz social –o, según algunos, del equilibrio que se ha roto por la comisión del delito- y la efectiva resocialización del delincuente.

2.5.2. La reparación a la luz de diversas tendencias político-criminales que proponen un cambio del derecho penal

Las corrientes político-criminales que en general abogan por una modificación del sistema penal en su conjunto tienen en común un acercamiento al concepto de reparación y a su utilización como herramienta central de reacción del sistema penal. Veamos brevemente alguna de ellas.

2.5.2.1. Movimiento descarcelatorio y “diversión”

Este movimiento parte de la premisa que las secuelas del internamiento penitenciario son funestas para la persona que la sufre, además de constituir un foco de tensión entre los fines declarados de la pena y la realidad de su aplicación, particularmente preocupantes cuando afectan a sectores jóvenes de la población. Pérez Sanzberro da cuenta de que bajo este punto de partida, este movimiento ha acogido respuestas alternativas que, “... como la reparación, conciliación y mediación, constituyen fórmulas más naturales, comprensibles, y menos lesivas, de respuesta o reacción frente a un conflicto.”¹¹⁸ La “diversión” es un movimiento que propugna la derivación del tratamiento del delito hacia reacciones no privativas de libertad, a través de una mayor preocupación por la resocialización del delincuente, procurando una mayor atención de los intereses de la víctima y descargando a la administración de justicia del conocimiento y fallo de aquellas conductas “menos graves” o de “menor entidad”. En esta línea sería central la actuación del Acusador Público, quien por medio del principio de oportunidad podría derivar el tratamiento del delito hacia vías más informales.

2.5.2.2. Reposicionamiento de la víctima como protagonista del conflicto penal

Reconsiderar a la víctima como uno de los ejes centrales del conflicto penal no es un tema nuevo y de hecho volveremos a tratarlo más adelante, ya que constituye una de las bases más sólidas en orden a argumentar por la inclusión de los “acuerdos reparatorios” en la RPP, a la vez que uno de los puntos de partida de sus detractores. De hecho, la víctima aparece mencionada frecuentemente en las discusiones acerca del papel que debe jugar la reparación en el sistema penal, como ya hemos visto. La “Victimología” –que comenzó a formarse como campo específico de investigación tras la 2ª Guerra Mundial, y adquiere cierto grado de madurez en la década de los 70-¹¹⁹ habría puesto de relieve la necesidad de atender desde el derecho penal y sus mecanismos de reacción, a

¹¹⁸ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 10.

la víctima del delito y toda su problemática tras el hecho delictivo. En este sentido, Nils Christie apunta a la recuperación del protagonismo de la víctima atendiendo a “sus derechos de propiedad”, que se concretan en el tratamiento de “su” delito, de “su” conflicto, lo cual conlleva su reconocimiento como parte opinante acerca de la sanción al autor del delito y de su propia recuperación luego de éste.¹²⁰ De esta manera, surgen inmediatamente mecanismos de mediación y conciliación, ya que serían los más indicados para la completa satisfacción de los intereses de la víctima y su inclusión como protagonista dentro del proceso penal, que en el actual esquema se reduce a su denuncia del delito y luego queda a merced de los órganos de justicia, en donde no existe actualmente la posibilidad de que ésta pueda ver satisfechas de una manera fructífera y pacífica las necesidades que surgieron luego de cometido el delito.

2.5.2.3. Abolicionismo y reduccionismo

La corriente abolicionista va un paso más allá de las analizadas hasta el momento, propugnando la desaparición del derecho penal. Su postura se apoya en un cuestionamiento de la utilidad del sistema punitivo, y los ejes centrales de su propuesta lo constituyen la “... “devolución” del conflicto a los directamente implicados, y el recurso a vías no punitivas a la hora de enfrentar los conflictos de la convivencia social...”¹²¹ La llamada del movimiento abolicionista a los juristas, y a la sociedad en general, se centra en la idea de que logremos idear un tratamiento más civilizado del delito, en donde la reparación surge como el parámetro más adecuado –como concepto no-penal de reacción- para la consecución de este fin. En este sentido, Politoff ha señalado: “... la gran revolución del pensamiento abolicionista no significa que en un instante, por un impulso subitáneo, se cierran las cárceles y se envían los códigos penales al museo de antigüedades. Lo que está planteado es la disgregación del universo cerrado del sistema penal y su desmantelamiento sistemático por la vía de reconocer la especificidad de cada conflicto.”¹²² Pérez Sanzberro, por su parte, agrega que los intentos del último tiempo en reducir el ámbito de aplicación de la pena privativa de libertad e incluso de desplazarla completamente, serían propios de un movimiento abolicionista “minimalista”, que expresaría la necesidad de hacer efectivo el principio de última ratio de la intervención penal, también en el momento de seleccionar la concreta respuesta frente a la conducta delictiva.¹²³ Así podríamos diversificar el catálogo de respuestas frente al delito, pudiendo

¹¹⁹ SANGRADOR, JOSÉ LUIS, “La victimología y el sistema jurídico-penal”, en: JIMÉNEZ BURILLO/ CLEMENTE (comp.), *Psicología Social y sistema penal*, (Alianza ed.) Madrid, 1986. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 12.

¹²⁰ CHRISTIE, NILS, “Conflicts as Property”, en: *The British Journal of Criminology*, 1977. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 12.

¹²¹ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 13.

¹²² POLITOFF, SERGIO, traducción y postfacio en: HULSMAN, Louk/ BERNAT DE CELIS, Jacqueline, “Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa”, ed. Ariel, Barcelona, 1984. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 14.

¹²³ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 15.

en alguno de ellos desplazar la aplicación de la pena en pro de una solución reparadora y dejarla para aquellas conductas delictivas que no puedan solucionarse de otra modo, de acuerdo a los intereses en juego y a los fines jurídico-penales perseguidos.

2.5.2.4. Experiencia norteamericana

Pérez Sanzberro señala que los precedentes inmediatos a la práctica y reflexión en los países europeos en el campo de la mediación y conciliación, y de la reparación del daño, se encuentran en Norteamérica en la década de los años 70.¹²⁴ Se distinguen dos proyectos distintos: Los programas de mediación o los denominados “programas de reconciliación víctima-infractor (*Victim Offender Reconciliation Programs*), que están orientados a conseguir la pacificación del conflicto y la conciliación entre el infractor y la víctima; y los “programas de restitución”, que pretenden alcanzar la reparación material de los daños sufridos por la víctima como consecuencia del delito. La idea central consiste en conceptualizar el hecho delictivo como un conflicto entre los afectados, el núcleo ya no está constituido por el delito en sí mismo, sino por lo que la víctima y el autor consideran relevante. El proceso de mediación se centra en las posibilidades de reparación como asunción de la responsabilidad. Sin embargo, como apunta Pérez Sanzberro, los distintos proyectos no han conducido a una clarificación de cuestiones fundamentales, por ejemplo la discusión relativa a la relación entre la reparación y los fines de la pena, tema desarrollado en mucho mayor medida en Alemania.¹²⁵ A pesar de las críticas a estos programas, no puede dejar de desconocerse su utilidad como referente a la discusión acerca del rol de la reparación en el sistema penal, al integrar dicho concepto como forma principal de reacción frente al conflicto penal.

3. RECAPITULACIÓN

En este primer capítulo, nuestra preocupación se centra en dos conceptos: los de mediación y reparación. Desde nuestro punto de vista, ambos elementos se encuentran íntimamente relacionados. La mediación se ha constituido en un procedimiento de resolución de disputas alternativo al tradicional proceso judicial, que de acuerdo a la experiencia, se ha transformado en una forma eficiente de resolver conflictos de índole familiar, comunal, comercial, internacional, entre otros.

Últimamente han surgido tendencias en diferentes partes del mundo para incorporar la mediación como una herramienta en la búsqueda de soluciones a los llamados conflictos penales, que son aquellos donde se ve afectado el orden social debido a la vulneración de las normas establecidas por el Estado. Es así como ha nacido la llamada mediación penal. Son diferentes los objetivos que se buscan a través de la incorporación de esta herramienta en la solución de las disputas penales. Pero una de las principales

¹²⁴ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 15.

¹²⁵ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 17.

tiene que ver con el concepto de reparación, con la idea de que la víctima es una actora principal del proceso y que uno de los objetivos a la hora de resolver un conflicto nacido por la infracción de la norma legal, debe ser la satisfacción de los intereses de ella, a través de la reparación del daño que se le ha causado como resultado del delito cometido contra su persona, sus parientes, o sus bienes.

Pero, ¿qué es la reparación?. ¿Es sólo una contraprestación económica que el autor del delito hace a la víctima o puede involucrar otras prestaciones?. Surge así la pregunta acerca del concepto de reparación, y si puede formularse un concepto de reparación exclusivamente jurídico-penal o éste debe permanecer anclado al área del derecho civil, lo cual es importante para formular una estrategia de reparación que finalmente sea útil al derecho penal propiamente tal y cumpla sus fines específicos. Un concepto jurídico-penal de reparación conlleva necesariamente la discusión acerca de la posición que debe tener ésta dentro del sistema penal, con los problemas dogmáticos que ello acarrea, especialmente cuando se trata de desplazar la imposición de una pena y posicionar la reparación como forma de reacción principal en ciertos delitos, y no ya como una atenuación de la pena, que seguiría siendo la sanción protagonista. Desde un punto de vista político-criminal surge la cuestión acerca de si resulta político-criminalmente eficiente y deseable que la reparación sea incluida en la gama de reacciones del derecho penal. Aceptada que sea la reparación dentro del concierto de sanciones del derecho penal, surgen nuevas preguntas. La que más nos interesa por el momento dice relación con el mejor método (desde el punto de vista de la eficiencia, los intereses de las partes, la justicia penal y los fines de la pena) para llegar a una reparación, y así surge la relación de la reparación y la mediación, que sería la forma ideal de alcanzar una reparación que cumpla los objetivos y requisitos dogmáticos que se establezcan en definitiva.

En el marco de la RPP, los “acuerdos reparatorios” suponen una forma de reparación basada en la conciliación autor-víctima, y cuyo procedimiento se relaciona indirectamente con el concepto de mediación, como veremos en el capítulo II. Sin embargo, resulta importante apuntar que, independiente de la discusión dogmática y penal acerca de la reparación, en Chile se ha consagrado legalmente un método de reparación que en definitiva cumple el objetivo último de ésta: servir como salida alternativa a la imposición de una pena, es decir, lograr desplazarla cuando en ciertos casos y bajo determinados supuestos no resulta adecuado o deseable la condena a una pena privativa de libertad. Dicha consagración legal no es perfecta y queda, creemos, mucho por discutir en orden a crear un método mejor de reparación. Sin embargo, es un primer acercamiento valioso que en definitiva replantea la visión del derecho penal y ajusta las formas de reacción de éste, haciendo un sistema más justo y racional para sus protagonistas.

CAPÍTULO II. LAS SALIDAS ALTERNATIVAS COMO NUEVO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS PENALES: LOS ACUERDOS REPARATORIOS

1. LAS SALIDAS ALTERNATIVAS EN LA REFORMA PROCESAL PENAL

1.1. Consideraciones preliminares

En forma previa a nuestro análisis de las salidas alternativas, y más específicamente de los acuerdos reparatorios que el nuevo sistema procesal penal establece, debemos analizar brevemente el porqué de este cambio radical en el sistema judicial chileno.

Al enviarse el proyecto de ley que crea el nuevo Código Procesal Penal, el Mensaje de S.E. el Presidente de la República planteaba:

“Desde el punto de vista político y constitucional, el mayor defecto del sistema penal en Chile, es que carece de un genuino juicio contradictorio que satisfaga las exigencias del debido proceso. El sistema penal en Chile, en su fase procesal, contradice así una de las garantías inherentes al sistema político. Según lo acreditan diversos estudios, y la observación histórica lo pone de manifiesto, el proceso penal en Chile posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que despersonaliza al inculpado y que no se corresponde con la noción de ciudadanía propia de un estado democrático. La consolidación de la democracia exige la reforma al proceso penal de modo que satisfaga las exigencias de un juicio público y contradictorio”¹²⁶

La reforma procesal penal que actualmente se aplica en todo el país, a excepción de la Región Metropolitana -donde comenzará a regir a partir del segundo semestre del año 2005- busca consolidar un sistema de administración de justicia que garantice de manera real los derechos de los ciudadanos y proporcione las herramientas necesarias para garantizar la paz y el bienestar social.

A todas luces, el antiguo sistema de justicia es defectuoso e ineficiente. Se trata de un sistema de carácter inquisitivo, que le entrega a una sola persona (el juez) la facultad de investigar, acusar y fallar. No es posible que el destino de una persona quede en las manos de una sola persona. Es claro que al momento de investigar y acusar, el tribunal ya se formó la convicción de que a la persona le ha cabido una participación culpable y penada por la ley, por tanto, al momento de dictar sentencia, es esperable una sentencia condenatoria. Es por eso que el nuevo sistema corrige esta situación, separando las facultades de investigar y acusar, con la de juzgar.

El Ministerio Público tendrá la misión 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 delitos¹²⁷. En tanto los jueces deberán velar porque se garanticen los derechos de los ciudadanos y analizar los antecedentes para establecer si una persona es culpable o no del ilícito que se le imputa y si, en razón de ello, merece o no una pena.

Por su lado, la Defensoría Pública será la encargada de 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 representados¹²⁸.

¹²⁶ Mensaje de S.E. el Presidente de la República en el Proyecto de Ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Boletín 1630-07. 12 de octubre del 2000. Pág. 60.

¹²⁷ www.ministeriopublico.cl

¹²⁸ www.defensoriapenal.cl

Otra ventaja que instaura el nuevo sistema procesal penal, es la creación de un juicio oral y público. El antiguo sistema establece un juicio predominantemente escrito, donde el secreto juega un rol fundamental, principalmente en la etapa del sumario. No se tiene acceso al expediente ni se conoce el curso de la investigación, con lo que la máxima de dar al acusado una defensa eficiente se torna imposible. Además, el intrincado y burocrático sistema de presentación de documentos, audiencias, comparendos, etc., sumado al complejo lenguaje legal, hace que la ciudadanía perciba al sistema judicial como algo lejano, incomprensible e inaccesible. Como lo señaló en su momento el Ministro de Justicia de la época, señor José Antonio Gómez:

“Con el nuevo sistema, el juicio es concebido como un genuino debate contradictorio y a la vista de todos. En éste se enfrentan dos partes: el Ministerio Público, que representa los intereses de la víctima, y la Defensa Penal, que representa los intereses del imputado. En este debate, ambos, deberán someter sus respectivos argumentos y pruebas a la ponderación y decisión del Tribunal del Juicio Oral, ganando el sistema en legitimidad y transparencia”.¹²⁹

Una tercera ventaja guarda relación con la reducción de los plazos que implicará el nuevo sistema. Los tiempos se verán reducidos notablemente. Juicios que con el antiguo sistema demoraban entre 3 a 6 años, ahora tardarán entre 3 a 6 meses. Era evidente que una de las razones por las cuales se criticaba el antiguo sistema y se le consideraba obsoleto y lejano radicaba en los juicios largos e interminables.

Otro beneficio del nuevo sistema es que es un 24% más barato que el antiguo, dado que el costo promedio de un delito investigado en éste es de US\$721 y de \$548 en aquél. En cifras totales, el costo de investigar la misma cantidad de delitos es de US\$119 millones en el sistema nuevo y de \$339 millones en el antiguo.¹³⁰

Un concepto innovador que esta reforma incorpora, es el establecimiento de soluciones distintas al proceso judicial para poner término a los conflictos. Dentro de estas instituciones encontramos:

¹²⁹ **Discurso pronunciado por Santiago Ojeda el día 28 de septiembre del 2000, titulado “Nuevo Código Procesal penal: culminación de un trabajo formidable”, <http://www.minjusticia.cl/Discursos/DiscMin2000.html#>**

¹³⁰ VARGAS, J. E. “Costos Económicos en la Reforma Procesal Penal”, en: Revista Apuntes de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, D.F.H.F. www.derecho.udp.cl. Pág. 5.

¹³¹ Es la facultad de los fiscales del Ministerio Público de archivar provisionalmente una investigación cuando en ella no aparece antecedente que desgestione al sistema y quite el carácter absoluto al principio de legalidad procesal. Si no se busca es que sólo son objeto de una investigación, acusación y posterior sentencia aquellos casos que supongan delitos de mayor gravedad y donde la imposición de una condena sea la única manera posible de satisfacer los

¹³² Es la facultad de los fiscales del Ministerio Público de no iniciar la investigación de un delito o de no continuar la ya iniciada cuando el hecho no comprometa gravemente el interés público. Con todo, no procede cuando la pena mínima asignada al delito excede la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, esto es, excede los 540 días de privación de libertad ni cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. El ejercicio de esta facultad está sujeto tanto al control del Juez de Garantía como de las autoridades del Ministerio Público.

requerimientos de la víctima y de la sociedad.

1.2.Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal

Hemos mencionado cinco procedimientos que la reforma incorpora, con el fin de poner término al conflicto, evitando el proceso judicial propiamente tal y su posterior condena.

Sin embargo, queremos enfocarnos en -lo que se ha denominado por la doctrina- las “salidas alternativas en el nuevo proceso penal”. Estas son aquellas formas en que el Estado responde de manera diferente al proceso penal y a la aplicación de una pena. Representan una respuesta de menor contenido represivo, pero de mayor calidad si la comparamos con una pena privativa de libertad, ya que se cumple con mayor certeza con el carácter resocializador al que un sistema penal debe aspirar.

El concepto de “salidas alternativas” engloba mecanismos con objetivos diferentes: de selección de casos, de simplificación procesal y de solución de conflictos sociales sobre la base de una alternativa a la persecución penal tradicional y a la aplicación de una pena como consecuencia de ella¹³⁶.

Ejemplos de procedimientos donde se aplican criterios racionales y transparentes de selección de casos: el archivo provisional (artículo 167 del Código Procesal Penal, en adelante CPP); la facultad del Ministerio Público para no iniciar una investigación (artículo

¹³³ Es el acuerdo entre el fiscal y el imputado, en virtud del cual el primero suspende la investigación en curso y el segundo acepta someterse a ciertas condiciones que importan una restricción de su libertad por tiempo determinado (mínimo un año, máximo tres años), al cabo del cual, si el imputado ha cumplido con las condiciones impuestas y no es objeto de una nueva investigación, se archiva definitivamente la investigación y se extingue la acción penal en su contra. Este acuerdo debe ser sometido a la aprobación del Juez de Garantía, quien luego de verificar la procedencia legal de la suspensión condicional la decreta y establece tanto las condiciones por cumplir como el tiempo durante el cual deben cumplirse. La suspensión condicional no procede cuando el imputado ha sido condenado previamente por crimen o simple delito ni cuando la pena probable que puede corresponderle en caso de condena supera los tres años

¹³⁴ Son acuerdos directos entre el imputado y la víctima que tienen por objeto la reparación del daño producido a esta última. No tienen necesariamente carácter pecuniario. Deben ser aprobados por el Juez de Garantía, caso en el cual extinguen la acción penal contra el imputado. Proceden respecto de todos los delitos culposos (es decir, delitos cometidos sólo con imprudencia, sin dolo, tradicionalmente conocidos en Chile como cuasidelitos), y de algunos delitos dolosos: lesiones menos graves y delitos contra bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial (hurtos, estafas, etc.). Con todo, el Juez de Garantía puede negar su aprobación, de oficio o a petición del fiscal del Ministerio Público, cuando los acuerdos versen sobre delitos respecto de los cuales no proceden o cuando exista un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, como por ejemplo, cuando el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los investigados.

¹³⁵ Es una alternativa al Juicio Oral. Supone un acuerdo entre el imputado y el fiscal del Ministerio Público, en virtud del cual el primero acepta expresamente los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la fundan y consiente en someterse a este procedimiento, y el segundo solicita la imposición de una pena que no exceda de cinco años. En virtud de este acuerdo, y siempre que cumpla con los requisitos legales, el juicio se desarrolla directamente ante el Juez de Garantía, quien en su sentencia condenatoria no puede imponer una pena mayor a la solicitada por el fiscal del Ministerio Público.

168 CPP); y el principio de oportunidad (artículo 170 CPP). En todos los casos recién enumerados, vemos excepciones al tradicional principio de legalidad procesal, el cual establece que frente a todo hecho ilícito penal que se produzca dentro de la esfera de atribuciones del tribunal, aquél debe necesariamente ser conocido, juzgado y eventualmente castigado por dicho tribunal. Principio que el artículo 166 del CPP recoge, pero como regla general, y no como un absoluto¹³⁷.

Luego existen mecanismos que buscan cumplir el segundo objetivo, la simplificación de los procedimientos. Aquí encontramos al juicio inmediato cuando se trate de delitos flagrantes (artículo 235 CPP); el procedimiento abreviado en caso de delitos de cierta gravedad (artículo 406 CPP); el procedimiento simplificado para el caso de faltas y delitos que merezcan penas de hasta presidio menor en su grado mínimo (artículo 388 CPP); o el procedimiento monitorio para aplicar multas (artículo 392 CPP).

Por último, el nuevo proceso penal establece mecanismos de solución a los conflictos penales, que son diferentes a la respuesta tradicional que significa la persecución penal y la posterior aplicación de una pena. Son las denominadas “salidas alternativas propiamente tales”. Ellas son la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237 CPP) y los acuerdos reparatorios (artículo 241 CPP).

Como ha señalado el profesor Mauricio Duce¹³⁸, estas instituciones “comparten la característica de representar respuestas alternativas del sistema frente a cierta categoría de casos y eso hace que tengan una dinámica diferente a otros mecanismos de simplificación procesal o de selección de casos. Es por ello también que ambas pueden ser descritas como salidas alternativas. La alternatividad viene dada por el hecho que ambas instituciones representan respuestas diferentes del sistema frente a los casos que abarcan en comparación a la resolución normal de los mismos (juicio y eventual condena o absolución)”¹³⁹

Ambas instituciones representan un cambio radical en la forma de enfrentar el conflicto penal. Se opone al principio tradicional que rige nuestro sistema procesal penal, cual es la legalidad procesal, el que hasta la reforma no reconocía la existencia de fórmulas y mecanismos informales de resolución de conflictos, como son las tratativas y negociaciones de los abogados de las partes fuera de la sede judicial, y que

¹³⁶ ZÁRATE CAMPOS, M.. Los Acuerdos Reparatorios: algunos comentarios a partir de las nociones de reparación y negociación. Tesina presentada en el Diplomado sobre “Reforma Procesal Penal: Aspectos Dogmáticos, Legales y de Litigación en Juicio Oral”, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo, Septiembre del 2001. www.acceso.uct.cl/congreso/docs/mzarate.doc

¹³⁷ El artículo 166 del CPP establece: “Cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”.

¹³⁸ DUCE, MAURICIO. Director del Centro de Investigaciones de la Escuela de Derecho U. Diego Portales.

¹³⁹ DUCE, MAURICIO. 2000. “La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal”, en El Nuevo Proceso Penal, varios autores. Cuadernos de Trabajo N°2 Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Pág. 140.

generalmente terminaban con el conflicto.

El nuevo proceso penal sigue reconociendo este principio de legalidad procesal en su artículo 166, el que prescribe: “Cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”.

Sin embargo, a diferencia del antiguo sistema, el principio de legalidad reconocido hoy tiene carácter general, y se reconocen excepciones, las que se contemplan en la ley. Estas excepciones son las salidas alternativas propiamente tales: suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios.

Como ya señalamos, la alternatividad viene dada por el hecho que ambas instituciones representan respuestas diferentes del sistema frente a los casos que abarcan en comparación a la resolución normal de los mismos (juicio y eventual condena o absolución) Sin embargo, Duce plantea que estas salidas podrían no ser consideradas “auténticas” alternativas, ya que no excluyen la intervención punitiva del estado, sino que se hacen operativas dentro del sistema, e igual implican una intervención del mismo

Entonces, si se considera el término “alternativa” en un sentido fuerte, como respuesta estatal completamente diferente a la intervención del sistema penal, sólo serían salidas alternativas aquellas respuestas que eviten totalmente la intervención de los aparatos estatales que persigan la criminalidad. Pero si consideramos el término en un sentido débil, como una respuesta estatal diferente a la que supone el juicio oral y público ante 3 jueces, la suspensión condicional y los acuerdos reparatorios sí serían salidas alternativas y representarían una respuesta con niveles inferiores de represión por parte del sistema penal, cuya finalidad sería la solución del conflicto y no la imposición de una sanción¹⁴⁰.

Las salidas alternativas tienen una importancia que va más allá de obtener la solución de un conflicto, ya que a través de ellas se reconoce a todos los individuos el derecho de resolver sus problemas, priorizando sus intereses y reconociendo que los conflictos penales no se resuelven sólo a través de una condena privativa de libertad.

Hasta el día de hoy en muchos países, y hasta hace poco en Chile “la administración de justicia, en especial la penal, dista de ser un servicio para la población y sus problemas, siendo en verdad parte de la administración del poder, y como tal, parte de la administración estatal”, cuya finalidad última es el control social de las personas, en lugar de solucionar sus conflictos interpersonales. Así, el derecho penal se convierte en un medio para ejercer el poder político, crea un nuevo poder, el poder penal del estado, que desplaza la voluntad de los protagonistas del conflicto, para realizarse por sí mismo¹⁴¹.

Las salidas alternativas son las que verdaderamente cambian el sistema actual de

¹⁴⁰ DUCE, MAURICIO; RIEGO, CRISTIAN. 2002. “Introducción al nuevo sistema procesal penal”. Editorial Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.

¹⁴¹ MAIER, citado por VARGAS, F. Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal. Ponencia realizada en el marco del Congreso “Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal”. Octubre 2001. www.acceso.uct.cl/congreso/ponencias.htm

justicia, ya que como hemos señalado, el principio de legalidad procesal sigue consagrado en el nuevo CPP, pero ahora se admiten estas excepciones, que reconocen a las personas como individuos capaces de resolver sus disputas.

1.2.1. Fundamentos de las salidas alternativas

Las salidas alternativas han sido incorporadas en varios países de Latinoamérica, sin embargo, los argumentos utilizados para su nacimiento son en muchos casos muy diferentes, y en otros se nota debilidad argumental.

De acuerdo a lo planteado por los profesores Duce y Riego¹⁴², existen 3 afirmaciones principales que justifican la introducción de las salidas alternativas al proceso penal¹⁴³:

1. El carácter selectivo del sistema penal, ante la necesidad de racionalizar la persecución penal frente a los escasos recursos disponibles.
2. Razones de conveniencia social, para evitar que personas con posibilidades reales de reinserción social se vean expuestas a una condena penal.
3. La satisfacción de los intereses de la víctima de manera real y efectiva.

1.2.1.1. Selectividad de los sistemas penales, su carácter subsidiario y la necesidad de racionalizar la persecución penal pública

Los sistemas penales asumen, ya sea de manera explícita o veladamente, que no son capaces de investigar y resolver la infinidad de casos que llegan a sus manos. En Chile, informalmente muchos de los conflictos no llegan a las instancias finales del proceso, ya que terminan en etapas intermedias por las más diversas razones (sobreseimiento, desistimiento, abandono del procedimiento, transacciones, entre otros).

Como consecuencia de esta situación, de la falta de recursos humanos y financieros, el sistema reacciona y selecciona aquellos casos más importantes para efectos de desarrollar en ellos la labor de investigar y sancionar.

En Chile, el sistema procesal penal antiguo no establece mecanismos de selección de casos, ya que como sabemos, en él rige con carácter absoluto el principio de legalidad procesal, por tanto, es deber del Estado, a través del poder judicial, investigar todos los delitos que lleguen a su conocimiento. Como esto no es posible por las razones ya expresadas, los que manejan el sistema seleccionan los casos más trascendentes, y el resto quedan a medio camino por diversas razones.

Esta situación de selección de casos es adecuada, por cuanto es imposible perseguir todos los delitos que se cometen en el país. Pero como señalan Duce y Riego, "lo que sí resulta criticable es el hecho de que la selectividad se maneje de forma oscura, sin

¹⁴² RIEGO, C. Profesor de Derecho Universidad Diego Portales.

¹⁴³ DUCE MAURICIO; RIEGO, C.. Introducción al Nuevo Sistema Procesal Chileno. Editorial Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. 2002.

obedecer a criterios prepauteados o a razones justificatorias públicas preexistentes, es decir, al margen de mandatos legales y públicos que la encaucen y al margen de presupuestos valorativos que la fundamenten”¹⁴⁴.

Esta crítica, desde nuestro punto de vista es totalmente válida. Los operadores del sistema (jueces, ministros, abogados, actuarios, etc.) seleccionan los casos de acuerdos a sus criterios, en atención a las valoraciones que ellos hacen de los conflictos que llegan a sus manos. Pero esta tarea no les ha sido encomendada, no existe precepto legal que lo señale, la Constitución no los faculta para seleccionar los casos. En definitiva, caemos en la ilegalidad, en la inconstitucionalidad y en una inseguridad jurídica grave. Caemos en el juego de decir: “este delito se investiga, es importante porque se trata de un hecho grave; este, en cambio, no. Es de poca monta, dejémoslo de lado, lo vemos al final”.

Entonces, lo que se hace actualmente con la reforma es reconocer esta antigua práctica. Asumir que existe un sistema informal de selección de casos y de ahí crear mecanismos que regulen dicha selectividad, pero de manera transparente y legal, de modo tal que el sistema sólo se preocupe de los delitos más graves y que más daño han causado a sus víctimas. Así encontramos un primer argumento para el establecimiento de las salidas alternativas en el nuevo sistema penal.

Pero no sólo la selectividad de los casos es un argumento válido. Con las salidas alternativas se asegura que el sistema penal sólo tenga un carácter subsidiario. La idea es que los agentes del Estado, al momento de solucionar conflictos de índole penal, prefieran utilizar mecanismos distintos a las formas punitivas tradicionales, para así cumplir con el principio de *ultima ratio*¹⁴⁵ que debe regular la intervención del Estado.

Con el sistema antiguo, el aparato estatal no considera realmente este principio. Lo que hace, como hemos planteado, es investigar todos los delitos que llegan a su conocimiento, desde una falta hasta delitos que atenten contra la vida de las personas. Por tanto, el principio de *ultima ratio* queda relegado completamente.

En nuestra opinión, la reforma corrige a través de las alternativas una situación que se había vuelto impresentable. Es ridículo que el Estado persiga todos los ilícitos que se cometan, los investigue y sancione, si es mucho mejor que existan diversos instrumentos de solución de disputas de acuerdo al tipo de ilícito cometido. La aplicación del principio de *ultima ratio* tendría muchas más posibilidades con el nuevo sistema, y así la respuesta estatal sólo se aplicará a aquellos ilícitos más dañosos y que requieren una solución efectiva que necesariamente traerá aparejada una pena privativa de libertad¹⁴⁶.

En resumen, las salidas alternativas satisfacen una necesidad que el sistema penal

¹⁴⁴ Idem 17. Página 288.

¹⁴⁵ El principio de *ultima ratio* considera que ante un ilícito, la respuesta estatal manifestada a través del derecho penal, debe ser la última posibilidad de solucionar el conflicto sometido a su decisión, ya que se deben agotar todas las otras posibilidades que existan para efectos de solucionar la disputa existente

¹⁴⁶ Hablamos de que el principio de *ultima ratio* tendrá “muchas más posibilidades con el nuevo sistema”. Sin embargo, en un análisis posterior veremos que estas posibilidades serán restringidas debido a la redacción del Código Procesal Penal.

inquisitorio anterior no satisfacía, debido a la falta de recursos, la necesidad de seleccionar los casos y el carácter subsidiario que debe tener la intervención estatal en la persecución de los delitos, dando paso a una aplicación real y efectiva del principio de oportunidad o *ultima ratio*.

1.2.1.2. Razones de conveniencia social

¿Porqué son convenientes socialmente las salidas alternativas?. La respuesta la encontramos analizando desde un punto de vista práctico el sistema procesal penal recién reformado.

Al iniciarse un proceso, el imputado queda sujeto a prisión preventiva (aunque posteriormente tiene la posibilidad de salir en libertad provisional); tiene que contratar un abogado, y si no tiene dinero suficiente se le asigna un egresado de derecho en práctica (que muchas veces no tiene la experiencia suficiente para dar una adecuada defensa). Su familia debe sufrir este proceso visitándolo en la cárcel, situación que es sumamente engorrosa y difícil, ya que los procedimientos de visitas son bastante vejatorios para los parientes del procesado o acusado (mala atención, revisiones completas a pertenencias, vestimentas e incluso el cuerpo del visitante, lugares de visita pésimamente acondicionados, etc.); la comunidad se entera de esta situación e inmediatamente estigmatiza a la persona como delincuente y discrimina a su familia; finalmente, si la persona obtiene su libertad, las posibilidades de reinsertarse, especialmente en el ámbito laboral, se reducen notablemente.

Leyendo el párrafo anterior, un neófito en conocimientos de nuestro sistema procesal penal pensaría que estamos hablando del caso de un violador o de un homicida. Pero esta situación, en la gran mayoría de los casos, afecta a personas que han cometido delitos de robo por sorpresa o robo con fuerza, muchos de los cuales han delinquido por primera vez.

Por lo tanto, un argumento de peso a la hora de introducir las salidas alternativas, viene dado por el hecho de que se hace necesario evitar situaciones como las recién descritas.

Además, la introducción de las salidas alternativas representa un beneficio también para la comunidad toda, ya que se evita perder a un miembro de la sociedad que puede tener grandes posibilidades de reinsertarse en la sociedad, ya que si aplicamos sobre él una pena privativa de libertad, se inician procesos totalmente perjudiciales para su vida, como los procesos de criminalización que sufren dentro de los recintos penitenciarios, ya que muchas veces se juntan personas que han delinquido por primera vez con delincuentes avezados, lo que al final provoca que los primeros se conviertan en expertos delincuentes al obtener su libertad; y los procesos de estigmatización a la que se ven expuestos no sólo ellos, también sus familiares, ya que la comunidad lo percibirá a él como un delincuente y a sus parientes como la “familia del delincuente”.

Estos efectos perniciosos no sólo afectan a personas condenadas, también sufren las consecuencias personas que han sido objeto de un proceso, pero que no han recibido sentencias condenatorias. El estigma igual queda, y sus posibilidades de reinserción también se ven limitadas.

La utilidad entonces de las salidas alternativas es manifiesta. Como señalan los profesores Duce y Riego “la conveniencia social de las salidas alternativas se manifiesta, así, en el interés de la sociedad por evitar que sus integrantes sean privados de sus posibilidades de integración y desarrollo y, consiguientemente, de la posibilidad de participar útilmente en el progreso de su comunidad”.¹⁴⁷

Pero estos autores señalan una segunda razón de conveniencia social: las salidas alternativas ofrecen un espacio más adecuado para resolver conflictos penales que las respuestas estatales típicas.¹⁴⁸

Desde nuestro punto de vista, el Estado tiene el derecho y el deber de sancionar aquellas conductas ilícitas que causen gran daño a la sociedad. En muchos casos se hace necesario una respuesta punitiva que signifique la privación de libertad de una persona para así satisfacer los intereses de las víctimas y el deseo de paz social que busca la comunidad.

Pero así como el Estado tiene este derecho y deber, también los individuos tienen el derecho y el deber de intentar solucionar sus disputas cuando estas hayan provocado un perjuicio para ellas, pero que puedan ser resarcidas de una manera distinta a la aplicación de una sentencia condenatoria emanada de un típico proceso penal.

Como hemos analizado, el sistema tradicional tiene una sola forma de reaccionar ante un delito: mediante la respuesta violenta aplicada a través de una condena privativa de libertad. Sin embargo, para la comunidad resulta mucho más conveniente contar con otro tipo de respuestas cuando se trate de delitos menos graves. Un sistema que otorgue una diversidad de respuestas ante los diferentes tipos de conflictos que se presentan es mucho más útil, y además, necesario.

1.2.1.3. Satisfacción de los intereses de la víctima

La posición de la víctima en el derecho procesal penal y en el derecho penal ha sido objeto de estudio desde hace décadas. Es así como Maier señala que “se trata... de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que se persigue y de las tareas que abarca el derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir estas tareas pone a su disposición el derecho procesal penal... se trata de un problema político criminal, al que debe dar solución el sistema en su conjunto”¹⁴⁹.

Con el surgimiento del estado moderno, se le expropió a la víctima el conflicto, asumiendo el monopolio de la persecución penal. Sin embargo, las últimas tendencias buscan darle a la víctima un rol importante, lo que se manifiesta a través de dos objetivos: satisfacer los intereses de la víctima y transformarla en protagonista principal del proceso.

¹⁴⁷ DUCE, M.; RIEGO, C. “Introducción al Nuevo Sistema Procesal Chileno”. Editorial Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. 2002. Pág. 293.

¹⁴⁸ Idem 17. Pág. 293.

¹⁴⁹ MAIER, J. “La Víctima y el Sistema Penal”. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 1993. Pág. 190 y ss.

Con las salidas alternativas, los intereses de las víctimas pueden ser efectivamente satisfechos, ya que estos mecanismos permiten ampliar al marco de soluciones posibles, y las personas tienen la posibilidad de acceder no sólo a una justicia distributiva, sino que también a una reparadora.

Además, desde una perspectiva de conveniencia, las salidas alternativas fomentan la participación activa de la víctima en el proceso, convirtiéndola en actora principal en la búsqueda de una solución a su problema. Esto resulta fundamental, por cuanto el inicio del procedimiento penal depende en aproximadamente un 90% de los casos de la víctima o de una persona vinculada a ella ¹⁵⁰.

Desde nuestro punto de vista, el sistema procesal penal antiguo desincentivaba la acción de la víctima en el proceso, dificultando no sólo el inicio de los procedimientos, sino que también su colaboración durante el mismo. Las razones de tal situación son varias, pero principalmente encontramos la despreocupación de la víctima por parte del sistema, al marginarla absolutamente del proceso, tomando el Estado el impulso, desarrollo y conclusión de la investigación; y también los inconvenientes a que se ve afectada la víctima y que se traducen en la denominada “victimización secundaria”, es decir, a una situación de nueva victimización (la primera es la que sufre por el delito mismo) por los perjuicios que les trae su intervención en el proceso penal.

Resumiendo, la necesidad de satisfacer los intereses de la víctima, de devolverle el rol preponderante que tuvo en la solución del conflicto hasta antes de la llegada de los estados modernos, y la conveniencia de incentivar la intervención y colaboración de las víctimas, son argumentos válidos que justifican plenamente la introducción de las salidas alternativas al proceso penal.

1.2.2. Fundamentos de las salidas alternativas en el nuevo Código Procesal.

Como ya hemos analizado, son varias las razones que justifican la introducción de las salidas alternativas como forma de solucionar el conflicto penal.

El mensaje del nuevo Código ilustra esta incorporación:

“El examen de los problemas del sistema vigente, así como la experiencia comparada muestran que uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituyen el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos. Por otra parte, los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales del sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que los eventuales beneficios, o porque la rigidez para su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más productivas y más satisfactorias para los directamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito” ¹⁵¹.

¹⁵⁰ DUCE, M.; RIEGO, C. “Introducción al Nuevo Sistema Procesal Chileno”. Editorial Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. 2002. Pág. 296.

De acuerdo con los profesores Duce y Riego, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios cumplen dos objetivos de la reforma. En primer lugar, disminuir la carga de trabajo de los tribunales a través de la solución de los casos antes de que lleguen al juicio oral. En segundo término, tener diversos mecanismos de solución de conflictos, dependiendo del tipo de delito que se trate.

Para que estos objetivos puedan ser satisfechos, es necesario que las salidas alternativas se utilicen desde el momento que se inicia la investigación, para evitar dilaciones y costos innecesarios. Así, el sistema será mucho más eficiente.

1.3. La suspensión condicional del procedimiento.

Antes de iniciar nuestro estudio de los acuerdos reparatorios, es necesario hacer un breve análisis de este otro mecanismo instaurado por la reforma y que también es considerada como una salida alternativa al proceso penal.

Como institución, la suspensión condicional es completamente nueva en nuestro sistema, a diferencia de otros países donde desde hace un tiempo tiene consagración legal (Argentina desde 1994; Costa Rica desde 1996; Venezuela desde 1998; Paraguay desde el 2000, entre otros). En Chile se inspira en la Ordenanza Procesal Penal alemana y el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica¹⁵².

Los objetivos de este instrumento son diversos. Entre ellos podemos enumerar:

Acelerar los procesos penales.

Servir a la finalidad que busca el principio de *ultima ratio* del sistema penal.

Disminuir la carga de trabajo de los tribunales, para que éstos sólo se dediquen a los casos más graves.

Satisfacer los intereses de la víctima del delito.

Ser una forma de solución para los crímenes considerados leves o medianos.

Dar respuestas eficientes y rápidas a la mayoría de los casos.

La suspensión condicional del procedimiento es una institución que consiste en detener provisoriamente la persecución penal a favor de una persona imputada por un delito, quedando sometida dentro de un plazo, al cumplimiento de algunas condiciones impuestas por el Juez de Garantía¹⁵³, al término del cual se extingue la acción penal, siempre que se cumplan las condiciones y el beneficiado no sea objeto de una nueva formalización por un delito¹⁵⁴.

Requisitos de Procedencia.

Que el delito sea de ciertas características.

¹⁵¹ Mensaje N° 110-331 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, 1995, pág. 23.

¹⁵² DUCE, M.; RIEGO, C. "Introducción al Nuevo Sistema Procesal Chileno". Editorial Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. 2002. Pág. 302.

Que el imputado cumpla algunos requisitos

Que exista un acuerdo entre el fiscal y el imputado.

a) Características del delito: que la pena privativa de libertad que pudiera imponerse al imputado en el evento de dictarse sentencia condenatoria no excediere de tres años (Art. 237 letra a CPP). Respecto de este primer requisito, el Fiscal Nacional recoge la opinión expresada en el Senado, y ordena que se tome en consideración la pena judicial que se aplicaría, es decir, tomando en cuenta las posibles atenuantes y agravantes del caso concreto. El Instructivo N°36 ordena a los fiscales tomar en cuenta circunstancias como el grado de participación del imputado y la circunstancia de que el hecho se encuentre en grado de tentativa, consumado o frustrado.

Este instructivo también orienta respecto de otras situaciones que podrían darse. Es así como propone que la suspensión condicional proceda también respecto de casos donde la pena probable sea de restricción de libertad, siempre que no exceda de tres años. También se propone su aplicación para casos donde la pena probable sea de carácter pecuniario.

b) Requisito que debe cumplir el imputado: que no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito (Art. 237 letra b). El Instructivo es claro en señalar que sólo las sentencias de término, ya ejecutoriadas, impiden la aplicación de la suspensión condicional. Es por ello que el documento plantea que los fiscales pueden solicitar la suspensión, aún cuando el imputado tenga un proceso en tramitación, y también si ha sufrido condenas anteriores, pero por faltas.

c) Acuerdo entre el fiscal y el imputado de solicitar al Juez de Garantía la suspensión condicional del procedimiento (Art. 237 inciso primero). Este acuerdo es importantísimo, por cuanto es una garantía para el imputado de que no se le aplicará ninguna medida mientras no manifieste su voluntad en ese sentido. El imputado tiene la libertad de aceptar o no la propuesta del fiscal, ya que tiene el derecho a negarse y continuar con el proceso hasta las últimas consecuencias.

Además y como requisito de validez, se establece que a la audiencia en que el tribunal se pronuncie sobre la suspensión, debe asistir el abogado del imputado. Se agrega que éste último será oído si quiere manifestar algo.

El imputado tiene también el derecho de retractarse del acuerdo si es que el juez de garantía impone condiciones o requisitos que aquel considera muy gravosas.

¹⁵³ El juez de garantía es el encargado de velar por las garantías de las personas durante la investigación que realiza el fiscal del ministerio público. Le corresponde autorizar previamente todas las actuaciones del fiscal que afecten los derechos del imputado y de terceros, decretar o dejar sin efecto las medidas cautelares personales (detención, prisión preventiva, arraigo, etc.) o reales (embargo) y velar porque las personas puedan ejercer sus derechos durante la etapa de investigación. Le corresponde la preparación del juicio oral que se realizará ante el tribunal oral en lo penal, y por último, debe dictar sentencia en el procedimiento abreviado y simplificado.

¹⁵⁴ VARGAS, F., "Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal", 2003. En: Seminario sobre Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal", Proyecto ACCESO de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, realizado los días viernes 26 y sábado 27 de octubre de 2003. FUENTE: www.acceso.uct.cl/congreso/ . Pág. 2.

Con el acuerdo, el fiscal manifiesta su voluntad de no continuar con la persecución penal. Finalmente, debe ser autorizado por el Juez de Garantía, concurriendo la tercera voluntad necesaria para que la suspensión condicional quede operativa.

El Juez de Garantía debe velar por el cumplimiento de los requisitos legales, a saber, que el delito no tenga una pena superior a tres años, que se trate de un imputado sin antecedentes anteriores y que el acuerdo sea voluntario.

Finalmente debemos precisar que el Instructivo N°36 señala que los fiscales deben tener un rol activo en la promoción de la suspensión condicional, por cuanto son ellos los encargados de hacer valer la acción penal y de analizar si es procedente hacer uso de esta salida alternativa.¹⁵⁵

Plazos y Condiciones.

Luego de cumplirse con los requisitos de procedencia, el Juez de Garantía debe determinar los plazos y condiciones que el imputado deberá verificar.

- El plazo debe fluctuar entre uno y hasta tres años (Art. 237 inciso quinto)

Se discutió mucho respecto de cuales eran los plazos más adecuados.

Se estimó que un plazo máximo de cinco años era excesivo y la suspensión condicional no sería atrayente para el imputado.

Se optó por un plazo de hasta tres años, ya que es el mismo que se establece para la remisión condicional de la pena y la reclusión nocturna de la Ley 18.216.

- El imputado debe cumplir con las condiciones y requisitos que el Juez le señale (Art. 238¹⁵⁶) Estas representan limitaciones a los derechos del imputado.

La norma no establece el tipo de condiciones que deben ser impuestas por el Juez en cada caso. Se ha establecido que por regla general el Juez de Garantía deberá decidir las condiciones sobre la base de la propuesta que le haga el Ministerio Público, pero

¹⁵⁵ El Instructivo N° 36 del Fiscal Nacional, señala criterios de actuación respecto de la suspensión condicional del procedimiento. A pesar de que vemos una intención por promover esta salida, a nuestro entender, el Ministerio Público, a través de este documento, está limitando la procedencia y aplicación de esta salida alternativa ya que se señala que *“no puede ignorarse que el control de la aplicación concreta de estas medidas presenta dificultades de orden práctico. La reforma al sistema de persecución penal no contempló mecanismos de control y seguimiento de las condiciones decretadas al amparo de esta institución. Estimamos, que esta circunstancia constituye una importante limitación que no puede dejar de considerarse para la aplicación plena de la institución, al menos en una etapa inicial, mientras no se cuente con un claro conocimiento de la forma en que operarán en la realidad los procedimientos de control del cumplimiento de las condiciones impuestas, los que habrán de instaurarse por los organismos que corresponda, según la naturaleza de cada una de las medidas que se decreten”*. Vemos aquí una limitación que dice relación con la inexistencia en la ley de las formas de control del cumplimiento de la suspensión condicional. Mientras la ley no subsane este vacío, el Ministerio ve una limitación a la aplicación de esta salida alternativa. Entonces, se plantea como aconsejable *“una actitud inicial prudente y un tanto conservadora, hasta tanto se puedan observar los resultados de las primeras aplicaciones que se hagan de la institución a que se refieren los criterios a instaurar, dadas las dificultades de control a que se ha hecho mención”*.

¹⁵⁶ Estas limitaciones son: residir o no en lugar determinado; abstenerse de frecuentar determinados lugares y personas; someterse a tratamiento médico, psicológico u otro; fijar domicilio; entre otras).

considerando lo que al respecto tengan que decir la víctima y el querellante.

Finalmente cabe decir que el Juez de Garantía, con acuerdo del fiscal y del imputado puede modificar una o más de las condiciones impuestas originalmente (Art. 238 inciso final). La idea es darle flexibilidad a esta alternativa, para así adecuarla si los requerimientos lo exigen.

Efectos.

Decretada la suspensión condicional del procedimiento se producen importantes efectos:

- - Se suspende la persecución penal en contra del imputado por el respectivo delito.
- - De todas maneras se mantiene el derecho de perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho (Art. 237 inciso final).
- - Desde el momento en que se decreta la suspensión, la prescripción se suspende y deja de correr el plazo absoluto de dos años que el fiscal tiene para cerrar la investigación (Art. 237 inciso quinto).
- - Transcurrido el plazo de suspensión sin que haya sido revocada, se produce la extinción de la acción penal, debiendo sobreseerse definitivamente la causa (Art. 240 inciso final).
- - Respecto de la acción civil, la suspensión condicional no extingue las acciones civiles de la víctima o terceros (Artículo 240 inciso primero).

Oportunidad y Procedimiento.

La suspensión condicional del procedimiento puede ser decretada a partir de la audiencia en que se formaliza la investigación y hasta la realización de la audiencia de preparación del juicio oral (Art. 245).

Respecto del procedimiento, se inicia a través de una solicitud del Ministerio Público, y luego se procede a realizar una audiencia oral a la que comparecen todos los interesados, y donde el Juez debe escuchar al querellante si éste comparece.

Revocación.

La ley contempla dos causales:

Si existe un incumplimiento grave, preciso y reiterado de las condiciones impuestas sin justificación alguna.

Si el imputado es objeto de una nueva formalización de la investigación por un hecho distinto al que dio origen al procedimiento suspendido.

2. LOS ACUERDOS REPARATORIOS

2.1. Consideraciones preliminares

Las salidas alternativas representan un cambio desde el punto de vista de la tradición procesal penal en Chile. Pasamos de la aplicación del principio de legalidad procesal en forma absoluta a un sistema donde se admiten excepciones.

Como ya lo hemos visto, estas salidas representan una respuesta estatal distinta a la solución tradicional manifestada a través de la aplicación de una pena privativa de libertad. Son soluciones de mayor calidad y de menor contenido represivo, más adecuadas y eficientes para determinados casos, generalmente aquellos delitos cuya criminalidad es leve o media. Además, estas salidas aportan para cumplir uno de los objetivos fundamentales de todo sistema penal: la resocialización de los individuos que han delinquido, especialmente aquellos denominados primerizos.

Desde una perspectiva más amplia, se ha dicho que las salidas alternativas engloban diferentes mecanismos, con objetivos diferentes: algunos buscarían descongestionar un sistema procesal penal que se encuentra colapsado (ej.: archivo provisional); otros pretenden simplificar los procedimientos (Ej.: procedimiento abreviado).

Sin embargo, desde una perspectiva del delito y de los efectos del mismo, se ha señalado que las salidas alternativas propiamente tales serían sólo dos: la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios

Para el profesor Duce estas instituciones “comparten la característica de representar respuestas alternativas del sistema frente a cierta categoría de casos y eso hace que tengan una dinámica diferente a otros mecanismos de simplificación procesal o de selección de casos. Es por ello también que ambas pueden ser descritas como salidas alternativas. La alternatividad viene dada por el hecho que ambas instituciones representan respuestas diferentes del sistema frente a los casos que abarcan en comparación a la resolución normal de los mismos (juicio y eventual condena o absolució¹⁵⁷” .

Los acuerdos reparatorios son mecanismos de solución de conflictos que representan un cambio no sólo en nuestro país, sino que también en gran parte de Latinoamérica. Así, países como Costa Rica, El Salvador y Venezuela contemplan instituciones que se asemejan a esta salida alternativa¹⁵⁸ .

En el sistema procesal penal antiguo, la reparación a la víctima estaba contemplada sólo como una causal de atenuación de la responsabilidad penal (Art. 11 N° 7 del Código Penal).

Sin perjuicio de esta situación, existen otras leyes que contemplan la reparación y que tienen efectos muy similares a los acuerdos reparatorios (los que trataremos en el apartado siguiente). Sin embargo, existe un antecedente mucho más válido y relevante.

¹⁵⁷ Véase DUCE, M. Ob. Cit Pág. 10

¹⁵⁸ En Costa Rica y El Salvador se contempla la reparación como causal de extinción de la acción penal. Venezuela tiene una institución muy similar a los acuerdos reparatorios que existen en Chile

En el sistema procesal penal antiguo se utilizaba en forma habitual la práctica informal, en donde un gran número de casos se llegaba a un acuerdo entre las partes, donde el demandante se desistía, lo que obligaba al tribunal a sobreseer la causa.

Es por estas consideraciones que el nuevo sistema contempla a los acuerdos reparatorios como una de las salidas alternativas. Lo que se pretende es proteger y promover los intereses de las víctimas y contar con mecanismos que seleccionen los casos y presenten respuestas distintas a las que ofrece el juicio oral.

2.2. Antecedentes

Esta salida alternativa, como ya lo hemos esbozado, constituye una novedad dentro del sistema chileno y en el contexto sudamericano.

Los primeros antecedentes de este mecanismo se encuentran en el Proyecto de RPP del año 1994, donde se señala la necesidad de buscar mecanismos que racionalicen la actividad jurisdiccional. Entre ellos se menciona la posibilidad de no seguir con la persecución penal cuando se trate de delitos que involucren bienes disponibles y se llegue a acuerdo entre los involucrados ¹⁵⁹.

También encontramos antecedentes en el mismo sistema procesal penal antiguo. Como ya lo hemos señalado, existen figuras legales donde se utilizaba la reparación de manera similar a como se utiliza en los acuerdos reparatorios. Así por ejemplo, tenemos el caso del delito de giro doloso de cheques, donde el pago total de lo adeudado, extingue la responsabilidad penal del inculcado ¹⁶⁰. Otra institución de similares características la encontramos en compra de la acción penal en el ámbito de la Ordenanza de Aduanas, donde los denunciados por infracciones aduaneras, pueden solicitar al Director del Servicio de Aduanas que autorice al administrador respectivo para que no ejercite la acción penal correspondiente cuando dichos denunciados paguen una multa no inferior al doble de los productos internados de manera irregular ¹⁶¹.

Finalmente, nos encontramos con la práctica habitual de alcanzar avenimientos en delitos de acción privada, especialmente en el caso de las injurias y calumnias.

Sin embargo, para el profesor Duce, las instituciones recién mencionadas no son antecedentes válidos de los acuerdos reparatorios. Para él resulta mucho más relevante la “práctica informal que se daba en el contexto de nuestro sistema inquisitivo, según la cual en un número significativo de casos (normalmente delitos patrimoniales no violentos)

¹⁵⁹ ZÁRATE CAMPOS, M. 2001. “Los Acuerdos Reparatorios: algunos comentarios a partir de las nociones de reparación y negociación”. Tesina presentada en el Diplomado sobre “Reforma Procesal Penal: Aspectos Dogmáticos, Legales y de Litigación en Juicio Oral”, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo, Septiembre del 2001. www.acceso.uct.cl/congreso/docs/mzarate.doc. Pág. 5.

¹⁶⁰ **Decreto con Fuerza de Ley N° 707. Ley sobre Cuentas Corrientes y Cheques, Artículo 22, inciso 8°:** *En cualquier momento en que el procesado o condenado pague el cheque, los intereses corrientes y las costas judiciales el juez sobreseerá definitivamente, a menos que de los antecedentes del proceso aparezca en forma clara que el procesado ha girado los cheques con el ánimo de defraudar...”.*

el acuerdo entre querellante y querellado se traducían en un escrito de desistimiento del querellante, el que finalmente llevaba al juez del crimen a decretar el sobreseimiento temporal o definitivo de la causa”¹⁶².

2.2.1. Antecedentes legislativos.

Para llegar a su reconocimiento legal, esta institución tuvo que sortear diversos obstáculos, ya que se trataba de una herramienta nueva en la búsqueda de formas diferentes para la resolución de conflictos. Con el paso del tiempo, los distintos estamentos fueron aceptando los acuerdos reparatorios, ya que se asumió que con esta salida alternativa existía la posibilidad de cumplir los objetivos propuestos: agilizar la administración de justicia y satisfacer los intereses de la víctima.

Es importante conocer como se llegó a este reconocimiento legal, ya que así nos podemos hacer la idea de que lineamientos siguió el legislador para dar vida a esta institución.

2.2.2.1. Proyecto del ejecutivo

En el mensaje del ejecutivo se plantean las ideas fundamentales que inspiran a este nuevo mecanismo:

“los avances de las disciplinas penales muestran como las respuestas tradicionales del sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más productivas y más satisfactorias para los directamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito (...)se propone avanzar hacia la creación de un sistema de justicia criminal que otorgue diversas posibilidades de solución a los conflictos de que conoce, abriéndose todavía limitadamente a la posibilidad de soluciones distintas a las tradicionales en aquellos casos en que los diversos actores del sistema (...)estén de acuerdo en su conveniencia(...)El establecimiento de los acuerdos reparatorios(...)busca reconocer el interés

¹⁶¹ Decreto con Fuerza de Ley n° 30, Ministerio de Hacienda, 1983, artículo 222: “A petición de los denunciados el Director Nacional de Aduanas, podrá autorizar en casos calificados al Administrador para no ejercitar la acción penal si los denunciados enterasen en arcas fiscales una multa no inferior al doble del valor de la mercancía. La autorización a que se refiere el inciso anterior será calificada de acuerdo con los antecedentes personales del denunciado y con la naturaleza, modalidades y móviles determinante del delito, en cuanto permitan presumir que no volverá a delinquir. No obstante, no podrán acogerse al beneficio establecido en este artículo, las personas que se encuentren procesadas por delitos de fraude y contrabando, las que hayan sido condenadas anteriormente, sin que haya transcurrido un plazo de cinco años desde que cumplieron la sanción impuesta por los delitos expresados, aquéllas en cuyo favor haya sido acordada la renuncia de la acción penal dentro de los tres años anteriores a la nueva denuncia, y las personas responsables de esos mismos delitos cometidos con ocasión de la internación ilegal de mercancías desde las zonas liberadas al resto del país.”

¹⁶² Idem 17. Pág 325.

preponderante de la víctima en aquellos delitos que afectan bienes que el sistema jurídico reconoce como disponibles. El sistema vigente consagra, salvo escasas excepciones, el principio de que una vez que los órganos del sistema han tomado conocimiento del hecho, la víctima queda totalmente desplazada de la posibilidad de obtener que se abandone la persecución, aún en pro de obtener otra forma de reparación al daño sufrido(...)En la práctica, cuando las partes están de acuerdo en la posibilidad de una reparación satisfactoria, ella se produce fuera del control del tribunal. En estos casos la víctima evita la continuación del procedimiento a cambio de la compensación recibida, por ejemplo, negando su colaboración en la producción de las pruebas o incluso distorsionando las mismas a favor del imputado. El efecto concreto de esta indisponibilidad de la persecución penal es, en ocasiones, evitar la posibilidad de soluciones satisfactorias para los involucrados, pero también eventualmente para el resto de la comunidad. Pero además, hace que los acuerdos a los que de hecho se llegan sean poco transparentes, resultando imposible para el sistema controlar la libertad del consentimiento de las partes y evitar la utilización de presiones, engaños u otras prácticas indebidas para su obtención. El ámbito dentro del cual se propone aceptar estos acuerdos queda delimitado de modo bastante general y deberá ser precisado en lo sucesivo tanto por la ley penal y su interpretación, como por la jurisprudencia. Se establece de modo preciso el deber del juez de verificar que quienes han concurrido al acuerdo lo han hecho libre e informadamente”.

El Mensaje del Código Procesal Penal contiene algunas ideas de suma importancia que pasamos a señalar a continuación ¹⁶³ :

En primer lugar, se plantea que la pena, como la típica respuesta procesal penal, muchas veces es inadecuada ante otras maneras de solucionar los conflictos. Ante esto, surge la posibilidad de institucionalizar los acuerdos reparatorios como forma de instaurar un sistema que proporcione diversas posibilidades de solución de disputas. Además, el Mensaje señala que con los acuerdos se busca reconocer el interés preponderante de la víctima en la búsqueda de soluciones.

Finalmente, se dice que es necesario formalizar una situación que se practica de todas formas, lo que resultaba peligroso, ya que los acuerdos se hacían sin ningún tipo de regulación legal.

El Proyecto de Nuevo Código de Procedimiento Penal se refería a los acuerdos reparatorios en dos artículos: 335 y 336. El primero define a esta institución:

“Artículo 335: Cuando el delito que se persiga recayere sobre bienes jurídicos disponibles, o cuando se tratare de delitos culposos que no hubieren producido resultados de muerte o que afectaren en forma permanente y grave la integridad física de las personas, el juez podrá aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurran al acuerdo hayan prestado su consentimiento libre y con pleno conocimiento de sus derechos”.

A lo largo de este capítulo veremos las modificaciones que se realizó a este artículo tanto

¹⁶³ NAVARRO ALBIÑA, R. 2002. “Naturaleza Jurídica de los Acuerdos Reparatorios en el Código Procesal Penal”. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Facultad de Derecho Universidad de Atacama. 2002. Pág. 5.

en la Cámara de Diputados como en el Congreso, y las ventajas y desventajas que produjeron dichas alteraciones.

2.2.2.2. Discusión parlamentaria¹⁶⁴

La Cámara de Diputados modificó los dos artículos que se referían a los acuerdos reparatorios y se incorporaron otros.

La Cámara justificó la incorporación de los acuerdos reparatorios ya que se debía “reconocer el interés preponderante de la víctima en aquellos delitos que afectan bienes que el sistema jurídico reconoce como disponibles, atendido su carácter patrimonial (...) Esto obedece a la tendencia moderna de realzar el protagonismo de la víctima: reconocer que es más importante el ser concreto de la víctima que el interés abstracto del Estado”¹⁶⁵.

Respecto de la aplicación de dichos acuerdos, se dijo que: “el ámbito de aplicación dentro del cual se propone aceptar estos acuerdos queda delimitado de modo bastante general y deberá ser precisado en lo sucesivo por la ley penal y su interpretación jurisprudencial”¹⁶⁶.

En el Senado también se introdujeron cambios y se agregaron artículos, los que a juicio de Mauricio Duce desnaturalizaron la esencia de los acuerdos reparatorios¹⁶⁷. En la Comisión del Senado, se señaló que “La razón de ser de la norma es que, si hay acuerdo entre la víctima y el inculpado sobre un bien jurídico disponible, y ambas están satisfechas, no tiene sentido obligar al Estado a proseguir el juicio hasta el final, incurriéndose en mayores gastos...”¹⁶⁸.

Como se ve, el Senado da argumentos de índole utilitaristas, al señalar que es más conveniente un acuerdo ya que se evitan los costos que un juicio conlleva.

En el segundo informe de la Comisión se agrega otro argumento al señalar lo siguiente:

(...)Se da cabida a los intereses de la víctima, si ésta fundamentalmente persigue una reparación de naturaleza pecuniaria y, además, se toma en cuenta que, si la

¹⁶⁴ La discusión es extensa, nosotros nos remitimos a los argumentos que se dieron en el Congreso para incorporar los acuerdos reparatorios en la reforma. Para ver más de esta discusión, recomendamos acudir a MATURANA, Cristián. Reforma Procesal Penal. Tomo III. Editorial Libromar. 2002.

¹⁶⁵ Primer Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo referente al artículo 315. En MATURANA, C. Reforma Procesal Penal. Tomo III. Editorial Libromar. 2002. Pág. 313.

¹⁶⁶ Primer Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo referente al artículo 315. En MATURANA, C. Reforma Procesal Penal. Tomo III. Editorial Libromar. 2002. Pág. 313.

¹⁶⁷ Críticas que analizaremos posteriormente

¹⁶⁸ Primer Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado; Discusión General; punto 11. Acuerdos Reparatorios. En MATURANA, C. Reforma Procesal Penal. Tomo III. Editorial Libromar. 2002. Pág. 315

víctima rehúsa seguir colaborando con el procedimiento, el ministerio público difícilmente podrá seguir adelante. Por otro lado, el acuerdo reparatorio tiene la virtud de hacer transparente lo que ocurre hoy día, sin este respaldo legal, en el espectro de los delitos que afectan bienes jurídicos disponibles de orden patrimonial o de los delitos culposos, en el cual se producen informalmente acuerdos extrajudiciales que terminan por imponer un sobreseimiento del proceso”.¹⁶⁹

De acuerdo a lo recién expuesto, vemos otros argumentos que justifican la introducción de los acuerdos reparatorios: por un lado se busca satisfacer los intereses de la víctima. Aquí se acoge a las corrientes actuales que buscan que la víctima retome el rol preponderante que tuvo hasta antes del nacimiento de los estados modernos, lo que le significó que se le privara de la posibilidad de resolver sus disputas de manera privada.

Sin embargo, se habla de que la víctima buscaría la satisfacción de sus intereses a través de una reparación pecuniaria fundamentalmente.

Nosotros discrepamos por cuanto, como ya lo hemos señalado, creemos que la reparación debe tomarse en un sentido amplio como cualquier forma en que la víctima puede sentir satisfechos sus intereses, ya sea a través de una disculpa, de la realización de trabajos para la comunidad por ejemplo.

El otro argumento que encontramos dice relación con que a través de los acuerdos reparatorios se formaliza y legaliza una práctica que se utiliza hace décadas, de alcanzar los acuerdos en forma extrajudicial. Esto conlleva un peligro evidente, por cuanto, al no existir la debida regulación, dichos acuerdos informales pueden tomarse con desconocimiento de los derechos de las partes y en ellos pueden imponerse los términos del que tiene más poder.

2.2.2. Antecedentes doctrinarios

El nuevo sistema procesal penal en su conjunto está influenciado por los conceptos e ideas que vienen del Derecho Procesal Argentino. Encontramos a dos autores cuyos aportes son significativos en la materia: Los profesores Julio B.J. Maier y Alberto M. Binder.

En el prologo del Código Procesal Penal Anotado y Concordado se hace mención a ambos autores: “los principios sostenidos por los profesores argentinos, Julio Maier y Alberto Binder, rápida y claramente adquieren preponderancia y ganan terreno como ideas rectoras del futuro sistema”, tales ideas, “fueron asimiladas con entusiasmo por los jóvenes redactores del anteproyecto, y luego por los integrantes de la cámara y el senado”.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; resumen de los principales acuerdos; I. Disposiciones que se mantienen; punto 1: Salidas Alternativas. En MATURANA, C. Reforma Procesal Penal. Tomo III. Editorial Libromar. 2002. Pág. 317.

¹⁷⁰ PFEFFER, E. Código Procesal Penal Anotado y Concordado. Citado por NAVARRO ALBIÑA, René. “Naturaleza Jurídica de los Acuerdos Reparatorios en el Código Procesal Penal”. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Facultad de Derecho Universidad de Atacama. 2002. Pág. 8.

Analizando las ideas de Maier, encontramos una crítica fuerte al sistema penal, y en particular al derecho penal. Señala que el derecho penal es un derecho autoritario, en el sentido de constituir un derecho de la autoridad, que deja de lado toda influencia de voluntad particular, inclusive la de aquel que es titular del bien jurídico protegido. Precisa que el Estado se limita a sancionar al autor del daño, aplicando una pena, es decir, infligiéndole un mal a por haber causado otro mal.

En este sentido, nosotros concordamos plenamente con esta idea. El sistema penal, al expropiar el conflicto a la víctima lo que está haciendo es decir *“disculpe, pero usted no puede ni debe solucionar su disputa, esto debemos hacerlo nosotros, ya que es un asunto de Estado velar por la paz social y el bienestar del pueblo. Somos la autoridad, por tanto, tenemos el poder para decidir su problema”*.¹⁷¹ Lo que hace el Estado es asumir un papel protector y autoritario, que vela por solucionar los problemas de los individuos que conforman la sociedad, sin darles la oportunidad de resolverlos ellos. Y cómo lo hace, dando una aplicación moderna a la conocida Ley del Talión. Si una persona comete un mal, se debe aplicar otro mal -la pena- para reestablecer el orden y la paz social.

Además, el Estado, al actuar de esa forma, no atiende el interés primordial de la víctima, que es ver reparado el daño que el delito le ha causado, ya que el sistema no se pregunta si la pena aplicada –respuesta típica del ordenamiento procesal penal- satisface a la víctima y además es una solución eficiente para resolver el conflicto.

Es por eso que Maier señala que puede verse al derecho penal desde otro punto de vista. Plantea que la disputa penal debe verse como un conflicto social a resolver, que se caracteriza porque necesita de una solución rápida y eficaz, y en donde existen víctimas que necesitan reparación.¹⁷²

Como ya lo hemos planteado, el Estado toma el control en la solución de los conflictos a partir de la creación de los Estados Modernos. Maier señala que esta creación moderna, tal como nació, puede desaparecer en el futuro. Antes, en el derecho feudal o medieval se postergaba la reacción de la autoridad frente a la solución real del conflicto, a través de la intervención directa de las partes. Esta solución venía dada, según él, por “la composición (...) entre los protagonistas reales del conflicto social, cuya materialidad consistía en un contrato reparatorio negociado entre ofendido y ofensor”, lo que para Maier constituía la meta ideal del sistema penal en la búsqueda del restablecimiento del orden social.¹⁷³

En Chile, ya vimos casos en que la composición tiene cabida, como en los delitos de injurias y calumnias y en la Ley de cheques, por citar algunos casos.

¹⁷¹ La frase es de nosotros.

¹⁷² MAIER, J. 1995. “El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho Penal Argentino”, en MAIER J.; BINDER A. (Compiladores) “El Derecho Penal Hoy: Homenaje al Profesor David Baiguín. Editores del Puerto SRI. Buenos Aires, 1995. Pág. 29.

¹⁷³ Ibid. Pág. 34.

Esta nueva visión del derecho penal, de acuerdo al concepto de Maier, favorece la idea de sistema penal supletorio, como última opción en la búsqueda de una solución a los conflictos penales, lo que permitiría a nuestro entender, dar una efectiva aplicación al principio de subsidiariedad que debe regir en todo sistema procesal penal.

Se hace necesario destacar estos principios. Por un lado, el principio de ultima ratio, que recalca la necesidad de que la pena sea la última y extrema solución al conflicto en cuestión, privilegiando otras vías que permitan una salida a la disputa que satisfaga los intereses de las partes, principalmente de la víctima. Por otro lado el principio de lesividad (*nullum crimen nula poena sine injuria*) o sea, la necesidad de la afectación real de los bienes jurídicos protegidos para llegar a la pena. La idea es que si se produce una efectiva reparación, carece de fundamentación política criminal la pena, por tanto debería desaparecer¹⁷⁴.

Para nosotros lo ideal es que existan formas pacíficas de resolución de conflictos. Si éstas dan resultado, la aplicación de la pena se hace innecesaria, y, por ende, podemos en todos esos casos prescindir de la típica y casi única respuesta –violenta por lo demás– que el Estado puede dar.

Estas ideas fueron fuente de inspiración para los redactores de la reforma en su afán por introducir los acuerdos reparatorios en el nuevo código. Uno de sus máximos exponentes es el profesor de la Universidad Diego Portales, señor Mauricio Duce, quien hizo propios estos conceptos al criticar en su época el sistema procesal penal antiguo, ya que no poseía incentivos legislativos que motivaran a los autores de un delito a reparar el mal causado, lo que traía como consecuencia que no se pudiese satisfacer los intereses de la víctima en el sentido de ver reparado el daño que se le había causado¹⁷⁵.

Creemos que este problema se verá superado en gran medida con la incorporación de los acuerdos reparatorios. Eso sí, dependerá del sentido y alcance que los actores del sistema (legisladores, jueces, fiscales, abogados) quieran darle.

2.2.3. Antecedentes del derecho comparado

La incorporación de los acuerdos reparatorios en nuestra legislación, es una novedad en comparación a las legislaciones de otros países, principalmente respecto de aquellos que inspiraron la RPP chilena.

Esto refleja un avance significativo de nuestra legislación. Sin embargo, hay que reconocer que en Europa los tipos penales son reducidos con relación a Chile. Así por ejemplo, en Alemania, son innecesarios los acuerdos reparatorios tal como se establecieron en nuestro país, ya que en ese país la política criminal apunta al minimalismo, al principio de ultima ratio, y a seguir las ideas de la dogmática, donde resalta el planteamiento de Roxin de eliminar ciertas figuras típicas que no

¹⁷⁴ NAVARRO ALBIÑA, R. 2002. "Naturaleza Jurídica de los Acuerdos Reparatorios en el Código Procesal Penal". Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Facultad de Derecho Universidad de Atacama. 2002. Pág. 9.

¹⁷⁵ DUCE, M. 2002 "Las víctimas de los delitos en el proceso penal chileno". Cuadernos de análisis jurídicos. Universidad Diego Portales, serie especial N°4. Volumen 1. Págs. 154 y ss.

necesariamente constituyen un ilícito penal (Ej. Delito de giro doloso de cheques).¹⁷⁶

Sin embargo, nos encontramos con varios países, especialmente latinoamericanos, que poseen instituciones muy similares a la chilena.

En Costa Rica, el Código Procesal Penal consagra como causal de extinción de la acción penal “la reparación integral del daño particular o social causado, realizado antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia en las personas o en delitos culposos, siempre que la víctima o el ministerio público lo admitan, según el caso”.

El mismo código establece como causal de extinción de la acción penal la conciliación¹⁷⁷.

En Venezuela, el Código Procesal Penal fue modificado en el año 2000, pasando de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, consagrándose los acuerdos reparatorios de manera muy similar a lo ocurrido en nuestro país. Las principales características de los acuerdos reparatorios en ese país son:

han tenido una vigencia anticipada con respecto a las demás normas del código. Comenzaron a regir en 1998 y no en 1999, como lo hizo el resto de la normativa venezolana.

Dan aplicación al llamado principio de oportunidad, ya que el Ministerio Público puede no ejercer la acción penal, con aprobación del Juez de Control.

Son una alternativa al proceso penal.

Persiguen descongestionar el sistema, en cuanto al número de causas y de presos sin condena en las cárceles. Además busca una mayor celeridad procesal.

Consagra la hipótesis del incumplimiento de los mismos.¹⁷⁸

Este sistema procesal fue modificado en agosto del 2000, debido a que se estimó de parte de la doctrina venezolana que los acuerdos reparatorios debían hacerse más eficaces y menos beneficiosa para los delincuentes, ya que se percibió que la ciudadanía rechazaba esta institución.

Así, el artículo 34 del Código Procesal Penal venezolano actualmente establece lo siguiente:

“Procedencia. Cuando el hecho punible recaiga exclusivamente sobre bienes jurídicos de carácter patrimonial o cuando se trate de delitos culposos que no hayan ocasionado o afectado en forma permanente y grave la integridad física y síquica de las personas, el juez podrá, desde la fase preparatoria, aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren al acuerdo, hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. El cumplimiento del acuerdo reparatorio

¹⁷⁶ NAVARRO ALBIÑA, R. 2002. “Naturaleza Jurídica de los Acuerdos Reparatorios en el Código Procesal Penal”. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Facultad de Derecho Universidad de Atacama. 2002. Pág. 10.

¹⁷⁷ Idem Pág. 10.

¹⁷⁸ Como vemos, estas características son muy similares a las que poseen los acuerdos reparatorios en Chile.

extinguirá la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él. Cuando existan varios imputados o víctimas, el proceso continuará respecto de aquellos que no han concurrido al acuerdo. En todo caso, si el imputado ha cometido un hecho punible de la misma índole de otro que haya cometido con anterioridad y que haya sido objeto de un acuerdo reparatorio, efectivamente cumplido, la acción penal derivada del nuevo hecho punible no se extinguirá con el cumplimiento de un acuerdo reparatorio, pero el juez en este caso, podrá rebajar hasta las dos terceras partes, la pena aplicable al hecho. A los efectos de este artículo, se considerarán hechos punibles de esta índole, aquellos que violan la misma disposición legal; aquellos comprendidos bajo el mismo título del Código Penal o de la ley correspondiente, o aquellos que tengan afinidad en sus móviles o consecuencias con independencia de la ley que los tipifique, siempre que atenten contra el mismo bien jurídico”.¹⁷⁹

Es importante este breve análisis al instituto de los acuerdos reparatorios en Venezuela, ya que como acertadamente señala René Navarro, ellos ya hicieron modificaciones al poco tiempo de su entrada en vigencia; y porque los venezolanos se han cuestionado acerca de la procedencia, alcances e incorporación de esta figura en su legislación.

Para terminar, es importante señalar que el Tribunal Supremo venezolano ya se ha pronunciado acerca de los acuerdos reparatorios. En sentencia del tres de mayo del 2000, N^o 543, la sala de Casación Penal estableció que “el interés entre la víctima y el imputado en celebrar el acuerdo reparatorio, tiene como objeto la resolución alternativa al conflicto surgido, indemnizándose a la víctima con una justa reparación, además de lograrse la extinción de la acción penal, que por razones de economía procesal constituye una solución para evitar procesos largos y costosos.”¹⁸⁰

2.3. Fundamentos de los acuerdos reparatorios

Los fundamentos de los acuerdos reparatorios están ligados a los argumentos que se tuvieron a la vista para la introducción de las salidas alternativas, que como ya lo hemos visto son:

El carácter selectivo que debe tener un sistema procesal penal.

El fomento de la reinserción del imputado.

La satisfacción concreta de los intereses de la víctima.

Como ha señalado el profesor Duce, los argumentos deben buscarse en la tendencia contemporánea de potenciar y promover los intereses de la víctima, que ahora pasa a ser un sujeto procesal titular de derechos; y en la necesidad de contar con mecanismos transparentes y públicos de selección de casos, que permita ofrecer respuestas diferenciadas, de alta calidad y anteriores al juicio oral.

¹⁷⁹ *Ibid* pág. 11.

¹⁸⁰ RODRIGUEZ MORALES, A. 2002. “Los acuerdos reparatorios en el Proceso Penal Venezolano”. En NAVARRO ALBIÑA, RENÉ. “Naturaleza Jurídica de los Acuerdos Reparatorios en el Código Procesal Penal”. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Facultad de Derecho Universidad de Atacama. 2002. Pág. 10.

A continuación señalaremos algunos argumentos a favor de la incorporación de los acuerdos reparatorios:¹⁸¹

2.3.1. Concreción en el derecho procesal penal de algunas tendencias modernas presentes en el derecho comparado

Hoy nos encontramos con un mundo distinto si lo comparamos con las últimas décadas del siglo XX. Vivimos en una sociedad globalizada y moderna que ha permitido, entre otras cosas, un aumento en la calidad de vida de muchos individuos en el planeta. Sin embargo, también existe un aumento de actividades perjudiciales para el ser humano, entre ellas, la criminalidad. Las tendencias actuales, en ese sentido, proponen el establecimiento de un derecho penal mínimo y de alternativas, donde la reacción penal sea la ultima ratio, con la idea de que existan diversas alternativas para la solución de los conflictos penales, dejando al juicio oral y público como la última opción y principalmente para los conflictos de mayor relevancia jurídica.

Además, como señala Zárate, se hace necesario que tanto el derecho penal como el derecho procesal penal, no sólo sancionen, sino que también se preocupen por garantizar los derechos de las personas, procurando satisfacer los intereses de las víctimas y promoviendo la reinserción social del imputado.

2.3.2. Uso adecuado y racional del principio de legalidad imperante

Como ya hemos visto, el principio de legalidad procesal postula que frente a todo hecho ilícito penal que se produzca dentro de la esfera de atribuciones del tribunal, aquél debe ser conocido, juzgado y eventualmente castigado por éste.

Este principio, en el antiguo sistema procesal penal tenía una aplicación absoluta. Hoy, con las salidas alternativas, este principio se ve moderado, ya que como vimos anteriormente, en la práctica operaban criterios de selectividad procesal –mayoritariamente informales– que determinaban qué casos serían en definitiva conocidos y juzgados. Pero los acuerdos reparatorios permiten regular dicha selección de casos de manera pública, legal y transparente.

Es así como el principio de legalidad se mantiene, con la diferencia que con la introducción de las salidas alternativas –que incluyen a los acuerdos reparatorios– existe la posibilidad de racionalizar el uso de dicho principio y seleccionar aquellos casos que pueden optar a una solución distinta a la que ofrece el juicio oral y público.

2.3.3. Beneficio social e individual de la aplicación priorizada de los acuerdos reparatorios

La implementación de los acuerdos reparatorios tiene tres beneficios evidentes. Uno social, que permite que la persona a la que se le imputa la comisión de un ilícito, tenga la posibilidad de reinsertarse en la sociedad, convirtiéndose en un ciudadano útil para ella.

¹⁸¹ ZÁRATE CAMPOS, M. “Los Acuerdos Reparatorios: Algunos Comentarios a partir de las Nociones de Reparación y Negociación”. Tesina. Universidad Católica del Norte. Págs. 7 y ss.

Un segundo beneficio, más bien individual, que permite al imputado responder penalmente pero de una manera distinta a la tradicional, evitando la cárcel.

El tercer beneficio recae en la familia y el entorno del imputado, quienes evitan los costos emocionales, económicos y de estigmatización en las que se ven inmersos en caso de que el imputado vaya a la cárcel.

2.3.4. Mayor pertinencia de la solución vía acuerdos reparatorios a determinados problemas sociales

Cuando el sistema se encontraba frente a un hecho constitutivo de delito, su respuesta era invariable: se aplicaban penas que afectaban la libertad de las personas e incluso la integridad física y psíquica del delincuente. La pregunta que surgía era si esa respuesta era realmente eficiente, si satisfacía el interés de la víctima de ver reparado el daño que se le había causado y el interés de la sociedad de que se reestablezca la paz y el orden social.

Con la incorporación de los acuerdos reparatorios se abre una posibilidad distinta y eficiente para la solución de los conflictos, tomando en cuenta la satisfacción de los intereses de las partes involucradas.

2.3.5. Mayor agilidad del proceso penal

Los acuerdos reparatorios constituyen un accesorio para la eficacia del sistema, ya que proveen soluciones diversas para aquellos casos donde el proceso penal ya se ha iniciado en su etapa de investigación, evitando que todas lleguen al juicio oral.

2.3.6. Efecto económico de los acuerdos reparatorios

La reforma procesal penal incorpora objetivos de eficiencia en su diseño, reconociendo lo que se denomina el principio de escasez, que plantea que ante necesidades limitadas contamos con recursos restringidos. Se reconoce así lo que se denomina como costo de oportunidad del dinero, es decir, que la decisión de invertir recursos para algo importa privarnos de invertir esos mismos recursos para otro uso.¹⁸² Este principio de escasez nos obliga a reconocer que no estamos en condiciones de satisfacer todas nuestras necesidades, por lo que tenemos que priorizar aquellas más urgentes.

Sin embargo, el derecho penal siempre negó esta idea y, amparada en el principio de legalidad, intentaba conocer, investigar y juzgar todos los delitos que llegaban a su conocimiento. Pero esto no es posible, y una de las razones las encontramos en las restricciones presupuestarias que existen.

Por esto la reforma procesal penal desarrolló un estudio de costo-beneficio, que mide la productividad esperada tanto del sistema nuevo como del antiguo con un presupuesto idéntico. Entre las conclusiones del estudio se determinó que, en cifras del año 1992, el nuevo sistema de justicia es un 24% más barato que el sistema antiguo, ya que el costo

¹⁸² VARGAS, J. E.. "Criterios Económicos en la Reforma Procesal Penal". Revista Apuntes de Derecho. Universidad Diego Portales. Págs. 1 y ss.

promedio de un delito investigado en éste es de U\$ 721 y de U\$ 548 en aquel. En cifras totales, el costo total (costos públicos y privados) de investigar la misma cantidad de delitos es de U\$ 119 millones en el sistema nuevo y de U\$ 339 millones en el antiguo, comprobándose la mayor eficiencia de éste último.¹⁸³

2.4. Acuerdos reparatorios. Concepto.

Para acercarnos a una definición de lo que se entiende por acuerdos reparatorios es útil plantear la definición que el profesor Mauricio Duce hace de ellas: “se trata de una salida alternativa al proceso penal en virtud de la cual se puede extinguir la acción penal tratándose de cierta categoría de delitos, cuando exista entre la víctima y el imputado un acuerdo de reparación prestado en forma libre y voluntaria y este acuerdo sea aprobado por el juez de control de la instrucción (actual juez de garantía) a cargo del respectivo caso”¹⁸⁴.

El profesor Carlos Kunsemüller señala que los acuerdos reparatorios “son mecanismos procesales cuyo núcleo es sin duda la existencia de una actividad o esfuerzo en orden a reparar o menguar el daño provocado por un delito, conformándose el sistema punitivo con este logro, estimando superflua, por innecesaria la pena, la sanción punitiva en relación a determinados bienes jurídicos.”¹⁸⁵

Para nosotros, el acuerdo reparatorio es un acto jurídico de carácter procesal, por medio del cual el autor de un delito determinado y la víctima del mismo, acuerdan la realización de una determinada prestación de parte de la primera en favor de la segunda, la cual tiene por objeto la reparación del daño causado a ésta última, siendo dicho acuerdo prestado de manera voluntaria y autorizado por el respectivo Juez de Garantía, teniendo como efecto la extinción de la responsabilidad penal una vez realizada la prestación de manera total e íntegra.

2.4.1. Requisitos de procedencia

Los acuerdos reparatorios requieren la concurrencia de dos elementos: la existencia de un acuerdo de reparación entre el imputado y la víctima y que dicho acuerdo recaiga sobre una determinada categoría de delitos.

Acuerdo entre víctima e imputado.

El primer requisito dice relación con que concurren las voluntades del imputado y de la víctima al acuerdo, en términos tales que el primero esté dispuesto a reparar el daño

¹⁸³ Idem. Pág. 5

¹⁸⁴ DUCE, M. Citado por ZÁRATE CAMPOS, M. 2001. “Los Acuerdos Reparatorios: algunos comentarios a partir de las nociones de reparación y negociación”. Tesina presentada en el Diplomado sobre “Reforma Procesal Penal: Aspectos Dogmáticos, Legales y de Litigación en Juicio Oral”, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo, Septiembre del 2001. Pág. 5.

¹⁸⁵ KUNSEMÜLLER, C. 2000. “Nuevos Caminos de la Reparación del Daño en el Derecho Penal”. Gaceta Jurídica N°235, enero 2000. Pág.21.

causado, y el segundo esté dispuesto a aceptar dicha reparación.

Ambos deben prestar dicho consentimiento de manera libre y con pleno conocimiento de sus derechos, de acuerdo a lo señalado en el artículo 240 del Código Procesal Penal.

Surge la pregunta de si la concurrencia de la voluntad del imputado importa reconocer su culpabilidad o aceptar los hechos que motivan la persecución. El artículo 335 del CPP responde esta interrogante al señalar que “no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado”. Esto significa que el imputado sólo manifiesta su voluntad de acceder a esta salida alternativa y no reconoce culpabilidad o la veracidad de los hechos que se le imputan.

Tipo de delitos respecto de los que procede.

El artículo 241 inciso 2^a señala los tipos de delitos respecto de los que proceden los acuerdos reparatorios:

Aquellos que recaen sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial;

Lesiones menos graves; y

Delitos Culposos.

2.4.2. Aprobación judicial

Una vez cumplidos los requisitos de procedencia, el Juez de Garantía debe aprobar el respectivo acuerdo reparatorio para que produzca efectos legales (art. 241).

Antes de aprobar el acuerdo, el Juez debe velar que las partes hayan prestado su consentimiento de manera libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Es decir, el Juez de Garantía realiza un control de legalidad respecto del cumplimiento de los requisitos legales para alcanzar el acuerdo.

Se busca evitar que las personas que tienen más poder, ejerzan su influencia sobre las otras. Si no existiera este control de parte del Juez de Garantía, en defensa de los más débiles, se haría realidad la crítica que se ha planteado en el sentido que el derecho penal se transformaría en un instrumento que acrecentaría las diferencias entre los poderosos y los débiles en el proceso penal. Es así como la intervención del Juez pone atajo a esta situación.

Respecto de las facultades judiciales para rechazar un acuerdo reparatorio, el inciso final del artículo 241 las señala:

a) Cuando el acuerdo recaiga sobre hechos diversos a las categorías de delitos en que legalmente son procedente los acuerdos reparatorios;

b) Cuando estimare que el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado; y

c) Si existe un interés público prevalente que hace necesaria la continuación de la

persecución penal.

2.4.3. Efectos

El Código Procesal Penal distingue tres tipos de efectos: civiles, penales y subjetivos. Respecto de los efectos penales, el artículo 242 señala que una vez aprobado el acuerdo, el juez debe decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, total o parcial, lo que extingue la acción penal en contra del imputado, poniendo término al proceso.

Los efectos civiles están contemplados en el artículo 243 del CPP, señalando que una vez ejecutoriada la resolución que apruebe el acuerdo, la víctima puede solicitar su cumplimiento ante el Juez de Garantía de conformidad a las normas de cumplimiento incidental del fallo (art. 233 y ss. CPC). Además, el acuerdo reparatorio ya aprobado no puede ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

En lo que se refiere a los efectos subjetivos o personales, se señala que si en la causa existiere pluralidad de imputados o víctimas, el acuerdo sólo producirá efectos respecto de quienes hayan prestado su consentimiento para su aprobación (art. 244 CPP).

2.4.4. Oportunidad y procedimiento

La oportunidad para llegar a un acuerdo reparatorio existe desde que se formaliza la investigación hasta el momento en que se realiza la audiencia de preparación del juicio oral (art. 245).

La idea, para no gastar recursos de manera innecesaria -satisfacer de la mejor manera los intereses de la víctima y cumplir con el objetivo de reinserir más rápidamente al imputado en la sociedad-, es que el acuerdo reparatorio se materialice en las etapas iniciales de la persecución penal.

Respecto del procedimiento, consiste en que las partes deben solicitar al Juez de Garantía que apruebe el acuerdo, para lo cual, éste los citara a una audiencia pública, a la que serán citados todos aquellos a quienes pudiera afectar el acuerdo.

Antes de aprobar el acuerdo, el Juez debe verificar que las partes prestaron su consentimiento libre y voluntariamente y con pleno conocimiento de sus derechos.

2.4.5. Registro de los acuerdos reparatorios

El Ministerio Público debe llevar un registro de los acuerdos aprobados con el objetivo de revisar si el imputado cumple con los requisitos necesarios para acogerse a un acuerdo reparatorio. Este registro tiene carácter reservado. Dicha reserva no es absoluta, por cuanto se reconoce, de acuerdo al artículo 246 inciso final, *“el derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado”*.

3. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LOS

ACUERDOS REPARATORIOS

En el apartado anterior, señalamos de manera breve los requisitos, efectos, oportunidad, procedimiento, y en general todos los aspectos formales de los acuerdos reparatorios. A continuación, queremos ahondar en algunos problemas que la doctrina ha detectado respecto de la redacción de las normas que consagran esta institución.

3.1. ¿Qué se entiende por “reparar a la víctima” ?

Uno de los primeros problemas dice relación con determinar qué significa reparar a la víctima. Como ya lo señalamos anteriormente, nosotros entendemos la reparación en un sentido amplio, como cualquier manera de compensar los perjuicios que se le han causado, no sólo a través de una prestación pecuniaria, sino que a través de cualquier servicio en su favor o en favor de la comunidad, incluso a través de una disculpa.

Es evidente que la práctica y el desconocimiento llevarán a que muchos acuerdos se resuelvan a través de una prestación de carácter económica, pero se debe informar a la sociedad que sus intereses se pueden ver satisfechos de otras maneras. Ayuda en este sentido, el hecho de que las normas que regulan esta situación no sean restrictivas. Para esto, se hace necesario que los operadores del sistema (jueces, fiscales, abogados) tomen conciencia de que uno de los aspectos más relevantes de la reforma es darle un protagonismo que antes no tenía a la víctima, como sujeto procesal que busca satisfacer sus intereses, que se han visto dañados como consecuencia de un delito. Se hace necesario, desde toda perspectiva, que las personas tengan conocimiento de que pueden verse reparados a través de múltiples formas, y no sólo a través de una prestación económica.

3.2. Criterios de actuación propuestos por el Ministerio Público

El Ministerio Público, representado a través de su Fiscal Nacional, señor Guillermo Piedrabuena, ha adoptado un papel preponderante en todo lo concerniente a los acuerdos reparatorios.

El profesor Duce ha señalado, respecto al rol que el Ministerio Público debe asumir frente a los acuerdos que “a diferencia de la suspensión condicional del procedimiento, la intervención del ministerio público en los acuerdos reparatorios es de carácter marginal”.

¹⁸⁶

Sin embargo, el Fiscal Nacional ha discrepado de la opinión de la doctrina, y señala en el Instructivo N°34 que el Ministerio Público debe desempeñar un rol activo con relación a los acuerdos reparatorios. Es así como ha adoptado ciertos criterios que, de acuerdo a nuestro punto de vista, restringen la aplicación de esta institución. Por ejemplo,

¹⁸⁶ DUCE, M. 2000. “La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal”, en El Nuevo Proceso Penal, varios autores. Cuadernos de Trabajo N°2 Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, marzo 2000. Pág. 168.

el Instructivo ordena a los fiscales que “no obstante proceder un acuerdo reparatorio atendida la naturaleza del hecho punible, los fiscales pueden oponerse a la aprobación del mismo cuando constataren que el consentimiento prestado no fue libre ni informado o estimaren que existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal”.

Las dudas que nos surgen en este punto, dicen relación con la manera en que los fiscales determinarán que no existió un consentimiento libre o informado. ¿Qué sucede, por ejemplo, en el caso de una persona que celebra un acuerdo reparatorio con la finalidad de obtener una reparación pecuniaria de la manera más rápida posible porque necesita el dinero con extrema urgencia?. El fiscal, en ese caso, puede alegar que no existe un consentimiento libre, ya que la persona estaba en una situación apremiante, y por lo tanto, el acuerdo se encuentra viciado. O que sucede en el caso de que el imputado sea una persona de escaso nivel educacional, que no comprende a cabalidad el sistema judicial y sus derechos. ¿Existe en ese caso una voluntad viciada por falta de información?. Son interrogantes que nos surgen a la luz de las recomendaciones del fiscal y que hasta el momento no tienen una respuesta clara.

En segundo lugar, en lo que dice relación con los delitos respecto de los que proceden los acuerdos, el Fiscal Nacional, a través del Instructivo ya señalado, realiza una enumeración taxativa de los ilícitos en que los fiscales deberán favorecer la procedencia de los acuerdos reparatorios; en los que deberán hacer una evaluación de su conveniencia; y aquellos respecto de los cuales deberán sencillamente rechazar el acuerdo. Estos últimos son: robo con fuerza en lugar no habitado, robo de cosas en bienes nacionales de uso público, robo de cables o alambres, robo o hurto de vehículos y el abigeato, fabricación de instrumentos destinados al robo, violación no violenta de domicilio, alteración o destrucción de deslindes de propiedad pública, incendio de objetos de poco valor, daños a sistema de tratamiento de información, delitos contra la propiedad intelectual, usura y delitos de los proveedores.

La pregunta que surge es ¿qué criterios utilizó Ministerio Público para determinar cuáles delitos pueden ser objeto de acuerdo reparatorio y cuáles no?. No vemos justificación a esta iniciativa, que de acuerdo a nuestro entender, busca limitar la procedencia de los acuerdos, lo que se ve confirmado por el intento del Ministerio de asumir un rol preponderante, cuando su misión debería ser la de confirmar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de los acuerdos.

Creemos que es tarea de los jueces, a través de los fallos que vayan dictando en el tiempo, y no de los fiscales, determinar los delitos en que proceden los acuerdos reparatorios, y aquellos que no son aptos para solucionarse a través de esta vía.

El tercer reparo dice relación con las instrucciones que da el Fiscal Nacional respecto de lo que se debe entender por interés público prevalente. Eso lo veremos en el 3.5. de este apartado.

3.3. Delitos sin víctima

Otro problema se refiere a los llamados “delitos sin víctima”¹⁸⁷, lo que ocurre cuando se

ven afectados bienes jurídicos colectivos o difusos. La pregunta es a quién se resarce el daño causado. Si analizamos la redacción del código, se refiere siempre a “la víctima” como un ente individual. Sin embargo, los profesores Duce y Riego plantean que si interpretamos la norma de manera más amplia, es posible que ciertas instituciones puedan representar a la comunidad para efectos de obtener un acuerdo reparatorio¹⁸⁸. Citan el ejemplo de un delito que afecte al medio ambiente. En este caso, la comunidad, representada por la municipalidad o una junta de vecinos, podría concurrir a la celebración de un acuerdo reparatorio.

Compartimos plenamente este planteamiento. Una interpretación restrictiva de la norma supondría que todo delito debería afectar a personas individualizadas, para que ellas tuviesen la oportunidad de ser reparadas. Pero es perfectamente posible que los afectados por el ilícito sean muchas personas, caso en el cual es claramente viable su representación por algún ente u organismo que busque satisfacer los intereses de dicho grupo a través de la celebración de un acuerdo de carácter reparatorio.

3.4. Categoría de Delitos respecto de los que procede

Respecto de los delitos en los que proceden los acuerdos reparatorios también se han suscitado dificultades. El legislador realizó esta delimitación -que los acuerdos reparatorios sólo proceden respecto de delitos que recaigan sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial; lesiones menos graves; y delitos culposos- ya que se estima que aún existen ilícitos donde la intervención del Estado se hace necesaria, principalmente por un tema de interés público, donde éste tendría una preeminencia sobre los intereses de la víctima, y por un tema de reestablecimiento del orden y la paz social, que la comunidad toda sólo vería satisfecha si el aparato estatal aplica una sentencia privativa de libertad.

Respecto de la primera categoría de delitos -aquellos que afectan bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial- hubo varias modificaciones antes de la entrada en vigencia del código. El proyecto del Ejecutivo se refería sólo a “bienes jurídicos disponibles”. La Cámara de Diputados agregó “... de carácter patrimonial o susceptibles de apreciación pecuniaria”.

Como vemos, la propuesta del Ejecutivo era más amplia. Lo que se buscaba era que los tribunales pudiesen hacer una interpretación progresiva de la norma, que se incluyeran los delitos patrimoniales no violentos (hurto, estafas, apropiación indebida) y los delitos de menor gravedad (como lesiones leves, lesiones menos graves, por ejemplo). Dicha cláusula fue restringida por la Cámara de Diputados con el objetivo de que los acuerdos reparatorios sólo se aplicaran a delitos no violentos.

En nuestra opinión, el legislador aún tiene una concepción proteccionista respecto de la intervención del Estado en la solución de los conflictos penales. Al restringir la norma,

¹⁸⁷ DUCE, M.; RIEGO, C. 2002 “Introducción al nuevo sistema procesal penal”. Editorial Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.. Pág 327.

¹⁸⁸ Idem, pág 327.

de tal manera de que los acuerdos reparatorios sólo procedan respecto de delitos no violentos, lo que se está haciendo es determinar a priori cuales intereses de las víctimas pueden verse satisfechos a través de una salida alternativa y cuales no. La idea, tal como lo señalan Duce y Riego es que se dé espacio a la interpretación de la norma referido al concepto de bien jurídico de carácter patrimonial. Así, Jean Pierre Matus sostiene que es posible incluir en esta categoría a delitos que atentan contra la intimidad del hogar (ej. violación de domicilio), delitos que afectan la autodeterminación sexual de mayores de 12 y la bigamia ¹⁸⁹.

Finalmente, el legislador optó por el término “delitos que recaen sobre bienes disponibles de carácter patrimonial”. El problema se presenta al determinar el sentido y alcance de dicho concepto.

Lo que es claro es que alude a delitos patrimoniales no violentos, o sea, aquellos ilícitos que protegen en general la propiedad ¹⁹⁰. El problema se presenta respecto de aquellos casos denominados “delitos de peligro” que afectan la propiedad, por ejemplo, un giro fraudulento de cheques de connotación pública, en el que se menciona que el bien jurídico protegido es de orden público económico. De acuerdo a lo señalado por Francisco Vargas en su ponencia, cada caso debe ser analizado, pero siempre con un criterio amplio y tomando en consideración el interés preponderante de la víctima y la solución del conflicto.

Respecto de la segunda categoría de delitos -las lesiones menos graves-, estos se agregaron cuando el proyecto sólo llegó al Senado. Su incorporación es innecesaria por cuanto quedaban incorporados en la primera categoría de delitos. Es más, podría presentarse el problema de que esta categoría de delitos limiten la posibilidad de que otras lesiones de mayor gravedad, donde el interés de la víctima sea preponderante, puedan ser objeto de acuerdos reparatorios.

Por esto la norma debe ser interpretada de una manera razonable, es decir, si se realiza una interpretación acorde a los objetivos de los acuerdos reparatorios y de la reforma, se debe llegar a la conclusión de que el carácter de menos grave de las lesiones no se refiere sólo a la definición señalada en el Código Penal. Duce y Riego proponen que para determinar qué se entiende por lesiones menos graves, no sólo debe atenderse a los días de incapacidad laboral que generan las lesiones, sino que también a la evaluación que la propia víctima hace de las lesiones y de los perjuicios que se le han causado. Así, los jueces de garantía podrían en ciertos casos admitir acuerdos reparatorios en delitos en que se exceda el carácter de menos grave, cuando el interés de la víctima sea superior al interés público.

El planteamiento de estos autores es válido. La lógica de los acuerdos reparatorios, sus fines, apuntan a que sólo pocos casos se vean en el juicio oral y público, y que la mayoría se resuelvan a través de esta salida alternativa, con el propósito de satisfacer los

¹⁸⁹ DUCE, M.; RIEGO, C.2002. “Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”. Editorial Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. Pág. 329.

¹⁹⁰ VARGAS, F.. “Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal”. Ponencia realizada en el marco del Congreso “Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal”. Octubre 2001. www.acceso.uct.cl/congreso/ponencias.htm . Pág. 6.

intereses de las víctimas, de manera real y efectiva. Si una persona que ha sufrido un delito de lesiones menos graves, considera que puede verse reparada a través de alguna prestación que realice el autor del daño, sería ilógico no acoger dicho acuerdo reparatorio porque existe un interés público de por medio. En este caso debe primar el interés de la víctima.

Algunos críticos a este planteamiento señalan que pueden producirse abusos de poder en ciertos casos, donde se impondría el que tiene más capacidad económica. Nosotros refutamos dicha crítica planteando que existen las herramientas para evitar dichas situaciones, como el control que hace el Juez de Garantía de que las partes han concurrido al acuerdo conociendo sus derechos y de forma voluntaria

Respecto de la tercera categoría de delitos -delitos culposos- la redacción final del código amplió la norma, ya que el proyecto del Ejecutivo se refería a “delitos culposos que no hubieren producido la muerte o en los que no se hubiera afectado en forma grave y permanente la integridad física de las personas”. Esta redacción limitaba la procedencia de los acuerdos reparatorios, principalmente para los casos de delitos de tránsito que produjesen lesiones. Sin embargo, al quedar como “delitos culposos”, el campo de aplicación se amplía.

3.5. Extensión de las facultades del juez de garantía

La extensión de las facultades judiciales para rechazar un acuerdo reparatorios también puede presentar dificultades de interpretación.

El punto que más se discute en la doctrina dice relación con la facultad del juez de rechazar un acuerdo reparatorio si “existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal”. El proyecto del Ejecutivo y aprobado por la Cámara de Diputados no contemplaba esta causal, fue agregada cuando fue visto en el Senado.

La pregunta que surge es qué entendemos por interés público prevalente. El código intenta dar luces al respecto al dar un ejemplo de cuando puede existir este interés público. Se señala entonces el caso en que el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en el caso particular. Este ejemplo no es claro, ya que al parecer basta que se consideren acuerdos reparatorios anteriores en los cuales concurrió el imputado. Con esto, se vulneraría la presunción de inocencia, ya que no se podrían alcanzar acuerdos reparatorios basados en hechos no probados y donde el imputado no ha sido previamente condenado.

El Ministerio Público, a través del Instructivo N°34 señala que los fiscales podrán estimar que concurre un interés público prevalente, entre otros, en los siguientes casos:

- a) La existencia de otro bien jurídico afectado de mayor entidad que el principalmente vulnerado por el delito objeto de acuerdo reparatorio.
- b) La constancia de haber llegado a acuerdo reparatorio por el mismo delito al menos en dos veces anteriores al proceso penal.
- c) La concurrencia de agravantes objetivas.

Señala el instructivo que “alegar la existencia de un interés público prevalente en la

continuación de la persecución penal para negar la aprobación de un acuerdo reparatorio implica estimar que el conflicto provocado por un delito de mediana gravedad debe enfrentarse mediante la imposición de una pena y no a través de un acuerdo libre e informado de los sujetos concretamente afectados en sus intereses particulares. Por tanto, los fiscales justificarán el ejercicio de esta facultad a la luz de los fines preventivos de la pena, esto es, la prevención general o la especial, según sea el caso”.

Fuera de estos casos, no hay claridad respecto de lo que se entiende por interés público prevalente. El problema se presenta ya que el Juez de Garantía puede, usando esta causal, vetar muchos acuerdos preparatorios que eventualmente podrían tener éxito. ¿Qué elementos debe utilizar el juez para determinar cuando existe un interés público prevalente?. El problema no es de fácil solución.

Algunos proponen que los Jueces sólo actúen reactivamente cuando el Ministerio Público -encargado de velar por el interés público- se oponga fundadamente a un acuerdo ¹⁹¹.

Nosotros consideramos que el interés público tiene su contraparte en la satisfacción de los intereses de la víctima. Como ya hemos señalado, uno de los objetivos de la reforma y de la introducción de las salidas alternativas -y de los acuerdos reparatorios- es que la víctima vea reparado el daño que el delito le ha causado. Si el acuerdo satisface sus intereses, y lo tomó luego de que tenía pleno conocimiento de sus derechos y en forma voluntaria, el interés público no puede, en ningún caso, prevalecer por sobre el interés del afectado ¹⁹².

Por último, las facultades del Juez para rechazar un acuerdo se deben limitar al control de los requisitos de procedencia, y no al mérito del respectivo acuerdo reparatorio. En caso contrario, el Juez podría no acoger dicha salida haciendo primar el interés público, con lo que iría en contra de la voluntad de la víctima.

3.6. Cumplimiento de acuerdos que no sean pecuniarios

Otra dificultad radica en como hacer cumplir los acuerdos preparatorios que no sean de carácter económico.

A diferencia de un acuerdo cuya prestación sea pecuniaria, y que puede ser ejecutado a través del procedimiento ejecutivo, no existe un modo legal de hacer cumplir un acuerdo que no sea monetario, lo que restringiría esta salida de manera preocupante.

Sin embargo, el juez Francisco Vargas señala que la solución estaría en el artículo 238 del Código Procesal Civil, aplicable por disposición del artículo 243, que señala que “corresponderá al juez de la causa dictar medidas conducentes a dicho cumplimiento (de lo ordenado por una resolución) pudiendo al efecto imponer multas... o arrestos... determinados prudencialmente por el Tribunal, sin perjuicio del repetir el apremio”. ¹⁹³

¹⁹¹ Véase DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián. Ob Cit. Pág 333.

¹⁹² En este caso nos estamos refiriendo a algunas hipótesis de lesiones graves y gravísimas.

3.7. ¿Son los acuerdos reparatorios un mecanismo reservado sólo para los poderosos?

También se ha planteado la duda de si los acuerdos reparatorios se convertirán en un instrumento reservado para los más ricos.

La idea es que esto no sea así. Por eso se hace fundamental el control que haga el Juez respecto de que las partes, en especial los más débiles económicamente, concurran al acuerdo con pleno conocimiento de sus derechos, en forma libre y voluntaria.

Tan importante como esto es la mediación a través de la cual el Fiscal como el Juez pueden equilibrar el poder de las partes en la mesa, al momento de buscar un acuerdo.

4. RECAPITULACIÓN

En este segundo capítulo hemos realizado un análisis de los acuerdos reparatorios a la luz de la RPP. Hemos notado la conveniencia de su institucionalización, principalmente por sus ventajas en cuanto a que pone énfasis en la víctima y la satisfacción de sus intereses; y como fórmula distinta al juicio oral y público como forma de solucionar los conflictos penales.

Sin embargo, nos asaltan algunas dudas que dicen relación con el verdadero interés del legislador en que esta salida alternativa tenga una aplicación amplia en el contexto de la reforma.

Vimos que algunas modificaciones realizadas en la Cámara de Diputados y posteriormente en el Senado podrían desnaturalizar los objetivos y fines propios de los acuerdos reparatorios. Especial preocupación vemos en la indicación que agregó el Senado que señala que el Juez de Garantía puede rechazar un acuerdo reparatorio si existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

Para nosotros, esta facultad del Juez -que vemos como un intento proteccionista e inspirado por criterios político-criminales que se alejan de las ideas inspiradoras de la reforma- si es interpretada de una manera amplia, podría llevar a que muchos acuerdos reparatorios a que llegan las partes y que eventualmente pueden satisfacer los intereses de las víctimas, se rechacen argumentando dicha prerrogativa del juez. Es de esperar que los tribunales hagan una interpretación histórica y lógica de estas normas, cuyos objetivos hemos analizado, pero que se resumen en que se incentiven las salidas alternativas -por consiguiente los acuerdos reparatorios- como formas de solucionar los conflictos; y que se busque de la manera más eficiente posible la satisfacción de los intereses de la víctima a través de un acuerdo en que ella y el imputado tengan una activa participación.

¹⁹³ VARGAS, F. Ob Cit. Págs. 7-8.

Sin perjuicio de estas aprehensiones, seguimos considerando que los acuerdos reparatorios constituyen una solución válida para la resolución de conflictos. Sin duda representan un avance en nuestro sistema procesal penal que evidentemente debe ser discutido, analizado y perfeccionado -tal como se hizo en Venezuela al poco tiempo de su entrada en vigencia- para que se cumplan los objetivos para los que fue creado.

Es de esperar que mientras tanto, los operadores del sistema -jueces, abogados, fiscales, legisladores- tengan la disposición para que esta institución tenga éxito y no sucumban ante presiones políticas que busquen combatir el delito a través de la aplicación de penas, o criterios monetarios que las lleven a dar un mal uso de este innovador mecanismo, entre otras.

CAPÍTULO III. LOS ACUERDOS REPARATORIOS A LA LUZ DE LOS CONCEPTOS DE MEDIACIÓN Y REPARACIÓN

1. LA CONCILIACIÓN AUTOR-VÍCTIMA Y LA REPARACIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Introducción. Los acuerdos reparatorios a la luz del concepto de reparación

Como ya analizamos extensamente en el primer capítulo de este trabajo, la discusión que se ha generado al interior de la dogmática penal internacional –particularmente la alemana- acerca de la inclusión y caracteres de un concepto de reparación dentro del sistema penal, no ha sido pacífica y cuenta con variados puntos de vista. Dicha discusión

ha generado, sin embargo, una visión de la reparación como una forma más eficiente y justa de reacción frente al fenómeno delictivo, como una alternativa real que trae consigo beneficios impensados en un ámbito penal restringido exclusivamente a las penas y las medidas de seguridad. Además, ha debido repasarse los fines y principios del derecho penal, ya que sólo a partir de dicho análisis se puede legitimar la inclusión de la reparación al interior del sistema penal. En este sentido, Pérez Sanzberro señala: “Resaltar que el derecho penal es algo más que las penas, resulta una obviedad. Traducir esta afirmación en el nivel de la teoría de los fines del derecho penal debe implicar que esta teoría no sólo está ocupada por los fines de la pena, sino que contempla los diversos mecanismos, instrumentos y principios que lo articulan. Sin embargo, el fenómeno punitivo se ha situado tradicionalmente en un primer plano, oscureciendo otras facetas fundamentales, o neutralizando en gran medida su capacidad de rendimiento desde el punto de vista de la incidencia del derecho penal como instrumento de regulación social en una clave de respeto a la dignidad de la persona.”¹⁹⁴

Si coincidimos con la opinión de esta autora, necesariamente deberemos revisar algunos aspectos del sistema penal actual en el cual el derecho penal constituye un instrumento que no necesariamente lo es de regulación social y que tampoco necesariamente lo hace en una clave de respeto a la dignidad a la persona. La reparación, por su parte, sí puede concebirse como un instrumento de regulación de conflictos que tiene en cuenta la dignidad de los involucrados en éste, ello por constituir una forma de solución pacífica y en la cual ambas partes en conflicto pueden ver satisfechos sus intereses, así como el estado y la sociedad toda. Sin duda el punto es debatible, y no pretendemos establecer que “necesariamente” las alternativas de reparación y mediación al proceso penal sean *per se* más dignas y humanitarias que la pena privativa de libertad. Simplemente pretendemos recoger la inquietud que ha devenido en una larga discusión dogmática acerca del rol de la reparación en el proceso penal, y respecto de la cual adscribimos a aquella postura –principalmente defendida por Roxin-, de que sí se puede legitimar y fomentar la aplicación de la reparación como una “tercera vía” del derecho penal, porque ello traerá innumerables beneficios para los directamente involucrados en el conflicto penal. Uno de estos beneficios es que a través de la reparación se otorga una respuesta más digna y “humanitaria”.

Este replanteamiento del derecho penal se ha traducido en poner más atención a otras funciones generales del derecho no suficientemente valoradas, como es la relativa a la regulación pacificadora de conflictos¹⁹⁵, lo que a su vez lleva a considerar qué procedimiento utilizaremos en la regulación del conflicto penal en sí mismo. En otros términos, si la inclusión de la reparación en el sistema penal ha generado un debate acerca de las funciones y fines del derecho penal en su conjunto –especialmente el tema de los fines y funciones de la pena-, que en muchos ámbitos ha llevado a concluir que se requieren soluciones que sean más dignas para los sujetos involucrados en el proceso, (y que a su vez sean soluciones político-criminalmente eficientes, y además que generen una solución pacífica del conflicto, restableciendo el equilibrio roto con la comisión del

¹⁹⁴ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 355.

¹⁹⁵ PÉREZ SANZBERRO, op. cit., pág. 355.

delito respecto de toda la comunidad), dicha discusión genera de inmediato otra: ¿Qué procedimiento utilizamos en la concreción de estos objetivos? La reparación en sí misma abre un abanico infinito de posibilidades para alcanzar el acuerdo entre la víctima y el imputado, lo cual es una de las ventajas o beneficios que muchos autores destacaron al argumentar a favor de la reparación.¹⁹⁶ El presente trabajo no pretende analizar todas las posibilidades existentes para alcanzar un acuerdo reparatorio, sin perjuicio que se realice más adelante un pequeño comentario acerca de la negociación penal, sino más bien argumentar en profundidad acerca de la mediación como una herramienta eficiente y mediante la cual pueden lograrse todos los objetivos planteados con la idea de reparación que subyace justamente a estos acuerdos, lo que supone "... considerar también que la respuesta frente al delito incide en muchos casos en relaciones entre sujetos concretos, relaciones que no pueden quedar completamente al margen del interés jurídico-penal."¹⁹⁷ Lo anterior resulta fundamental, ya que esta nueva visión sobre cómo enfrentar el delito supondría considerar como factor principal no el conflicto mismo -conflicto que a la luz de los principios tradicionales del derecho penal sería abordado con la imposición de una pena o medida de seguridad por parte del estado, a través de un juicio penal en el cual las partes poco o nada tienen que decir o proponer-, sino que a las partes involucradas en éste. Esta forma de enfrentar el problema, de visualizar el conflicto, resulta a nuestro juicio no sólo más eficiente, sino más justa y humanitaria, ya que implica no usar una medida violenta e inútil como la prisión, enfrentando el problema desde una perspectiva más positiva, pacificadora. Esta perspectiva "... contempla a los individuos como partícipes activos en la configuración de las relaciones sociales, y plantea la exigencia de profundizar en respuestas frente a conflictos graves de la convivencia social menos traumáticas, más racionales y humanizadoras, no sólo desde la perspectiva del infractor, sino también de la víctima y la generalidad. En particular, expresa el intento de explotar y redescubrir el efecto pacificador derivado de una reparación a cargo del autor que permita a éste exteriorizar su voluntad de compensar o reducir el daño causado a la víctima y, en la medida de lo posible, abra espacios a la comunicación entre los protagonistas del hecho delictivo."¹⁹⁸

La RPP que actualmente se está implementando en Chile (y cuya última etapa la constituye su puesta en marcha en la Región Metropolitana, programada para el año 2005) ha incluido, por primera vez en Chile, en su catálogo de alternativas de reacción frente al delito a la reparación, a través de una figura denominada "acuerdos reparatorios" y que, como se analizó con profundidad en el Capítulo II, consiste básicamente en una salida alternativa al procedimiento cuyo efecto principal consiste en la extinción de la responsabilidad penal, y que se logra a través del acuerdo al que llegan víctima e imputado, cumpliéndose con determinados requisitos establecidos en la ley. Dicho acuerdo, entendido por nosotros como una forma de reparación –ya que el concepto de reparación analizado en el primer capítulo fue una de las ideas centrales en los cuales se

¹⁹⁶ Ver Capítulo I, punto N° 2.

¹⁹⁷ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 356.

¹⁹⁸ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 358.

basaron para crear estos acuerdos, y porque básicamente responden a la definición y objetivos perseguidos con la reparación-, no ha sido sin embargo minuciosamente tratado por el legislador de la RPP, quien se limitó a tipificar la institución sin desarrollar un procedimiento acorde a sus fines. En este sentido, creemos que la inclusión de la reparación a nuestro desgastado sistema penal constituye un avance de enormes proporciones, sin perjuicio de las críticas que ya hicimos ver. Sin embargo, creemos que falta una discusión más acabada sobre el tema, que permita en primer lugar la inclusión de la reparación en el derecho penal sustantivo, es decir, que se incluya dentro del catálogo de penas o respuestas del delito de nuestro -también desgastado- Código Penal, luego de la necesaria discusión acerca de su conveniencia y forma de implementarlo a nivel legal. En el ámbito del derecho procesal penal también creemos hace falta un debate que permita dilucidar algunos puntos oscuros de su implementación y regulación. En este sentido, el presente capítulo pretende analizar una de las principales falencias de la regulación legal de los acuerdos reparatorios: la falta de un procedimiento formal, que impide un manejo igualitario ante las diversas situaciones y que podría derivar en abusos de la parte más poderosa en el conflicto (usualmente la víctima, quien siempre tendría la opción de negar un acuerdo, frente a lo cual el imputado tendría que enfrentar una eventual pena privativa de libertad). Este procedimiento, además, debería tener una base argumentativa sólida, que permita legitimarlo como el medio más idóneo para alcanzar los objetivos y fines de los acuerdos reparatorios. A nuestro juicio, dicha base legitimadora y a la vez procedimental debería encontrarse en la mediación, como forma alternativa de resolución de conflictos, en este caso conflictos penales, y que a la vez resulta la manera más eficaz de abordar una reparación que en definitiva sea exitosa para ambas partes en conflicto, el estado y la sociedad en general. En lo que sigue intentaremos desarrollar esta idea, y cómo el concepto de mediación se adecua a los fines perseguidos por la reparación y puede servir como un instrumento que permita alcanzar la mejor solución posible para ambas partes.

1.2. La conciliación autor-víctima. Beneficios concretos de su aplicación al conflicto penal

1.2.1. Concepto e importancia para nuestro análisis

Para Pérez Sanzberro, la conciliación autor-víctima implica "... el intento de regular y resolver el conflicto que afecta al autor y a la víctima de un delito, partiendo de que son los propios implicados los que abordan el hecho y sus consecuencias, aun cuando se cuente con la ayuda de un mediador." ¹⁹⁹ En este sentido, partimos nuestro análisis de los acuerdos reparatorios y su relación con la mediación y la reparación a través del concepto genérico de **"conciliación autor-víctima"** ²⁰⁰, que podría -aunque no necesariamente en las hipótesis de pura negociación penal- incluir la idea de mediación

¹⁹⁹ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 162.

²⁰⁰ Las negritas son nuestras.

como herramienta para resolver el conflicto. La propia autora citada reconoce esto en su definición, al aludir expresamente a la ayuda de un mediador. Sea con mediador o no, tendremos una conciliación autor-víctima en las hipótesis de acuerdos reparatorios, lo cual supondría reivindicar la idea de que sean los propios sujetos los protagonistas de su conflicto, y que ellos traten de resolverlo por sí mismos, lo cual en el ámbito penal representa una completa innovación, dado el control formalizado del Estado y las pocas alternativas que las partes de éste tienen en cuanto al procedimiento y formas de castigo.

Desde una perspectiva jurídico-penal propiamente tal, nos encontramos que la conciliación autor-víctima permite realizar el principio de subsidiariedad o *última ratio*, ya analizado en el capítulo anterior, reduciendo la intervención punitiva a los límites estrictamente necesarios.²⁰¹ Desde este punto de vista, la conciliación autor-víctima significaría "... un modo prioritario de abordar hechos delictivos con una dimensión personal, que puede provocar la retirada de la intervención formalizada a través de la pena o, por lo menos, conducir a una respuesta formal que incida en menor medida en los derechos de las personas."²⁰² Esta segunda forma o punto de vista bajo el cual puede analizarse la conciliación autor-víctima nos parece fundamental, toda vez que permite la reducción de los niveles de castigo del Estado, dejando de lado el "terror penal" –entendido como el estado que se produce cuando las penas son tan altas que producen una sensación de verdadero terror frente a las consecuencias de cometer un delito-, y asumiendo una función subsidiaria respecto de los verdaderos protagonistas del conflicto penal.

Por último, cabe resaltar que a pesar de que la idea de "conciliación autor-víctima" no responde exactamente al concepto de mediación penal, resulta un interesante punto de partida ya que nos permitirá, en el desarrollo de este capítulo, agregar argumentos a favor de la implementación de la mediación como método de resolución de conflictos cuando se puedan aplicar acuerdos reparatorios, ya que en su base se encuentran los argumentos que tienden a una reparación entre los propios sujetos que generaron el conflicto. De esta manera, resulta interesante continuar con este análisis porque nos permite enfocar el concepto de la reparación hacia el tema específico de la relación entre autor y víctima, que es en definitiva el gran avance logrado con la implementación de los acuerdos reparatorios en la RPP.

1.2.2. Efectos positivos que generan los procedimientos de conciliación autor-víctima

En el análisis que sigue intentaremos reflexionar sobre los beneficios de los procedimientos de conciliación autor-víctima desprendiéndonos del análisis de dichos beneficios desde el punto de vista de los acuerdos reparatorios, tema tratado en profundidad en el capítulo II de este trabajo. Seguiremos para ello el modelo propuesto

²⁰¹ En este sentido, ROXIN, op. cit., para quien el principio de subsidiariedad o *última ratio* constituye una de las bases legitimadoras con que se cuenta para poder incluir a la reparación como una "tercera vía" del Derecho penal, junto con las penas y las medidas de seguridad.

²⁰² PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 163.

por Pérez Sanzberro.

1.2.2.1. Perspectiva del autor

Para Pérez Sanzberro, los procedimientos de conciliación proporcionan a la persona que ha cometido un delito "... un marco en el que le resulta posible enfrentarse directamente al hecho y a las consecuencias que se han derivado del mismo para otros sujetos. Se fomenta así la conciencia de responsabilidad por los propios actos, y una actitud que favorece la asunción directa de actuaciones concretas a favor de los perjudicados por su conducta."²⁰³ Recordemos que varios de los autores alemanes revisados con profundidad en la parte relativa a la reparación, en el primer capítulo de este trabajo, ponían el acento en la capacidad resocializadora que la reparación podría tener en los autores de los delitos, particularmente por el hecho de que se los enfrenta al daño que han provocado y ellos, al intentar repararlo, se hacen cargo y responsables de las consecuencias funestas que su actuar ha provocado, facilitando de esta manera su efectiva resocialización y de paso recuperando el equilibrio social que fue roto con la comisión del ilícito de una manera pacífica.²⁰⁴ Por otra parte, en un procedimiento penal tradicional, el autor de un ilícito tiene pocas o nulas oportunidades de enfrentarse a los daños que ha ocasionado. Usualmente es la diligencia de careo (en el procedimiento penal anterior a la reforma) la que lo enfrenta a la víctima, pero resulta del todo extraño que ésta se muestre lo suficientemente sensible o abierta a expresar los daños no sólo patrimoniales sino también morales o psicológicos que ha sufrido como consecuencia del delito. Nuestra experiencia realizando la práctica profesional en el Consultorio Jurídico del Centro de Detención Penitenciaria de San Miguel (C.D.P. San Miguel)²⁰⁵, nos demostró que en la totalidad de los casos en que el imputado era careado con la víctima del delito se producía una situación de conflicto entre ambos. La víctima usualmente exageraba la magnitud de lo ocurrido (a menos que temiera por su seguridad o la de su grupo familiar, es decir, por temor de una venganza cuando el imputado obtuviera su libertad provisional o fuera absuelto), mientras el imputado hacía justamente lo contrario.

Pues bien, lo que pretendemos demostrar con esto es que las opciones de que el imputado se viera enfrentado a los daños que con su actuar causó eran casi nulos en el marco del procedimiento penal antiguo. Así, las alternativas de conciliación autor-víctima otorgan una nueva dimensión al conflicto particular que vive el imputado, concediéndole la oportunidad de visualizar en toda su magnitud lo que ha ocurrido y las consecuencias que de ello se han derivado. Si se hace cargo de ellas y se responsabiliza en el sentido de que intenta repararlas, entonces se produce algo que anteriormente era impensado, y que se traduce, en nuestra opinión, en una resocialización infinitamente más efectiva que la privación de libertad y en la cual además la víctima puede señalar cómo y cuánto es lo que debe ser reparado. Por supuesto, nos enfrentamos con el problema de no poder

²⁰³ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 165.

²⁰⁴ Resaltan en este sentido, especialmente, las posturas de SEELMAN y ROSSNER, op. cit.

²⁰⁵ Realizamos la práctica profesional entre los meses de marzo y septiembre del año 2003.

discernir en qué medida va a ser más “positivo” (entendido como resocialización efectiva) para el imputado o acusado por un delito hacerse cargo de los daños o simplemente permanecer privado de libertad por un tiempo. Sin embargo, si llevamos esta reflexión al marco legal de los acuerdos reparatorios de la RPP, nos daremos cuenta que éstos sólo proceden en delitos de baja penalidad –cuando afectan bienes jurídicos “disponibles”-, y sólo respecto de personas que no hayan sido condenadas previamente por ese mismo delito –lo cual, como se explicó en el capítulo II no constituye un imperativo, sino más bien un criterio establecido en la ley para que el juez de garantía apruebe un acuerdo reparatorio-. En consecuencia, el cuadro es el siguiente: un imputado primerizo que negocia un acuerdo reparatorio lo más probable es que no reciba una pena mayor a la de cinco años (presidio menor en su grado máximo), con lo cual tiene derecho a obtener alguno de los beneficios que concede la ley N° 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad, de fracasar el acuerdo, lo que se traducirá en que el cumplimiento de la pena será en libertad. En dicho escenario, creemos mejor evitar una condena que el imputado cumplirá firmando en Gendarmería, y promover el acuerdo reparatorio que finalmente lo hará responsabilizarse de sus actos. Si de todas maneras va a quedar libre, creemos mejor que lo siga estando con un registro de condenas anteriores limpio y con una víctima satisfecha. En cualquier caso, el tema nos parece altamente discutible, teniendo otras disciplinas, como la psicología, algo que decir al respecto, especialmente porque aquí se está jugando con los valores y fuero interno de cada uno de los involucrados.

Por ello resulta tan importante que, independiente de que se produzca la resocialización del imputado, el proceso a través del cual se llega a un acuerdo reparatorio debe ser completamente voluntario. En este sentido, Kuhn ha señalado: “si en relación a la conciliación autor-víctima puede hablarse de “educación”, entonces ha de ser en el sentido de “educación estructural”, es decir, el marco institucional proyectado de forma abierta posibilita un espacio de juego para experimentar tipos de comportamiento y aprendizaje social.”²⁰⁶ Este modelo educacional contemplaría las medidas educativas tradicionales y las ideas asociadas a la resocialización como orientadas conscientemente a limitar en principio las posibilidades de actuación del individuo.²⁰⁷ En otras palabras, si el individuo participa activamente en la resolución del conflicto generado por su actuar lesivo, ello puede contribuir a la autoafirmación de sí mismo como individuo y como miembro de una comunidad. Este análisis debe partir de la base, según Pérez Sanzberro, de considerar al sujeto no ya como un delincuente patologizado distinto, semi-determinado, que anidaba en el modelo médico o rehabilitador. Superada la obsesión etiológica de la Criminología tradicional, y frente a ella, se parte de una concepción del ser humano como persona racional, capaz de reconocer las consecuencias de la propia conducta y de participar en la búsqueda de respuestas responsables.”²⁰⁸ A lo anterior debemos necesariamente sumar otro factor. Superado el

²⁰⁶ KHUN, ANNEMARIE /RUDOLPH, MARTÍN /WANDREY, MICHAEL /WILL, HANSDIETER, “Tat-Sachen”als Konflikt. Tater-Opfer-Ausgleich in der Jugendstrafrechtspflege. Forschungsbericht zum Modellprojekt “Handschlag”, (Forum Verlag Godesberg) Bonn, 1989. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 166.

²⁰⁷ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 166.

temor que causa la amenaza de la imposición de una pena, tenemos necesariamente a un individuo más receptivo y empático frente a la víctima, capaz de responsabilizarse de sus actos y de comunicarse con el otro en pos de obtener un acuerdo satisfactorio para ambos, lo cual debe partir de la base de la valoración de la dignidad y autonomía de la persona.

Por último, podemos señalar como un efecto positivo que la conciliación autor-víctima produce para el autor del delito, la posibilidad de que "... el tratamiento del hecho delictivo a través de la conciliación evite, o por lo menos sirva para mitigar los efectos estigmatizantes y desocializadores que generan la ejecución de ciertas penas –como las privativas de libertad–, cuando la conciliación autor-víctima pueda sustituir a éstas.”²⁰⁹

Cabe realizar un último comentario. Dentro de las reglas establecidas por el legislador para los acuerdos reparatorios, como ya se señaló, no se encuentra delimitado un procedimiento que permita llegar a un acuerdo fructífero para ambas partes. Este tema será desarrollado con mayor detalle más adelante, pero cabe señalar que, de acuerdo a lo que se viene analizando, la víctima tiene en su poder un arma muy poderosa: Negar un acuerdo que la disguste, lo cual traerá como consecuencia inmediata el desarrollo del juicio oral y la imposición al imputado de una pena privativa de libertad, de ser hallado culpable. Esta situación no permite, por lo tanto, desarrollar este ambiente de “empatía” y comunicación entre autor y víctima, pudiendo frustrar cualquier intención de llegar a un acuerdo. En este sentido, un procedimiento centralizado de mediación pareciera ser lo más indicado para alcanzar acuerdos razonables, que tengan en cuenta los verdaderos intereses de las partes, y que puedan ser desarrollados, desde el punto de vista del imputado, sin la presión de poder ser en definitiva condenado a una pena privativa de libertad. Volveremos, como señalamos, más adelante sobre este punto.

1.2.2.2. Perspectiva de la víctima

La víctima aparece como el otro protagonista en un procedimiento de conciliación, y uno especialmente importante, pues es justamente ella quien ha debido soportar los males y daños que el hecho delictivo ha causado. En ella se radicarán los efectos que la reparación traiga consigo. Su directa participación en el procedimiento que la llevará a obtener la reparación correspondiente trae consigo innumerables beneficios, varios de los cuales ya han sido rescatados en el presente trabajo. Sin embargo, cabe destacar una vez más el hecho de que sea ésta nuevamente la protagonista de un conflicto que de por sí es “suyo”, privilegiando su opinión y punto de vista. En este sentido, al fin se está dejando de lado esa expresión tan usada por los penalistas contemporáneos, en cuanto a que la víctima ha sido la gran olvidada del derecho penal, y que se desentiende completamente de ella y su opinión respecto al delito que la ha perjudicado. A través de los procedimientos de conciliación autor-víctima, en particular en lo relativo a los acuerdos reparatorios, la víctima puede optar por la forma de solución del conflicto que

²⁰⁸ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 166.

²⁰⁹ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 166.

más satisfaga sus intereses, y puede ser que dicha vía de solución contenga la opción de reparar los daños producidos, ya sea material como simbólicamente (disculpas públicas, trabajos en beneficio de la comunidad, etc.), en vez de la alternativa de la imposición de una pena al autor del delito. Importante resulta destacar esta capacidad de la víctima de optar. Ella ha sido agredida con el hecho ilícito, ella ahora puede, bajo determinados supuestos y circunstancias, proponer vías de solución distintas a la pena privativa de libertad, si de esa manera se ven satisfechos sus intereses. En este sentido, Eleonora A. Devoto ha señalado: “Resulta muy claro, en definitiva, que el juez no dirime ningún conflicto. Su función se dirige a establecer si la conducta de un autor se encuadra en un tipo penal y si es así, y es culpable aplicará una pena. Pero el conflicto que subyace en la sustanciación del proceso no solamente no se ha resuelto sino que en ocasiones se acrecienta, por lo que se ha entendido que la víctima no sólo lo es del autor sino también de la dogmática y del proceso penal.”²¹⁰

Por otra parte, cabe destacar como beneficio positivo la comunicación y acercamiento entre autor y víctima, lo cual puede contribuir “... a la eliminación de prejuicios acerca de la persona del “delincuente”, así como de miedos generados por una conducta agresiva. No se trata de una perspectiva “terapéutica” tampoco respecto a la víctima; se pretende estimular un proceso de comunicación entre los afectados por la situación derivada del delito, potenciándose la capacidad del individuo para el arreglo pacífico de conflictos derivados de la convivencia social.”²¹¹

Por último, creemos necesario recalcar un punto que ha sido dejado de lado hasta el momento del análisis, y que tiene que ver con la perspectiva histórica que de la víctima ha tenido el proceso y el derecho penal en general. Antes de la RPP –realidad que todavía existe en la Región Metropolitana, en donde la reforma entrará a regir el año 2005-, el papel de la víctima del delito se limitaba a denunciar un hecho que revistiera los caracteres de delito y a prestar declaración en el proceso que a continuación se desarrollaba, sea que hubiera comenzado por denuncia, querrela, de oficio por el juez o a petición del Ministerio Público. De esta forma, no existía la posibilidad de que la víctima decidiera acerca del fin que el proceso pudiera tener. Éste siempre terminaba con una resolución judicial que en la mayoría de los casos condenaba o absolvía al imputado (claramente existían otras formas de poner término al proceso, sin que ello significara necesariamente una decisión acerca de la inocencia o culpabilidad del imputado, entre ellas el sobreseimiento temporal y el definitivo). Recordemos que el Código de Procedimiento Penal está vigente en Chile desde el año 1907, en consecuencia, creemos que la víctima potencial (o sociedad en general), tiene en el subconsciente la idea de que si algún delito es cometido en contra de ella, el imputado será declarado culpable y se le aplicará una pena privativa de libertad o será declarado inocente de los cargos que se le imputan y finalmente dejado en libertad, sin que existan otras posibilidades de arreglo. Los medios de comunicación han jugado un papel importante, al reducir todo su análisis al punto de si la “familia de la víctima” espera una pena alta o no respecto del autor del delito. Es común, en nuestra opinión, que la prensa judicial chilena reduzca todo su

²¹⁰ DEVOTO A. Op. cit. pág. 2.

²¹¹ PÉREZ SANZBEERO, op. cit. pág. 167.

análisis a si habrá una pena alta o no, a si el imputado será absuelto o no. Todos esos factores incidirían en la creación de un ambiente en el cual la víctima espera una condena o una absolución del imputado, nunca se maneja –ni a nivel de los medios de comunicación ni a nivel de política criminal-, la posibilidad de que exista una reparación a ella, y el proceso termine de una manera distinta. Pues bien, ahora la posibilidad está consagrada expresamente en el Código Procesal Penal, lo cual implica un tremendo avance en términos de lo que la víctima puede pedir y esperar de un proceso. Creemos que con un mínimo de promoción de las salidas alternativas al proceso por parte de fiscales y defensores, la reparación pasará a tener un rol preponderante en la solución del conflicto penal, en aquellos casos en que estas medidas procedan. Del mismo modo, aplicando correctamente un procedimiento de mediación en el ámbito de los acuerdos reparatorios, se podría dar paso a una nueva visión de lo que el Estado, a través de una herramienta punitiva como es el derecho penal, puede entregar a las víctimas de los delitos, en donde ahora son ellas quienes deciden no sólo el comienzo del proceso, sino su término, desde una perspectiva más positiva y constructiva, en donde la dignidad y los derechos de los involucrados sean no sólo respetados, sino promovidos, lo cual incidiría, creemos, en un rápido y efectivo restablecimiento de la paz social, quebrantada con la comisión del delito.

1.2.2.3. Perspectiva del procedimiento penal

Los beneficios aquí se traducen prioritariamente en que de aplicarse un procedimiento de conciliación autor-víctima (sea a través de un mediador o no), se extingue con ello la responsabilidad penal del autor del delito y se archiva el procedimiento. Así, aprobado el acuerdo reparatorio por el juez de garantía “... se extingue la acción penal derivada del hecho o hechos materia del acuerdo, pero sólo respecto del imputado que le prestó su consentimiento. En consecuencia, el tribunal deberá dictar sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa (artículo 242 del Código Procesal Penal)”²¹². Hemos revisado ya con detenimiento los efectos que un acuerdo reparatorio aprobado por el juez de garantía tiene respecto del procedimiento, del imputado y de la víctima, e incluso volveremos más adelante sobre este punto, al relacionarlo con el tema de la mediación. Sin embargo, cabe dejar establecido que, desde la perspectiva del procedimiento penal, el procedimiento de conciliación autor-víctima posee la virtud de entregar una alternativa frente a la clásica sentencia condenatoria o absolutoria, pero por sobre todo se está evitando una eventual condena penal, con lo cual “... podría conseguirse una mayor flexibilidad a la hora de abordar el conflicto derivado del delito, recuperándose así la complejidad de la realidad social en el seno del sistema de justicia penal”²¹³. Por otra parte, de no ser posible la aprobación del acuerdo por parte del juez de garantía, el intento de reparar podría ser tomado en cuenta a la hora de la condena con el objeto de rebajarla. Para Pérez Sanzberro, otro efecto posible y deseable “... sería el de descargar a los Tribunales de asuntos que entrañan una menor gravedad, favoreciéndose y

²¹² HORVITZ LENNON, María Inés /LÓPEZ MASLE, Julián. 2003. “Derecho Procesal Penal Chileno: Principios; Sujetos procesales; Medidas cautelares; Etapa de investigación”, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, pág. 575.

²¹³ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 169.

potenciándose al mismo tiempo las posibilidades legales de la reparación y conciliación entre víctima y autor.”²¹⁴ También analizaremos el impacto económico que para el estado puede significar una mayor aplicación de las salidas alternativas, y que se traduciría en un ahorro para éste por la no persecución de delitos de menor gravedad que pueden ser reparados.

1.2.2.4. Perspectiva social

Los proyectos de mediación y conciliación parten de observar los conflictos penales desde una perspectiva distinta a la tradicional, más “positiva”, “integradora” y por sobre todo “pacificadora”. Consecuencia de lo anterior es que las respuestas que se formulan desde perspectivas reparatoras y conciliadoras (en general, incluyendo por tanto a la mediación como forma de solución de determinados conflictos penales) sean distintas e innovadoras. Así, para Trenczek, el delito no se concibe como una mera infracción de una norma jurídico-penal en abstracto, sino sobre todo como un acontecimiento conflictivo de la vida social²¹⁵. De esta forma, la infracción normativa se traduce en un conflicto social, que está en la base o es la consecuencia del delito. Visualizar o comprender el delito como un conflicto social nos lleva de inmediato a identificar el conflicto como uno entre sujetos determinados, el autor y la víctima, los cuales como sujetos que habitan en una sociedad determinada, van a perturbar de algún modo la convivencia o paz social, al menos de sus grupos de familiares y amigos más cercanos. De esta forma, los medios de reacción frente al delito que se originen, debieran tender a respetar y abarcar esta dimensión social del delito, surgiendo respuestas más acordes a dicha realidad. Kuhn opina que los proyectos de conciliación deben tener como base el reconocimiento de la capacidad de los individuos de abordar y resolver sus propios conflictos, y en la medida en que no sean capaces de resolverlo, podría darse una instancia mediadora que facilite el acuerdo entre los implicados²¹⁶.

De esta manera, son los propios involucrados los que definen y resuelven el conflicto, ponen límites y establecen lazos de comunicación que les permitirán eventualmente llegar a la mejor solución para ambos, sin dejar de lado el aspecto normativo, que está presente pero no incide necesariamente en el resultado. Si dicho resultado, como se dijo, deja contentas a las partes involucradas en el acuerdo, y ven sus intereses satisfechos, entonces se produce un efecto pacificador de las relaciones sociales, favoreciendo dicho acuerdo a terceros no implicados en el conflicto. En cuanto al control penal formalizado, éste no necesariamente es dejado de lado, sino que éste “... sigue estando presente fijando los límites de lo que socialmente se considera intolerable, definiendo y previniendo reacciones que inciden en la libertad y derechos de la persona.”

²¹⁷ En otros términos, podemos decir que en algunos supuestos de menor lesión de

²¹⁴ PÉREZ SANZBERRO, op.cit. pág. 168.

²¹⁵ TRENCZEK, Thomas, “Vermittler Ausgleich strafrechtlich relevanter Konflikte. – Ein Modell kriminalrechtlicher Intervention?. – Erfahrungen und Perspektiven”, en: MARKS/ROSSNER (eds.), *Täter-Opfer-Ausgleich*. Vom zwischenmenschlichen Weg zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens, Bonn, 1989. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 169.

²¹⁶ KUHN, op. cit. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 169.

bienes jurídicos, o en la lesión de algunos bienes jurídicos de menor “jerarquía” o –usando los términos empleados en el Código Procesal Penal- “disponibles”, la solución del conflicto puede derivar en una alternativa distinta a la imposición de una pena privativa de libertad, lo cual tendrá un efecto pacificador y positivo para el resto de la comunidad, ya que en su base se encuentra la concepción que los seres humanos somos capaces de resolver nuestros propios conflictos, y que esa manera resulta finalmente más justa y eficiente, ya que los intereses de los involucrados se ven satisfechos.

2. LOS ACUERDOS REPARATORIOS: PROCEDIMIENTO PARA LLEVARLOS A CABO

El legislador de la RPP no contempló un mecanismo o procedimiento que permitiera realizar un acuerdo reparatorio. Del texto legal se colige que son las partes –víctima e imputado- las que deben alcanzar el acuerdo. Ahora bien, ello nos plantea la interrogante de si dicho acuerdo debe necesariamente ser producto de una negociación penal directa entre las partes o si con el objetivo de llegar a un acuerdo reparatorio pueden asesorarse o someterse a un procedimiento de mediación. La pregunta no es inútil, puesto que las interpretaciones pueden ser variadas. En cualquier caso, una interpretación *pro reo* y en armonía con el espíritu de la norma –alcanzar un acuerdo-, creemos debiera tender a no excluir la mediación como procedimiento o mecanismo para que las partes alcancen el acuerdo. Esta parte del capítulo pretende analizar la mediación como método alternativo y eficaz de solución de conflictos penales, y que a su vez cumple con los objetivos reparatorios que constituyen la base teórica de los acuerdos reparatorios. Con dicho propósito, partiremos analizando la importancia de regular un procedimiento de solución, para luego analizar el texto legal, formular ciertas críticas y concluir con un desarrollo más profundo acerca de la mediación como herramienta eficaz de solución.

2.1. Introducción; Importancia que presenta la regulación de un procedimiento para alcanzar un acuerdo reparatorio

El capítulo II de este trabajo fue dedicado por completo al análisis de los acuerdos reparatorios. Sin embargo, conviene repasar algunos puntos con el objeto que nos orienten en nuestro estudio.

El mensaje del Código Procesal Penal estableció, en la parte relativa a las salidas alternativas y procedimientos abreviados, lo siguiente:

“Por otra parte, los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales del sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan

²¹⁷ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 170.

mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más productivas y más satisfactorias para los directamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito. (...) El establecimiento de los acuerdos reparatorios como forma de terminación de los procedimientos busca reconocer el interés preponderante de la víctima, en aquellos delitos que afectan bienes que el sistema jurídico reconoce como disponibles. (...) El ámbito dentro del cual se propone aceptar estos acuerdos queda delimitado de modo bastante general y deberá ser precisado en lo sucesivo tanto por la ley penal y su interpretación, como por la jurisprudencia.”²¹⁸

Tres observaciones cabe realizar a lo señalado en el mensaje respecto de los acuerdos reparatorios.

En primer lugar, queda claro que se han recibido satisfactoriamente en Chile las ideas de reparación y conciliación autor-víctima, y que se han plasmado a nivel procesal penal en figuras como los acuerdos reparatorios, que vienen a llenar un vacío que las respuestas tradicionales del sistema, particularmente las penas privativas de libertad, no podían llenar. En segundo término, llama la atención que el único fundamento a la inclusión de los acuerdos reparatorios en el sistema penal lo configura el interés preponderante de la víctima, dejando completamente de lado la visión del imputado, el procedimiento y la sociedad en general, como resaltamos en el primer acápite de este capítulo. Por último, y en lo que nos interesa concretamente, el mensaje del Código Procesal Penal deja en claro que el ámbito de aplicación de estos acuerdos deberá ser delimitado a través de la ley penal y la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia. ¿Comprende dicha “ambigüedad” también al procedimiento para desarrollar un acuerdo reparatorio? Nada se dice en el mensaje respecto de ese tema, y no podemos menos que entender que, al no estar consagrado expresamente un procedimiento en la ley, éste también podrá ser objeto de construcción por parte de la ley penal y la jurisprudencia.

La importancia de la inclusión de los acuerdos reparatorios en la RPP radica en que se está abriendo la posibilidad de concretar una nueva forma de ver el derecho penal, abriendo las alternativas a mayor reparación y menor represión o, en palabras de Frehsee, “reparación en lugar de pena”²¹⁹. Dicha posibilidad se abre justamente por el examen o evaluación que del sistema penal actual se produce, de lo cual se hace cargo el mensaje. En estas respuestas se buscaría “... privilegiar la búsqueda de una solución al conflicto que representa el delito, más que la pura imposición de una sanción frente al mismo.”²²⁰ En este sentido, Duce señala: “Así la alternativa no se plantea al sistema penal en su conjunto, sino más bien a la respuesta tradicional de éste, a saber, el proceso penal y la aplicación de una pena como consecuencia de éste, con la connotación

²¹⁸ “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal”, Santiago, junio 9 de 1995.

²¹⁹ FREHSEE, op. cit., citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 363.

²²⁰ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. 2002. “Manual del Nuevo Proceso PENAL”, 2º edición actualizada y aumentada, ed. LEXIS NEXIS, Santiago, Chile, pág. 248.

fuertemente punitiva que hoy tienen ambas.”²²¹ La discusión acerca de los acuerdos reparatorios que está comenzando a darse en nuestro país, como vemos, responde a los parámetros de la discusión dogmática internacional, poniendo el acento en lo inconveniente de las respuestas penales tradicionales y abriendo una alternativa para la entrada de la reparación. Para Horvitz Lennon y López Masle, la reparación en sentido amplio “... es una meta racional propuesta como tarea del *ius puniendi* estatal sujeta a la condición de que no perjudique sino coopere a los fines de la pena, y de que no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima en la resolución del conflicto.”²²² Nuevamente llama la atención la preponderancia que se da a la víctima como gran “ganadora” con la inclusión de la reparación en el sistema penal, dejando de lado al imputado y a la sociedad toda.

Pues bien, los acuerdos reparatorios responden al ya analizado concepto de reparación. Sin embargo, ello no es suficiente para lograr los objetivos propuestos: La solución pacífica del conflicto a través de las prestaciones reparatorias que el imputado hace a favor de la víctima del delito. En este sentido, los vacíos legales mencionados –en lo que concierne al procedimiento para alcanzar un acuerdo reparatorio- pueden traer consecuencias funestas al logro de dicho fines. Pongamos un ejemplo concreto. Los autores recién citados dan cuenta de una realidad innegable que se produce como consecuencia de los acuerdos reparatorios. Al respecto señalan: “En el marco de una sociedad en extremo polarizada y desigual como la nuestra subsiste, sin embargo, una importante objeción a esta salida alternativa, cual es que los poderosos económicamente siempre tendrán acceso a ella, quedando reservado, una vez más, el instrumento penal para los más vulnerables social y económicamente. (...) No obstante, pensamos que la constatación de esta realidad, existente ya en el antiguo procedimiento penal, aunque de forma ilegal y no visible, permitirá el control de su operatividad y su inclusión en las políticas de persecución penal pública del ministerio público.”²²³ Para Francisco Vargas, la problemática anterior, esto es, que los acuerdos reparatorios puedan quedar reservados para las clases “privilegiadas” social y económicamente “... puede ser evidentemente cierto, pero el control sobre la operatividad de esta institución debe permitir la consideración de este factor, específicamente a través de la mediación que puede efectuar tanto el Fiscal como el Juez, para arribar a un acuerdo al alcance de los más débiles, económicamente hablando, con el objeto de hacer efectiva la aplicación de la garantía constitucional de igualdad en la protección de la ley en el ejercicio de los derechos art. 19 N° 3 CPE.”²²⁴ Discrepamos con Vargas en cuanto éste plantea que la

²²¹ DUCE JULIO, Mauricio, “Las Salidas Alternativas y la Reforma Procesal Penal Chilena”, en: “La Reforma de la Justicia Penal”. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 38, UDP, 1998. Op. cit.

²²² HOVITZ LENNON, LÓPEZ MASLE, op. cit. pág. 569.

²²³ HORVITZ LENNON, LÓPEZ MASLE, op. cit. pág. 569.

²²⁴ VARGAS, FRANCISCO. 2003. “Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal”, en: Seminario sobre Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal”, Proyecto ACCESO de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, realizado los días viernes 26 y sábado 27 de octubre de 2003. FUENTE: www.acceso.uct.cl/congreso/.

mediación puede realizarse por el fiscal o juez de la causa. Como explicamos ya en el capítulo I de este trabajo, al referirnos a la mediación, y reiteraremos más adelante, una de las características que debe tener el mediador es su imparcialidad y neutralidad ante el conflicto. Claramente el fiscal no la tiene, puesto que es su deber proteger a la víctima (y no al imputado, el otro involucrado en el conflicto), y respecto del juez éste se encuentra demasiado involucrado en la causa y normalmente ya se habrá formado una opinión acerca de la inocencia o culpabilidad del imputado. En consecuencia creemos, y esto lo desarrollaremos hacia el final del capítulo, que la mejor manera de tener un procedimiento de mediación exitoso y eficiente es a través de un mediador ajeno por completo a la causa y preparado profesionalmente para alcanzar su cometido. Sin embargo, la discusión que se ha producido sobre este punto nos parece importante desde el punto de vista del procedimiento para llevar a cabo un acuerdo reparatorio. Como Vargas apuntaba, el problema de la selectividad de los beneficiados con un acuerdo reparatorio puede ser superada a través de un mecanismo de mediación. La negociación directa de los involucrados en el conflicto penal puede traer como consecuencia una desigual aplicación de esta salida alternativa, quedando reservada para las clases privilegiadas, quedando los más desprotegidos a la merced del proceso penal. Al no poder reparar, no quedaría otra alternativa –a menos que la víctima se conformara con otro tipo de prestaciones, por ejemplo disculpas públicas o el compromiso de no volver a delinquir en su barrio- que continuar con la tramitación del proceso, que concluiría, de ser culpable el imputado, en la condena a sufrir una pena privativa de libertad. Justamente aquello que se está tratando de evitar. Explicando la posibilidad de recurrir a Centros de Mediación, cualquier persona involucrada en un conflicto penal podría aspirar a un acuerdo, el mecanismo sería utilizado para todos por igual, sin perjuicio que existan personas que decidan negociar directamente entre ellas, o por medio de sus abogados, si su situación, educación y conocimientos en el tema se los permitiera.

Resaltamos este problema porque a través de la intervención de un mediador preparado, un número mayor de casos podría llegar a un arreglo, dejando de lado las desigualdades propias de nuestra sociedad. Lo que intentamos destacar es que no es menor el mecanismo que utilicemos para llegar al arreglo del conflicto penal. Y si es importante, debieran contemplarse alternativas distintas y eficaces. Lo que interesa es cómo resolvemos un mayor número de casos a través de acuerdos entre las partes, obteniendo con ello los beneficios que apuntábamos al comenzar este capítulo, y que se traducen principalmente en la reparación a la víctima, la resocialización del autor del delito y la descongestión del sistema, que ahora queda reservado a la investigación y persecución de los delitos más graves.

Quizás una apertura a estas concepciones es la que plantea Manuel Zárte, al señalar que en general, las salidas alternativas “... representan una respuesta estatal de alta calidad pero de menor contenido represivo, que por ejemplo, cualquier pena privativa o restrictiva de libertad, siendo a su vez más pertinentes e idóneas para determinados casos, particularmente considerando en buena medida el carácter resocializador al que debe aspirar también un sistema penal.”²²⁵ Las salidas alternativas, de esta forma, representarían “... un cambio de perspectiva en la tradición jurídico procesal penal chilena, asociada ésta última a un apego irrestricto al principio de la legalidad procesal,

en dicha expresión (“salidas alternativas”) se incluye la existencia de mecanismos con objetivos diferentes: de selección de casos, de simplificación procesal y de solución a conflictos sociales sobre la base de una alternativa a la persecución penal tradicional y a la aplicación de una pena como consecuencia de aquella.”²²⁶ Este autor alude a la posibilidad de un procedimiento distinto, al hablar de “simplificación procesal”, lo cual podría derivar, a nuestro entender, en la abertura de mecanismos generalizados de mediación para la resolución de conflictos en el marco de los acuerdos reparatorios. La pregunta es la siguiente: Si se hará un procedimiento alternativo para llevar a cabo esta distinta forma de reaccionar frente al delito, ¿debe dicho procedimiento dejarse en manos simplemente de los protagonistas del conflicto, o puede plantearse la introducción de formas de solución de conflicto alternativas?. En este sentido, creemos que la mediación, más allá de la mera negociación entre los involucrados en el conflicto, puede representar una forma más eficaz de llegar a un acuerdo reparatorio, cumpliendo con todos los fines y objetivos que respecto de ellos se plantean.

2.2. Procedimiento para llevar a cabo un acuerdo reparatorio

2.2.1. Marco legal

Iniciaremos nuestro análisis del procedimiento establecido para alcanzar un acuerdo reparatorio, repasando las normas legales que el Código Procesal Penal da al respecto.

El artículo 241 inciso primero del Código Procesal Penal dispone:

“Artículo 241. Procedencia de los acuerdos reparatorios. 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 hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos”²²⁷ .

El resto del artículo trata sobre el campo de aplicación de los acuerdos reparatorios (sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos), en su inciso segundo, y sobre el interés público prevalente que puede hacer que el juez niegue la aprobación del acuerdo reparatorio, en su inciso tercero. Los artículos 242 a 246 del Código Procesal Penal tratan sobre otros temas relativos a los acuerdos reparatorios, que ya han sido analizados con profundidad.²²⁸ En consecuencia, no existe ninguna norma legal, además de la citada al comienzo de este párrafo, que contenga un mandato relativo al procedimiento que debe seguirse con el objeto de

²²⁵ ZÁRATE, MANUEL, “Los Acuerdos Reparatorios: algunos comentarios a partir de las nociones de reparación y negociación”, en: Revista de Derecho – Universidad Católica de Temuco, Número III, 2002, pág. 161.

²²⁶ ZÁRATE, op. cit. pág. 162.

²²⁷ *Código Procesal Penal*, ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003, pág. 99, artículo 241.

²²⁸ Vid. Capítulo II.

realizar un acuerdo reparatorio. El inciso primero del artículo 241 del Código Procesal Penal se limita a señalar que el imputado y la víctima “podrán convenir acuerdos reparatorios”. Ahora bien, ¿Cómo lo logran? ; ¿Qué pasos siguen? ; ¿Pueden recurrir a alguien?. La norma en análisis, a primera vista, parece indicar que la víctima y el imputado pueden llegar a un acuerdo reparatorio “de cualquier manera”, lo que en la práctica se podría traducir en un proceso de negociación penal entre ambas partes, o también en un acuerdo logrado luego de la asesoría de un mediador. Ahora bien, ¿podría ser el procedimiento para llevar a cabo un acuerdo reparatorio materia a ser dilucidada en el futuro por la dogmática y la jurisprudencia, como por lo demás podría entenderse de las palabras contenidas en el mensaje del Código Procesal Penal?. No cabe ninguna duda que en un principio será así, justamente por no existir una regla que indique una forma distinta de proceder. En nuestra opinión, la observación que de casos reales se haga debiera en todo caso traducirse en una reforma a futuro, que incluya una modificación legal que establezca alternativas para concluir un acuerdo reparatorio, utilizando una fórmula que garantice los derechos de los involucrados en el conflicto y pueda cumplir a la vez con los objetivos planteados al establecer estos acuerdos. En este sentido, destaca la opinión de Horvitz y López, quienes señalan: “La iniciativa para obtener un acuerdo reparatorio puede provenir tanto del imputado como de la víctima. Nada obsta, incluso, a que sea el propio fiscal quien oficie de mediador entre ambas partes cuando estime conveniente la aplicación de esta salida alternativa en el caso concreto.”²²⁹

2.2.2. Los instructivos N°s 34 y 63 emitidos por la Fiscalía Nacional del Ministerio Público

El instructivo N° 34, de fecha 14 de diciembre de 2000, emitido por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, dice relación con los “Criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios.”²³⁰ En la introducción, el Fiscal Nacional señala que, al contrario de lo sostenido por la doctrina, “... el Ministerio Público debe desempeñar un rol activo con relación a los acuerdos reparatorios, sujeto a las siguientes instrucciones generales.”²³¹

Pues bien, este rol activo de los fiscales en el desarrollo de los acuerdos reparatorios también se puede visualizar en el procedimiento para alcanzar dicho acuerdo. Al respecto, el Fiscal Nacional expresa:

“Cuando a juicio del fiscal procediere un acuerdo reparatorio conforme a los N°s anteriores, solicitará a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos un informe u opinión que recaerá sobre la conveniencia de tal salida para la víctima concretamente afectada por el delito y las posibilidades fácticas de llegar a un acuerdo, pero no sobre la procedencia jurídica del mismo, la que será evaluada exclusivamente por el fiscal. (...) Si conforme a la evaluación de la

²²⁹ HORVITZ LENNON, LÓPEZ MASLE, op. cit. pág. 573.

²³⁰ Instructivo N° 34 de fecha 14 de diciembre de 2000, emitido por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, en: www.ministeriopublico.cl.

²³¹ Instructivo N° 34, op. cit.

Unidad Regional resulta posible llegar a un acuerdo reparatorio, ésta conducirá un proceso de conciliación o de mediación penal invitando a la víctima y al imputado para que concurran voluntariamente a su presencia. Antes de la audiencia correspondiente, la Unidad Regional informará al fiscal sobre el proceso de conciliación o mediación seguido y los términos del acuerdo. El fiscal o la Unidad Regional también podrán ofrecer a la víctima y al imputado que concurran voluntariamente a un centro especializado en mediación, cuando hubiere uno en la región respectiva. Los fiscales no podrán en ningún caso conducir procesos de conciliación o mediación penal puesto que no son terceros respecto de las partes sino que, por el contrario, ejercen la acción pública en contra de una de ellas, cual es el imputado.”²³²

El Fiscal Nacional concluye señalando que si la víctima no tuviera abogado particular, los fiscales podrán negociar directamente con la defensa del imputado o con éste en persona, con el objeto de llegar a un acuerdo, y siempre teniendo en cuenta su voluntad e intereses.

El Instructivo N° 63 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público²³³ vino a sustituir la segunda parte (la relativa al procedimiento) del instructivo N° 34, recién analizado. En lo que nos interesa, este nuevo instructivo no modificó sustancialmente las alternativas de procedimiento para alcanzar el acuerdo reparatorio, siendo ellas básicamente procesos de conciliación y mediación a cargo de las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos y una negociación directa del fiscal (cuando la víctima no tuviere abogado) con la defensa del imputado o con éste en persona. Este nuevo instructivo, sin embargo, destacó la función de las Unidades Regionales, otorgándoles mayor ingerencia en esta salida alternativa, al señalar que cuando procediera un acuerdo reparatorio, los fiscales solicitarán “de inmediato” a las Unidades Regionales “... el apoyo que considere necesario para alcanzar tal acuerdo entre víctima e imputado, como por ejemplo, un informe técnico, una gestión de acercamiento entre las partes, etc.”²³⁴

Dos observaciones cabe realizar a lo señalado por el Fiscal Nacional en sus instructivos. La primera es que se valora la opción de mantener abiertas las alternativas de mecanismos o procedimientos para alcanzar un acuerdo reparatorio. En este sentido, destaca la inclusión de la negociación penal, de la conciliación y de la mediación como formas de llegar a un acuerdo entre víctima e imputado. En particular llama la atención que el Fiscal Nacional abra la puerta para una salida como la mediación. Sus argumentos son desde todo punto de vista económicos, al señalar que lo importante es que delitos de mediana gravedad no lleguen al juicio oral y se descongestione el sistema, pero ello no le quita mérito a la búsqueda de soluciones eficientes y efectivamente reparatorias para la víctima. Se echa de menos, una vez más, que se mencionen los intereses concretos del imputado por reparar y del estado por procurar su resocialización a través de esta salida

²³² *Instructivo N° 34, op. cit.*

²³³ Instructivo N° 63 “que sustituye segunda parte del Instructivo N° 34, sobre acuerdos reparatorios”, Santiago, diciembre 14 de 2000, emitido por el Fiscal Nacional del Ministerio Público. Fuente: www.fiscalianacional.cl

²³⁴ Instructivo N° 63, op. cit.

alternativa. La segunda observación tiene que ver con el mecanismo de mediación propuesto. Si bien es cierto que no se autoriza a los fiscales a ser mediadores por no ser terceros imparciales del conflicto, también es cierto que la mediación se deriva a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos o a centros especializados de mediación cuando existieran en la región. Si dichos centros no existen, entonces un funcionario de la Unidad Regional podría conducir un procedimiento de mediación. Sin embargo, ¿es dicho funcionario un tercero imparcial? No queda tan claro, más aún cuando trabaja en una Unidad cuyo principal propósito es la atención de la víctima. Si dicha Unidad debe velar por los intereses de la víctima y atenderla, entonces creemos que un funcionario de ella no puede conducir un procedimiento de mediación, puesto que su inclinación hacia ella y la satisfacción de sus intereses será natural. En este sentido, Zárate ha señalado: "... entendemos como esencial para el éxito del procedimiento negociado entre los involucrados, la existencia de una instancia distinta a la encargada de la persecución penal propiamente tal, evitando con ello que en la dinámica de gestación y materialización de una salida alternativa al juicio oral obtenida sobre las bases de un acuerdo entre víctima e imputado, intervenga el fiscal a cargo del respectivo caso."²³⁵

Lo señalado en los instructivos analizados se repite en otros, como por ejemplo en el Instructivo General N° 11 sobre atención y protección a las víctimas en el nuevo Código Procesal Penal.²³⁶ De esta manera, el Fiscal Nacional, utilizando los criterios de aplicación y procedimiento ya analizados, los hace extensivos a otras materias propias del nuevo Código Procesal Penal, lo cual deja pendiente la discusión, sin duda alguna importante y necesaria, acerca del marco de aplicación de esta salida alternativa, es decir, a qué delitos se hará aplicable, lo cual ya fue analizado en el capítulo II de este trabajo.

2.2.3. Algunas críticas y comentarios acerca de las normas que regulan el procedimiento para alcanzar un acuerdo reparatorio

La primera crítica que podría formularse a las normas que regulan los acuerdos reparatorios –específicamente en cuanto al procedimiento o mecanismo para lograr un acuerdo–, tiene que ver con la desconsideración que en general se ha tenido del imputado y sus intereses al momento de alcanzar dicho acuerdo. Como ya apuntamos pareciera que la ley, al introducir los acuerdos reparatorios, lo hizo con el solo objeto de proteger los intereses de la víctima, colocándolos incluso por sobre “los intereses abstractos del Estado”²³⁷, sin que en ninguna parte se mencionaran los intereses del imputado y del estado y su política criminal respecto de éste. Al analizar las ventajas que los procedimientos de conciliación autor-víctima podrían tener, una de ellas era las que el

²³⁵ ZÁRATE, op. cit. pág. 191.

²³⁶ Instructivo General N° 11, emitido por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, Santiago, Octubre 12 de 2000. Fuente: www.fiscalianacional.cl

²³⁷ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley que estableció el nuevo Código Procesal Penal, citado por ZÁRATE, op. cit. pág. 173.

imputado obtenía, lo cual se traducía en su toma de conciencia al responsabilizarse por los daños ocasionados, y su efectiva resocialización al margen del encierro, las cárceles y la estigmatización que ello trae consigo. Coincidimos plenamente cuando se señala que la víctima ha sido la gran olvidada del proceso penal, y que ésta debe tomar un rol relevante en el proceso –y, en general, en el conflicto- en el que ha sufrido daños, tanto materiales como inmateriales. Sin embargo, ello no obsta a que olvidemos al imputado, la otra parte en una negociación que también intenta velar por sus intereses –reparar los daños ocasionados con su actuar- y respecto de la cual el estado tiene un deber concreto de resocialización, entendido como un objetivo político-criminal fundamental. En este sentido, creemos que la alternativa de la mediación podría morigerar en parte esta situación, ya que frente al mediador habrían dos partes y un conflicto. Lo trascendental es cómo se resuelve a través de un acuerdo que cumpla con los demás requisitos que establece la ley. No habría un fiscal y un defensor negociando, ellos se preocuparían simplemente de derivar el caso al mediador, el cual de no prosperar en su cometido, devolvería los antecedentes a los abogados con el objeto que continúen el procedimiento.

En este sentido, se destaca que el Fiscal Nacional del Ministerio Público haya establecido, a través de los instructivos N°s 34 y 63, una diversidad de alternativas distintas para alcanzar un acuerdo reparatorio, entre las que se encuentran la mediación. De adoptarse la mediación como mecanismo de solución del conflicto penal, termina la discusión acerca del papel que fiscales y defensores pudieran tener en el acuerdo, estableciéndose un procedimiento en el que un tercero neutral acompaña a las partes en la búsqueda de una solución, que finalmente está en sus propias manos. Lo más importante del acuerdo es que las partes, en particular la víctima, puedan ver satisfechos sus intereses. Y nadie sabe mejor esos intereses que la víctima y el imputado del proceso. El mediador, en este sentido, los ayuda a llegar a un arreglo, sin proponer las bases de uno, pero acerca las posiciones de ambos, para llegar a la mejor solución posible. Una negociación penal en la que intervengan el fiscal, el defensor y los abogados particulares puede no llegar al mejor acuerdo posible, como analizaremos más adelante.

La segunda crítica se encuentra íntimamente ligada con la primera, y tiene que ver con la falta de garantías de un procedimiento justo e igualitario para ambas partes involucradas en el conflicto, si pensamos en un procedimiento de negociación directa, sin intervenciones de terceros. Creemos que este es un punto fundamental, ya que en cierta medida se relaciona con la creación de un procedimiento en el cual ambas partes estén en igualdad de condiciones y no se perciba a una como superior a la otra, lo cual, como ya analizamos, se da particularmente respecto de la víctima del delito. La única manera de asegurar que ambas partes involucradas en el conflicto puedan ver satisfechos sus intereses es garantizando un equilibrio mínimo entre ambas. Ello, por otra parte, redundará en el éxito del acuerdo reparatorio, y un acuerdo exitoso se traducirá, a nuestro juicio, en el restablecimiento del equilibrio y la paz social y se cumplirán los objetivos de satisfacer los intereses de la víctima y de dar cabida a la efectiva resocialización del imputado. Claramente el foco de atención se radica en los intereses de la víctima, la que ha sufrido por el delito. Si suponemos que el imputado quiere efectivamente reparar, entonces sus intereses son también dignos de ser tomados en consideración, lo cual se torna más importante aun si tomamos en cuenta que al reparar, el imputado se estaría resocializando, lo cual a su vez constituye uno de los fines de la

pena y de la política criminal de un estado democrático de derecho.

Esta falta de garantías se percibe principalmente porque, a pesar de estar legalmente consagrados los derechos del imputado, en el tema específico de los acuerdos reparatorios la función del fiscal es velar por la satisfacción de los intereses de la víctima. Si la víctima decide que el acuerdo no es lo suficientemente bueno –como por lo general ocurrirá dado que el imputado será una persona de escasos recursos y la víctima solicitará casi la mayoría de las veces una reparación en dinero-, entonces el caso seguirá su tramitación hasta el juicio oral. En este sentido, pareciera que a través de un mediador preocupado de alcanzar un acuerdo entre las partes las posibilidades de éxito son mayores, pues puede hacer ver a la víctima alternativas de solución diferentes, como por ejemplo asegurar que el imputado consiga un trabajo y pague la suma solicitada por ésta en parcialidades. Una mediación se concentraría en el conflicto propiamente tal, en lo que cada parte quiere y espera. Las directrices político-criminales y de principios penales aplicables vienen dadas con el sustento teórico y legal de los acuerdos reparatorios. Dados dichos límites, hay libertad para realizar un procedimiento de acuerdo que sea eficiente. Por lo demás, como ya hemos apuntado, la mediación como forma de solucionar conflictos penales cumple todos los objetivos que se plantean desde el punto de vista de la reparación y el derecho penal.

En tercer y último lugar, debemos resaltar que tanto la ley como la Fiscalía Nacional no hayan cerrado las posibilidades de acceder a diversos mecanismos para lograr un acuerdo. Ello es sumamente importante dada la poca información que contiene el mandato legal. En efecto, del artículo 241 del Código Procesal Penal, como ya señaláramos, es posible llegar a diversas interpretaciones que podrían derivar en una negociación directa entre las partes, entre sus abogados o por medio de un procedimiento de mediación o conciliación. Esta realidad permite explorar las falencias que una negociación penal entre las partes o entre sus abogados pudiera tener, resaltando las virtudes de un mecanismo de mediación. En este sentido, el camino está trazado para impulsar la creación de más centros de mediación y para preparar mediadores que puedan actuar independientemente de la Fiscalía y Defensoría en la resolución de conflictos penales, particularmente en el tema de los acuerdos reparatorios.

3. LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA EFICAZ PARA ALCANZAR UN ACUERDO REPARATORIO

La regulación legal de los acuerdos reparatorios presenta, en nuestra opinión, algunos vacíos que eventualmente podrían derivar en el fracaso de un acuerdo cuando éste es posible. Uno de ellos –y atingente al tema de investigación de este trabajo- tiene que ver con la falta de regulación de mecanismos o alternativas para alcanzar dichos acuerdos. Pareciera que el sentido de la ley es dejar la resolución del conflicto en manos de los directamente involucrados, es decir, pretendería que el acuerdo puede alcanzarse a través de un procedimiento de negociación. ¿Pueden considerarse otras alternativas?. A

través de la ley también podría considerarse que nada obsta a que las partes, con la ayuda de un mediador, lleguen a un acuerdo. La reparación del daño causado por el delito tiene como ventaja que abre infinitamente el abanico de posibles soluciones del conflicto penal y sus formas de solución. En esta última parte del capítulo desarrollaremos la idea de mediación como alternativa para alcanzar un acuerdo reparatorio, y como vía de solución al conflicto penal que podría perfectamente insertarse como opción concreta para las partes –víctima e imputado- a nivel legislativo. Habiendo ya analizado con profundidad los conceptos de mediación y de mediación penal ²³⁸, nos centraremos exclusivamente en las relaciones y formas de aplicación de la mediación a los acuerdos reparatorios.

3.1. Algunas consideraciones relativas a la negociación penal y su inclusión como forma de alcanzar un acuerdo reparatorio

El artículo 241 del Código Procesal Penal, al definir los acuerdos reparatorios, se refiere a ellos como un acuerdo que pueden convenir el autor y la víctima del delito. ²³⁹ Como señaláramos anteriormente, dicha norma plantea varias dudas, entre ellas, si es la negociación directa de las partes la única manera de alcanzar un acuerdo reparatorio o si pueden considerarse otras alternativas. Al parecer podrían considerarse otras opciones, tomando especialmente en cuenta lo señalado en el mensaje del Código y lo indicado por el Fiscal Nacional en los instructivos N°s 34 y 63. Sin embargo, claramente es una posibilidad. A continuación, un breve análisis de la negociación penal a la luz de la regulación de los acuerdos reparatorios.

A pesar de que en general las técnicas de negociación son permanentemente utilizadas por abogados, imputados y víctimas, con el objeto de resolver el conflicto penal que se ha producido, también es cierto que dichas negociaciones, en el proceso penal antiguo, se ocupaban extra-procesalmente, es decir, al margen del proceso (por ejemplo, se negociaba una reparación a la víctima a cambio del desistimiento de la querrela presentada). Con la llegada de la RPP y sus salidas alternativas, en particular los acuerdos reparatorios, la negociación entre las partes ha tenido una consagración legal expresa, al permitírseles llegar a un acuerdo que derivará en el término del procedimiento y la reparación a la víctima. Para Francisco Cox, la negociación penal, en el proceso penal anterior a la reforma "... no constituía un elemento central del proceso ni cumplía una función racionalizadora de la respuesta penal, como se pretende con la incorporación expresa de estas instituciones." ²⁴⁰ El análisis que se realiza a continuación considera una negociación llevada a cabo principalmente por fiscales, defensores o abogados de las partes, no por las partes mismas. El mismo Fiscal Nacional del Ministerio Público

²³⁸ Vid. Capítulo I.

²³⁹ Artículo 241 del Código Procesal Penal, op. cit.

²⁴⁰ COX, FRANCISCO. 2002. "Negociación en el Nuevo Proceso Penal", en: Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, Número III, diciembre de 2002, pág. 134.

establece, en su instructivo N° 34, la posibilidad de que los fiscales negocien directamente con el imputado o su abogado. En este sentido, creemos que muy pocas veces se producirá una negociación directa entre la víctima y el imputado. La mayoría de las veces estará el fiscal, resguardando los intereses de la víctima, por un lado; y el defensor, también tutelando por los derechos e intereses del imputado, por el otro.

3.1.1. Objetivos de la negociación en materia penal. Críticas y comentarios a la luz del concepto de mediación

Para Cox, los objetivos de la negociación en materia penal deben analizarse desde los diferentes puntos de vista de sus actores.

Desde el punto de vista del sistema, el objetivo sería uno de economía procesal: procesar la mayor cantidad de casos con el menor costo posible, con respeto de las garantías y las condiciones de validez del sistema. Las críticas que se han formulado a este objetivo, particularmente desde la doctrina norteamericana –en donde la negociación y sus técnicas son ampliamente utilizadas, en especial a partir de las técnicas desarrolladas por la Escuela de Harvard y la institución del *plea bargaining*, en donde se negocia directamente con el imputado-, dicen relación con el hecho de que los criterios de eficiencia “... están dominando el sistema criminal americano y con ello se ha producido un debilitamiento de las garantías del imputado, partiendo por la garantía de ser juzgado en un juicio público y por sus pares.”²⁴¹ Junto con lo anterior, se critica el hecho que los inocentes terminen aceptando una condena menor a la que les correspondería por el delito por el que están siendo acusados, “... justamente porque el fiscal al tener un caso débil estará dispuesto a dar mayores concesiones que en un caso fuerte, estas mayores concesiones constituyen incentivos difíciles de resistir puesto que es seguro, en tanto que el juicio siempre tiene una cuota de incertidumbre, sin importar que tan fuerte es el caso de la defensa.”²⁴²

En los acuerdos reparatorios, las críticas mencionadas podrían sin duda tener cabida. Como hicimos mención en el apartado anterior de este capítulo, se echan de menos de la regulación legal mecanismos de garantía a los intereses de las partes, particularmente del imputado. Como gran mecanismo de descongestión, los fiscales podrían intentar llegar a un acuerdo como sea, y tienen a su favor lo ya señalado respecto a la víctima, es decir, que la importancia mayor que se da a la satisfacción de sus intereses va en directo desmedro de los intereses del imputado –a quien puede interesarle, por ejemplo, reparar el daño causado de otra manera a la propuesta o asumir un compromiso de rehabilitación que concluya en una prestación reparadora para la víctima-, lo cual terminaría o en acuerdos muy malos en general (desde la perspectiva de la víctima, el imputado, el procedimiento y la sociedad en general) o en la congestión del sistema, ya que de no producirse acuerdo se continuaría con la tramitación del proceso. Por otra parte, resalta el hecho de que se tome en consideración la participación de fiscales y defensores, cuando la ley nada dice respecto a su participación en el acuerdo.

²⁴¹ COX, op. cit. pág. 135.

²⁴² COX, op. cit. pág. 136.

Así, puede producirse un acuerdo por la negociación directa que realicen las partes, las que no están preparadas –por lo general-, en técnicas de negociación y cuesta abrir caminos diferentes de solución. En este sentido, tampoco sabemos el nivel de preparación de fiscales y defensores, y ya hicimos ver algunas críticas respecto a su participación en estos acuerdos.²⁴³ Cox resalta esta poca preparación de fiscales, defensores y abogados en general cuando señala que este nuevo escenario en que puede negociarse en materia penal “... pilla a los abogados nacionales relativamente mal parados, la mayoría de las escuelas de derecho no cuentan con programas de negociación, y aquellas que los incluyen generalmente no desarrollan destrezas en el área penal.”²⁴⁴

Sin duda que con fiscales y defensores preparados, conocedores de las técnicas de negociación básicas, se podría llegar a un buen acuerdo, pero también es cierto que las experiencias de mediación, con mediadores preparados, ayudan a las partes a obtener un buen acuerdo, sin tanto desgaste de fiscales y defensores. Creemos, en este sentido, que la derivación a centros de mediación de casos susceptibles de ser resueltos a través de un acuerdo reparatorio, ayudaría aun más a la descongestión del sistema, garantizando un buen acuerdo para las partes.

Un segundo objetivo desde el punto de vista del sistema sería el de comunicar su política criminal. Al respecto, Cox señala: “En efecto, a través de la negociación y dado que en Chile las distintas salidas o lo que se puede negociar tiene techos en relación con la penalidad, la percepción será que aquello en lo cual se permiten suspensiones condicionales, acuerdos reparatorios, procedimientos abreviados o el ejercicio del principio de oportunidad, serán delitos de menor relevancia social.”²⁴⁵ No concordamos con Cox en este objetivo. En nuestra opinión, el objetivo señalado se cumple con el solo hecho de incluir salidas alternativas que abren la posibilidad de resolver conflictos de una manera distinta a la tradicional, es decir, por medio de una sentencia absolutoria o condenatoria. Es en la opción legislativa de incluir mecanismos de reparación donde el estado comunica su política criminal. El tema es cómo logramos hacer realidad esta política, bajo la perspectiva de los conceptos de reparación a la víctima, resocialización del autor del delito, paz social, descongestión del sistema, etc. La negociación es uno de ellos. La mediación, otro.

Desde el punto de vista del Fiscal, Cox señala que los objetivos de la negociación podrían ser, por una parte, la disminución de su recarga de trabajo, despachando rápidamente algunos casos de menor relevancia y, por otra parte, aumentar su porcentaje de condenas, ya que “... en muchas fiscalías será predecible que la reputación de un fiscal se basará sobre este elemento. (...) un fiscal con un alto porcentaje de condenas y confirmación de las penas solicitadas por ella, llegará con un gran poder relativo a la mesa de negociaciones.”²⁴⁶

²⁴³ Ver capítulo III, N° 2.2.3.

²⁴⁴ COX, op. cit. pág. 134.

²⁴⁵ COX, op. cit. pág. 136.

Mirado desde la perspectiva de la negociación como técnica, sin duda que este objetivo es relevante. Sin embargo, desde la perspectiva del conflicto produce algunos problemas. En efecto, puede ser que un fiscal sea muy “duro” para negociar, obteniendo de esa manera un alto porcentaje de condenas, y dicha actitud le otorgue mayor poder relativo en la mesa negociadora, en especial porque se está enfrentando constantemente con los mismos defensores y abogados –lo que en la teoría de los juegos se llama los jugadores repetidos-, pero ello no resuelve precisamente el conflicto penal que tienen el autor y la víctima. Una técnica de negociación bien llevada por fiscal y defensor podría derivar en buenos acuerdos, pero también podría producir acuerdos injustos o desiguales para una de las partes. En este sentido, destaca la mediación como método de solución del conflicto, ya que permitiría desprenderse de las probabilidades y técnicas de los abogados acusadores y defensores, centrando el tema del conflicto en su solución a través de un mediador que no es parte del proceso, y cuya única preocupación es lograr un acuerdo entre las partes, acercar posiciones, satisfacer los intereses. El mediador no está preocupado de si ahora es “duro” o “blando” para en futuras negociaciones obtener más y así granjearse prestigio y admiración de sus colegas y tener mayor poder frente al otro abogado, con el cual está constantemente negociando. Con la mediación sólo importa que las partes arreglen de manera pacífica su conflicto y de la manera más eficiente posible para ambas. Así, fiscales y defensores pueden preocuparse del resto de los casos sin perder su legitimidad frente al otro por mal llevados procesos de negociación.

Desde el punto de vista del Defensor Público, el objetivo sería obtener el mejor arreglo posible para su “cliente”, y aquí las posibilidades se abren dependiendo los intereses del imputado. Así, por ejemplo, puede ser objetivo “... la menor alteración en la vida del imputado, pudiendo ser menos pena, evitar la exposición pública, menores consecuencias patrimoniales, evitar estigmatización, el tipo de delito por el cual es acusado, no conocer el interior de una cárcel, etc.”²⁴⁷

Por último, para la víctima y el imputado, los objetivos de una negociación penal consisten básicamente en sus intereses, los cuales son diversos y dependen en definitiva de cada uno.

3.2. La mediación como forma de solucionar conflictos penales y su relación con los acuerdos preparatorios

El nuevo Código Procesal Penal, al regular los acuerdos reparatorios, deja abierta la puerta para distintas alternativas de procedimiento aplicable para alcanzar dicho acuerdo. La primera y más obvia de ellas –atendido el tenor literal de la norma-, lo constituye un procedimiento de negociación entre la víctima y el imputado, o entre el fiscal y el defensor en representación de ellas. Analizamos brevemente los objetivos que una negociación penal plantea, y formulamos algunos comentarios a la luz del concepto de mediación. La

²⁴⁶ COX, op. cit. pág. 137.

²⁴⁷ COX, op. cit. pág. 135.

principal observación o comentario que puede hacerse a la negociación penal como *único* mecanismo para lograr un acuerdo reparatorio es que sus reglas o técnicas no necesariamente responden al ideal reparatorio y de solución del conflicto cuando son llevadas a cabo por fiscales y defensores. En efecto, una negociación penal puede llevar a que los egos de los abogados sobrepasen al conflicto y a su mejor forma de solución, ya que ellos podrían utilizar estrategias negociadoras que los pusieran en una mejor posición de poder respecto de los otros, más que una acertada solución del conflicto penal, que muchas veces supondrá alternativas en las que uno de los dos abogados “pierda”. Sin embargo, lo importante, creemos, es que sean la víctima y el imputado quienes “ganen”. Por otro lado, si son la víctima y el imputado quienes negocian directamente, el acuerdo tampoco podría ser el mejor al que pudieran llegar, especialmente por falta de información y conocimiento respecto a lo que pueden pedir. La reparación, en este sentido, otorga infinitas posibilidades de solución, pero pensamos que la única que podría visualizarse por parte de la víctima sería la retribución en dinero, que muchas veces el imputado no tendrá. Así, concretamente, la falta de imaginación en la búsqueda de soluciones que dejen satisfechas a ambas partes puede jugar en contra de negociadores inexpertos. Esta doble crítica no significa que la negociación deba descartarse completamente, creemos que bien llevada puede lograr acuerdos eficientes. La mediación, sin embargo, ofrece una salida que podría salvar estas críticas y constituir en definitiva la manera más eficiente de alcanzar un acuerdo reparatorio. En efecto, si pudiera implementarse un sistema en el que mediadores trabajaran exclusivamente en la resolución de casos penales derivados por la fiscalía, sería el conflicto lo primordial, ya que los mediadores sólo se encargarían de acercar a las partes a un arreglo, y para ello deberían ser completamente independientes tanto de la fiscalía como de la defensoría, y tendrían el conocimiento necesario para alcanzar un buen acuerdo, conocimiento por lo general desconocido por las partes. Así, la víctima y el imputado tendrían siempre la opción de negociar directamente entre ellos –o a través de sus abogados- o de someterse voluntariamente a un procedimiento de mediación.

3.2.1. Apertura de la mediación como una alternativa para lograr un acuerdo reparatorio

En el año 1985, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó dos reglas de relevancia para la reparación de la víctima. Los artículos 4º y 7º de la Declaración sobre Los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General, prescriben: “4º: Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional; 7º: Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas.”²⁴⁸ En Chile, la RPP ha dado, más de diez años después, un paso

²⁴⁸ Declaración sobre Los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, recomendada por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Citado por ZÁRATE, op. cit. págs. 188 y 189.

importante al considerar expresamente la reparación de la víctima como salida alternativa al procedimiento, concretamente a través de la figura de los acuerdos reparatorios. Ahora bien, persisten las dudas y los problemas en torno al mecanismo o procedimiento para alcanzar dicho acuerdo reparatorio. De la simple lectura del artículo 241 del Código Procesal Penal pareciera que la forma de llegar a un arreglo la constituye la negociación directa y voluntaria de ambas partes. Cuatro argumentos se han dado a lo largo de este trabajo que permitirían considerar a la mediación como un mecanismo de composición del conflicto en el marco legal planteado.

El primero de ellos tiene que ver con el concepto de reparación propiamente tal, que constituye el sustento teórico de los acuerdos reparatorios. Una de las ventajas que la reparación traía consigo era justamente que las alternativas para reparar son infinitas, lo importante es que los intereses de las partes sean satisfechos. En este sentido, para reparar lo importante es que la víctima y el imputado alcancen un acuerdo, y si dicho acuerdo se produce como consecuencia de una negociación directa entre ellas, a través de sus abogados o a través de una mediación no importa, siempre que la víctima sea reparada efectivamente y el imputado consiga su objetivo de reparar los daños y perjuicios ocasionados, logrando con ello una exención de responsabilidad penal o su resocialización, si ello es lo que busca y quiere. Además de esto, para el imputado se produce una toma de conciencia y de responsabilizarse de las consecuencias funestas y de los daños que ha ocasionado con el delito cometido. Este punto es central, puesto que, como ya analizamos en profundidad, importa el primer paso para que el imputado se reinserte dignamente en la sociedad, logrando un proceso de resocialización más pacífico, integrador y por cierto eficiente que su paso por alguna cárcel. El segundo argumento se encuentra en el Mensaje del Presidente de la República al Código Procesal Penal, en donde señala que el ámbito de procedencia de los acuerdos reparatorios será delimitado por la jurisprudencia, la ley penal y su interpretación. Nosotros argumentamos que por la vaguedad de la ley en cuanto al procedimiento para alcanzar un acuerdo reparatorio, también éste sería susceptible de ser delimitado y configurado por la jurisprudencia y la ley penal. El tercer argumento se encontraba en los instructivos N°s 34 y 63 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en donde se hacía expresa mención a la mediación como forma de alcanzar acuerdos reparatorios, e instruí a sus fiscales a derivar los casos a los centros de mediación existentes. El cuarto y último argumento tiene que ver con la interpretación que puede darse al artículo 241 del Código Procesal Penal, ya que solamente señala que el acuerdo se logra directamente entre la víctima y el imputado. Nada dice si para lograr dicho acuerdo se puede o no recurrir a la ayuda de un mediador como tercero imparcial, y aparentemente nada lo prohibiría.

Un nuevo argumento podría esgrimirse en este momento. Zárate, en una opinión parecida a la nuestra ha señalado: "Con todo y constituyendo hasta ahora una debilidad del nuevo sistema de justicia criminal, él no contempla ningún mecanismo institucional o formalizado que haga posible de manera prioritaria la opción por dichos consensos."²⁴⁹ A partir de la Ley Orgánica Constitucional que estableció al Ministerio Público, Ley N° 19.640, algunos autores han construido una base legal que permitiría la inclusión de la mediación como forma de proceder en los acuerdos reparatorios. La base se encontraría

²⁴⁹ ZÁRATE, op. cit. pág. 190.

en los artículos 20 letra f) y 34 letra e) de la mencionada ley, los que se refieren a las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos, las cuales en general tendrán por función esencial “velar por el cumplimiento que a este propósito le encomiende al ministerio público la ley procesal”. Para Matus resulta claro que dichas disposiciones “... no llevan explícitamente a concluir que en dicha unidad de Atención de Víctimas y Testigos se deba establecer un programa de mediación como mecanismo para obtener los consensos posibles dentro del sistema procesal proyectado, pues en ninguna parte del Proyecto siquiera se menciona la palabra mediación. (...) sin embargo, es perfectamente posible y se encuentra legalmente respaldado, que el Fiscal Nacional, en uso de su atribución de fijar “los criterios de actuación del ministerio público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y las leyes”, y dictar “las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos”, determine que dicha Unidad organice y diseñe mecanismos que faciliten la obtención de los adecuados consensos que sean necesarios para recurrir con éxito al procedimiento abreviado, la suspensión condicional y los acuerdos reparatorios, evitando el gasto de la realización de los juicios orales correspondientes.”²⁵⁰

De esta manera, a través de los instructivos N°s 34 y 63 –ya analizados-, es posible desprender criterios de actuación a los fiscales que en caso de verse ante un delito susceptible de ser reparado por medio de un acuerdo reparatorio, deben solicitar informes a las Unidades de Atención de Víctimas y Testigos con el objeto que ellas realicen gestiones tendientes al acercamiento de las posiciones de las partes, ya sea por medio de una conciliación, mediación o simplemente conversando con víctima e imputado con el objeto que lleguen a un arreglo.

Lo relevante es que las posibilidades desde el punto de vista legal están dadas para hacer mediación penal como mecanismo para alcanzar un acuerdo reparatorio. Como hemos analizado, nada lo impide y los argumentos para concretizarlo son, en nuestra opinión, bastante contundentes. Los acuerdos reparatorios, en este sentido, son quizás la institución ideal para introducir la mediación en el proceso penal, formulando de esta manera una reforma ya no sólo desde el punto de vista de la reparación a la víctima sino que desde la forma para alcanzar el acuerdo, llegando en definitiva a la adopción de métodos no adversariales y más eficientes de resolución de conflictos, con todos los beneficios que ello trae consigo.

3.2.2. La mediación penal en Chile y su utilización en los acuerdos reparatorios

Scarlette Lagos Fuentes, docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco y directora del Centro de Resolución Alternativa de Conflictos, CREA, de la misma institución, ha señalado en varias ponencias la factibilidad de realizar mediación penal en Chile luego de la entrada en vigencia de la RPP. Su opinión resulta del todo relevante, puesto que el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos, CREA, ha

²⁵⁰ MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE, citado por ZÁRATE, op. cit. pág. 191.

mediado en casos penales concretos. En sus propias palabras: “Dentro del esfuerzo por difundir lo que es la mediación y poder recibir causas, celebramos distintos convenios y establecimos redes de colaboración, las más fuertes vinculadas estrechamente al tema de familia. Con menos frecuencia, pero no por eso menos importante, hemos tenido la grata experiencia de recibir causas derivadas de la Fiscalía y/o la Defensoría Penal Pública, lo cual nos sitúa en un lugar bastante especial en Chile a la hora de responder la pregunta que ahora nos convoca (¿Podríamos hacer mediación penal en Chile?).”²⁵¹ Para la autora que se viene citando, es posible hacer mediación penal en Chile de acuerdo a lo establecido en la RPP, actuando dentro del sistema y respecto de lo que el sistema no absorbe o deja fuera. Además, esta autora plantea la posibilidad de hacer mediación penal en el marco del proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad juvenil para adolescentes infractores de la ley penal.

La mediación como complemento del nuevo proceso penal se utilizaría, para Lagos, en el tema de los acuerdos reparatorios. Al respecto, señala que la normativa presenta la ventaja de establecer que el acuerdo se produce directamente entre la víctima y el imputado, “... son ellos a los que invitaríamos a una mesa de mediación a establecer un acuerdo que satisfaga los intereses de ambos.”²⁵² De esta manera, la autora citada considera una ventaja la normativa legal, interpretando el artículo 241 como una norma que simplemente señala que las partes deben llegar directamente a un acuerdo, no importando como. Y ahí jugaría un papel fundamental la mediación. El Centro CREA ha ocupado dos modalidades: utilizar el proceso de mediación para establecer el contenido del acuerdo, o ayudar a las partes a solucionar sus diferencias después del acuerdo, es decir, el contenido del acuerdo consiste justamente en concurrir a un centro de mediación para solucionar el conflicto.

También se utiliza la mediación en asuntos que el sistema penal no absorbe, particularmente por la facultad del fiscal no iniciar la investigación y el principio de oportunidad –contenidas en los artículos 168 y 170 del Código Procesal Penal-. Dichos casos, si bien no son “merecedores” de ser tratados formalmente a través del proceso criminal, conllevan un conflicto que debe ser igualmente solucionado para la convivencia pacífica de los involucrados, sobre todo tomando en cuenta que ha existido una denuncia por una de las partes. Allí también se ha utilizado el mecanismo de la mediación.

Para Lagos, es posible realizar una mediación penal en Chile al menos en aquellos delitos que entrañan una problemática relacional más profunda. Pone como ejemplos los delitos de lesiones o amenazas en los cuales se encuentra subyacente un problema de familia, y los problemas entre vecinos. En nuestra opinión, la mediación penal constituye un mecanismo de resolución de conflictos penales que va más allá de lo relacional, y puede extenderse a delitos en los que no se vislumbra fácilmente un problema de relaciones más profundo entre víctima y ofensor. En otras palabras, creemos que el

²⁵¹ LAGOS FUENTES, SCARLETTE, “¿Podríamos hacer mediación penal en Chile?”. Ponencia presentada en la IV Conferencia Internacional del Foro Mundial de Mediación, “Construyendo una convivencia pacífica. Mediación y negociación en un mundo conflictivo” Mayo de 2003, Buenos Aires, Argentina. FUENTE: www.crea.uct.cl.

²⁵² LAGOS, op. cit. pág. 3.

campo de aplicación de la mediación al sistema penal puede ser ampliado mucho más, para constituir en definitiva una alternativa real de solución en delitos concretos.

En cuanto al proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad juvenil para adolescentes infractores de la ley penal, Lagos considera que la mediación podría ser utilizada especialmente en delitos menos graves que conllevan sanciones no privativas de libertad, por ejemplo multas, amonestaciones, reparación del daño, servicios en beneficio de la comunidad, etc. El objetivo general del proyecto sería "... favorecer la resolución de conflictos con la justicia de adolescentes que han infringido la ley, a través de un programa acorde con las salidas alternativas de mediación penal y servicios a la comunidad, que permitan la reparación del daño causado a la víctima, la responsabilización del joven frente a sus actos, la promoción de su condición de sujeto de derechos y la creación de espacios sociales para su integración y vinculación socio comunitaria."²⁵³

Dentro del marco específico de los acuerdos reparatorios, la misma autora citada señala que los requisitos básicos de procedencia que ha dado el legislador son el límite en el cual se puede mediar, el marco legal de referencia del mediador. Además alude a que las prestaciones reparatorias no tienen que ser sólo pecuniarias, también podrían acordarse otro tipo de prestaciones, como una "... disculpa formalizada o un trabajo a favor de la víctima."²⁵⁴ Como ya vimos, resulta fundamental considerar distintas alternativas de contenido de los acuerdos reparatorios con el objeto de lograr una solución eficiente para ambas partes. Lagos señala además que es el juez de garantía quien tienen el deber fundamental de salvaguardar la libertad, la información y los intereses de la sociedad. En este sentido, "... la mediación penal víctima-ofensor, cuenta con un mecanismo de protección a nivel de sistema procesal penal diferente a lo que se puede encontrar en otros países."²⁵⁵ Para esta autora resulta fundamental la labor del juez de garantía, ya que la "libertad" de la que habla la ley para alcanzar un acuerdo reparatorio puede no ser absoluta en varios aspectos, por ejemplo el imputado puede llegar a reconocer un delito que no ha cometido con el objeto de reparar (ya que el efecto penal del acuerdo reparatorio es la extinción de la responsabilidad penal) o la víctima puede estar atemorizada por el imputado, lo cual la podría llevar privilegiar mantener las buenas relaciones con esa persona antes que una satisfacción completa de sus intereses.²⁵⁶ En este sentido, el juez de garantía salvaguardaría la libertad de las partes sobre todo por medio de la información que les provea, lo cual puede llevar a un acuerdo mejor y a la posibilidad de que las partes se sometan voluntariamente a un proceso de mediación.

²⁵³ LAGOS, op. cit. pág. 10.

²⁵⁴ LAGOS FUENTES, SCARLETTE, "Acuerdos Reparatorios, Mediación y Tutela", ponencia preparada para el III Congreso Nacional de Mediación y II Encuentro de las Américas, "Una vía hacia la cultura de la paz", septiembre de 2003, Monterrey, Nuevo León, México, pág. 3. FUENTE: www.crea.uct.cl.

²⁵⁵ Ídem, pág. 8.

²⁵⁶ Ídem, pág. 4.

Cabe subrayar un aspecto importante a la hora de hacer mediación penal en Chile y de utilizarla como mecanismo para alcanzar un acuerdo reparatorio: la información. La libertad de las partes en el acuerdo es fundamental, la ley protege dicho aspecto y le encomienda al juez de garantía que supervise que el acuerdo fue tomado libremente por las partes. A su vez, y parte de ese cometido creemos debiera traducirse en la información completa que el juez otorgue a las partes acerca de los efectos que el acuerdo tendrá y acerca de las opciones que tienen de llevarlo a cabo, indicándoles el camino de la mediación como forma de solución del conflicto. Como sistema alternativo de resolución de conflictos, la mediación aun no es muy conocida a nivel popular, y en ese sentido es labor principalmente del juez, pero también de fiscales, defensores y abogados, la derivación de causas a centros de mediación y la entrega oportuna y completa de información en este tema a las partes. Lagos señala: “Destacamos la importancia que los agentes de la RPP conozcan y comprendan este mecanismo de resolución de conflictos penales, lo que sin duda repercutirá en un incremento de los casos que pueden mediar. Creemos sin duda que la mediación penal es una herramienta válida para la resolución de algunos conflictos de relevancia penal. La cultura que va implícita en los métodos alternativos de resolución de conflictos implica necesariamente una nueva visión de los conflictos penales que sabemos no puede lograrse de la noche a la mañana, será un proceso en el que todos debemos aportar, con la difusión y capacitación en estas materias.”²⁵⁷

Para Alicia E. Escobar Yañez, lo más natural es que se utilice la mediación como procedimiento para alcanzar un acuerdo reparatorio. Ello, principalmente por las similitudes que ambas instituciones presentan: en primer lugar, el hecho de que sea necesaria la concurrencia de la voluntad de ambas partes para alcanzar un acuerdo, lo cual es también, como ya analizamos extensamente en el capítulo I de este trabajo, condición fundamental para poder llevar a cabo una mediación. En segundo término, porque tanto en los acuerdos reparatorios como en la mediación existe interés en resolver el conflicto. Por último, ambas instituciones presentan en común el hecho de que son las partes las que participan directamente del conflicto y alcanzan un acuerdo.²⁵⁸ Para esta autora, la mediación permitiría a la víctima hacerse parte y asumir su responsabilidad en casos en que la sociedad no está respondiendo, lo que la podría llevar a entender por qué ese infractor está en ese momento frente a ella como tal. Para el imputado, la mediación se transformaría en una oportunidad de evaluar cómo ha resuelto sus conflictos y la manera de modificar su conducta, haciéndose responsable de la reparación que debe efectuar. Con miras a lograr dicho objetivo, el mediador deberá desarrollar técnicas de comunicación que permitan a las partes darse cuenta de que ellas son las protagonistas del conflicto y de la toma de decisiones, y de que están en igualdad de condiciones.²⁵⁹

Como hemos analizado, la mediación es un mecanismo que no sólo es utilizable,

²⁵⁷ LAGOS FUENTES, SCARLETTE, “Experiencias de Mediación Penal”, Ponencia preparada para el Seminario “La mediación, instrumento de paz social en distintos ámbitos: penal, laboral, familiar e infancia”, noviembre de 2003, Temuco, P

²⁵⁸ ESCOBAR YÁNEZ, ALICIA E., “La Mediación: Una Alternativa a Incluir en los “Acuerdos Reparatorios” de la Reforma Procesal Penal”, en: Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, N° 3, noviembre de 2001, págs. 61 y 62.

sino que ha sido utilizado en la resolución de conflictos penales. La mayoría de los argumentos que las autoras citadas han otorgado, responden a los principios de reparación y mediación ya analizados. Resulta interesante destacar que la mezcla entre ambos conceptos pueda derivar en una forma de resolución de conflictos casi “ideal” en el caso de los acuerdos reparatorios, como la forma “natural” de alcanzar el acuerdo. En este sentido, cabe destacar lo señalado por Escobar, quien estima que un proceso de mediación sería más acorde con los tiempos actuales, “... en los que la participación democrática y el respeto a los derechos humanos deben constituirse en los ejes que sustentan la convivencia social, y en donde las decisiones adoptadas en el ámbito judicial sean asumidas con mayor responsabilidad y las partes asuman un rol protagónico dentro del proceso penal.”²⁶⁰

3.3. El procedimiento de mediación

Veremos a continuación algunas cuestiones relativas al procedimiento de mediación propiamente tal, con el objeto de tener algunas nociones acerca de lo que puede hacerse en materia de acuerdos reparatorios. Para ello, nos concentraremos especialmente en la parte relativa a las negociaciones asistidas que tendrán que realizar las partes con el objeto de alcanzar un acuerdo y al rol del mediador en dicho cometido. Utilizaremos el modelo propuesto por Pérez Sanzberro y Escobar Yáñez. El modelo propuesto es un paradigma y representa una visión de lo que puede contener y cómo desarrollar un procedimiento de mediación eficiente. Sin perjuicio de este modelo, que podría o no ser aplicado a nuestra realidad, al final de este trabajo desarrollaremos una propuesta articulada en un proyecto de reparación-mediación que, a nuestro juicio, podría implementarse en Chile. Sin perjuicio de ello, analizaremos a continuación una propuesta más completa desde el punto de vista teórico acerca del desarrollo de la mediación penal.

3.3.1. Criterios de idoneidad del caso

Para Pérez Sanzberro se pueden señalar tres condiciones básicas generalizables a todos los proyectos de conciliación autor-víctima respecto a los casos: 1) Existencia de una víctima personal, individualizable (lo cual no obsta a que sean varias); 2) Una cierta entidad de la infracción penal, excluyéndose los supuestos de bagatela y; 3) Reconocimiento del hecho o hecho esclarecido. El principio básico, ya señalado, sería el de la participación voluntaria de infractor y víctima.²⁶¹ En Chile, el juicio de idoneidad de un caso está dado por la legislación, es el legislador quien ha señalado los delitos en los cuales se puede alcanzar un acuerdo reparatorio o suspensión condicional del procedimiento, en donde se pueden utilizar mecanismos de conciliación (que como vimos también comprende la mediación, en esta parte el concepto de conciliación está utilizada

²⁵⁹ ESCOBAR YÁNEZ, op. cit. pág. 62.

²⁶⁰ ESCOBAR YÁNEZ, op. cit. pág. 62.

²⁶¹ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 173.

en sentido genérico). Analicemos brevemente estos criterios de idoneidad:

1) Existencia de una víctima personalizada: Este requisito dice relación con la existencia de una persona o grupo de personas directamente afectados o perjudicados por el delito. Los problemas surgen cuando la víctima es una persona jurídica, pero en general se ha tendido a la aceptación de este tipo de casos, el criterio no es uno absoluto. En este sentido, el criterio decisivo para no mediar "... no es tanto la exclusión de una persona jurídica sino la falta de afectación de un individuo por el hecho delictivo." ²⁶²

2) Exclusión de los supuestos de bagatela: La idea es que los casos presenten una cierta entidad penal, con el objeto de evitar el efecto de ampliación de las redes de control social, "... que se produciría al tratar de estimular la conciliación en supuestos de escasa relevancia respecto a los cuales se decide normalmente el archivo del procedimiento sin más consecuencias." ²⁶³ Pérez Sanzberro señala algunos delitos susceptibles de entrar en procedimientos de conciliación autor-víctima: injurias, allanamiento de morada, amenazas, coacciones, daños, hurto, estafa, lesiones imprudentes o dolosas, coacción sexual y robo.

3) Reconocimiento del hecho y participación voluntaria en el intento de conciliación: El primer elemento de este criterio lo constituye el reconocimiento del hecho por parte del imputado, en otras palabras, su confesión. Con la confesión del imputado se lograría, por una parte que el individuo se responsabilice de los daños que ha ocasionado, y la única manera de que así lo haga es reconociendo su actuar. Desde una perspectiva garantista, esta medida serviría para evitar que las actividades encaminadas a obtener una conciliación se transformen en presiones para obtener una confesión. Desde la perspectiva del procedimiento "... se preservaría la propia cualidad del procedimiento de conciliación, que no ha de ser instrumentalizado en función de los fines de la investigación judicial." ²⁶⁴ Sin embargo, se ha flexibilizado esta condición, en el sentido de que bastaría una actitud del imputado por asumir su participación en el hecho y de someterse al proceso de conciliación, o también sería suficiente que existan pruebas contundentes que demuestren la culpabilidad del imputado. En Chile, la regulación legal de los acuerdos reparatorios no contempla esta exigencia, y como ya analizamos se ha establecido que no es necesario el reconocimiento de los hechos por parte del imputado, éste se limita a aceptar o rechazar un acuerdo reparatorio. A la luz de lo que se viene señalando, podría regularse esta exigencia para poder alcanzar un acuerdo. Creemos, sin embargo, que también existen argumentos sólidos para descartar este requisito, principalmente desde un punto de vista garantista, ya que un inculpado inocente podría eventualmente declararse culpable con tal de culminar el proceso a través de un acuerdo, ante las perspectivas de que en la sentencia judicial que pronuncie el tribunal oral sea declarado culpable.

En cuanto a la participación voluntaria en el procedimiento de mediación, éste es, ya

²⁶² GORLACH, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 174.

²⁶³ DELATTRE, citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 176.

²⁶⁴ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 177.

se ha señalado, un requisito fundamental para la superación del conflicto y sus consecuencias, requisito que además es una garantía para el imputado, la víctima y antecedente necesario para conseguir el éxito del proceso de mediación, logrando finalmente la regulación pacífica del conflicto.

3.3.2. Sujetos que proponen la mediación y momento del procedimiento penal

Hemos analizado en el capítulo II de este trabajo el momento u oportunidad en el que puede darse un acuerdo reparatorio. En cualquier caso, los proyectos de conciliación y reparación que se han puesto en marcha a nivel mundial coinciden en la necesidad de prontitud en la resolución del conflicto, sin perjuicio de las características específicas del caso concreto. En este sentido, se suele señalar como momento límite “... el del inicio del procedimiento principal o vista oral.”²⁶⁵ Con ello, se estaría asegurando que no entran dentro de los procesos de conciliación los supuestos de bagatela (ya que usualmente se habría formalizado el inicio de la investigación), y que no existen presiones para lograr un acuerdo, en el evento que este se produzca durante el juicio oral, en donde además ya se han delimitado los roles –antagónico por esencia- de ofensor y víctima. En cuanto a los sujetos que pueden proponer que el conflicto sea derivado a mediadores especializados, ello no se encuentra regulado en la ley. Sin embargo, los instructivos N°s 34 y 63 de la Fiscalía Nacional del ministerio público señalan que es función de los fiscales solicitar la ayuda –también consistente en mediación- a las Unidades de Atención a las Víctimas y Testigos. Tampoco existiría ninguna objeción desde el punto de vista legal para que el propio juez de garantías promueva los procesos de mediación en el momento del proceso que corresponda. Pérez Sanzberro sostiene que normalmente los sujetos que promuevan los procesos de conciliación autor-víctima son el fiscal o el juez, o bien los “asistentes judiciales”.²⁶⁶ En cualquier caso, en Chile el marco de los delitos susceptibles de ser reparados a través de un acuerdo será materia delimitada con la práctica y la jurisprudencia que en este sentido se vaya produciendo. Una vez que dicho límite quede establecido de alguna manera, pensamos que lo más lógico es que tanto el fiscal como el defensor puedan promover, informar y finalmente derivar a las partes ante un mediador. En última instancia, siempre se contaría con el apoyo del juez de garantía.

3.3.3. Procedimiento de conciliación-mediación propiamente tal

3.3.3.1. Preparación

Una vez adoptada la decisión de concluir un acuerdo reparatorio a través de un proceso de mediación, le corresponde a la persona que vaya a oficiar de mediador que haga los contactos individuales con la víctima y el imputado. El primer contacto sería mejor hacerlo con el imputado, ya que es fundamental para un intento de conciliación “... que aquel muestre una disposición positiva respecto a la adopción de fórmulas reparatorias del

²⁶⁵ PÉREZ SANZBERRO, op. cit., pág. 182.

²⁶⁶ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 180.

daño causado.”²⁶⁷ Este primer contacto se explicaría también desde el punto de vista de la víctima, ya que la actitud positiva del imputado puede estimular una disposición también positiva de ésta, y porque se evitaría la frustración para la víctima que ya ha accedido a someterse a un proceso de mediación, de enfrentarse a la negativa de participar de la persona que la ha dañado o perjudicado. Así, una vez contactado el imputado, comienzan las conversaciones con la víctima. En este sentido, resulta fundamental el tema de la preparación de la víctima para enfrentar al imputado. Para Pérez Sanzberro, la persona afectada por el delito “...vive en muchos casos una experiencia lesiva, humillante o intranquilizadora; en el marco de un intento de conciliación se trata de que esta experiencia no vuelva a repetirse cuando, por ejemplo, la víctima, tras muchas reflexiones, expresa su actitud positiva hacia un diálogo y posible acuerdo con el autor, resultando después que éste no muestra su disposición en este sentido.”²⁶⁸ La disposición final de la víctima hacia el diálogo y la búsqueda de soluciones eficientes e innovadoras a los daños materiales y psicológicos consecuencia del actuar delictivo del imputado resultan fundamentales para lograr un buen acuerdo. Ello porque, en nuestra opinión, ésta presenta la mayor vulnerabilidad, ya que se encontrará normalmente sensible por lo ocurrido y presente sentimientos de temor e inseguridad que finalmente no la hagan desarrollar un diálogo constructivo con el imputado. Esta fase inicial facilita una primera aproximación por parte del mediador a las partes y al conflicto que tendrá que enfrentar. Todos los datos que le proporcionen estos primeros contactos con las partes “... le permitirán establecer unas pautas para que la regulación del conflicto llegue a buen fin, una vez que se toma conciencia de las principales dificultades, y de aquellos aspectos que pueden potenciarse, así como de los posibles modos en que puede llegarse a producir el acuerdo.”²⁶⁹

Desde el punto de vista de los involucrados, autor y víctima, estos primeros contactos les servirían para recibir información sobre los objetivos, características y modos posibles de proceder en el marco del intento de conciliación. La actividad del mediador sería esencial en este sentido, pues de su actuar se desarrollará o no un cierto clima de confianza que proporcione a las partes la seguridad emocional necesaria para alcanzar finalmente el acuerdo.

3.3.3.2. Las sesiones de mediación

Pérez Sanzberro señala que luego de la fase preparatoria, los pasos siguientes deberían concretarse como sigue: en primer lugar, concertar un lugar de encuentro entre las partes y el mediador en lugar, hora y otras condiciones fijadas de mutuo acuerdo entre las partes; luego, imputado y víctima, en sesiones sucesivas, acuerdan una fórmula reparadora, sirviéndose del mediador como canal de comunicación, el cual puede evitar

²⁶⁷ PÉREZ SANZBERRO, op. cit., pág. 184.

²⁶⁸ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 184.

²⁶⁹ KAWAMURA/ SCHRECKLING, en: MARKS/ ROSSNER (eds.), Tater-Opfer-Ausgleich, 1989. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 184.

la confrontación personal, pero no la confrontación con el hecho y sus consecuencias; por último, las partes llegan a un acuerdo sin la intervención de un tercero. El mediador se limita al conocimiento de la regulación adoptada, y a la comprobación de que el autor ha mantenido efectivamente el compromiso.

Escobar por su parte, es más detallista en cuanto al procedimiento de mediación y su metodología. En este sentido, parte señalando que el mediador debe ser una persona que puede o no estar situado físicamente en el mismo tribunal, y que deberá trabajar a lo menos en dupla, "... a fin de permitir la retroalimentación, supervisión y/o inhabilitación de uno de ellos si la situación lo amerita."²⁷⁰ En cuanto al lugar en el que se desarrolla la mediación, esta autora señala que debe ser una oficina especialmente habilitada a ese objetivo, y debe ser amplia y confortable, disponiendo a lo menos de tres sillones distribuidos para facilitar el contacto más cercano y la buena comunicación entre los involucrados. Además, debería tener una pizarra visible para todos los participantes, en donde se puedan ir registrando datos importantes concernientes al conflicto y su forma de solución, con el fin de tener completa claridad de lo demandado por la víctima y lo que puede entregar el imputado.

Las sesiones que propone Escobar son tres, agregándose una sesión individual con una o ambas partes si los intentos por alcanzar un acuerdo están fracasando. En la primera sesión, de duración máxima de una hora y media a dos horas, se presentará el mediador y se reforzarán las características de neutralidad, confidencialidad y voluntariedad de éste, señalándose además que la sesión puede ser suspendida a petición de cualquiera de las partes, debiendo en dicho caso continuarse con el procedimiento penal. Además se debe informar a las partes acerca de la mediación y de la forma que tienen para lograr el acuerdo, potenciándose un clima de confianza y seguridad que facilite la futura comunicación entre víctima e imputado. Posteriormente se establecerán los hechos que abrieron la posibilidad de llegar a un acuerdo reparatorio, sin la intención de incriminarse mutuamente acerca de lo sucedido, sino más bien con el objeto de establecer los intereses de ambas partes en la mediación, para centrar allí el trabajo del mediador. Habiéndose establecido un consenso respecto de los hechos, el daño causado y la necesidad de reparar, se abordarán a continuación las condiciones económicas o materiales del imputado. Sobre dicha base, la víctima podrá realizar sus demandas. Si se percibiera mucha reticencia de alguna de las partes, se abriría la opción de abordar sus intereses en sesiones individuales. Establecido los intereses del imputado y de la víctima, se abre la discusión en torno a las diferentes opciones para alcanzar el acuerdo y cumplir en lo sucesivo con el compromiso adquirido. Habiendo alcanzado un acuerdo, luego de analizar una a una todas las opciones, se fijará una nueva sesión en un plazo no mayor a 15 días a fin de reconsiderar el acuerdo y establecer las fechas y plazos en los que la reparación se hará efectiva.

La segunda sesión, de una hora a una hora y media de duración, tendrá por objeto concretar el acuerdo logrado o establecer uno, precisando eso sí cuál es concretamente la prestación reparadora que el imputado deberá otorgar a la víctima y todas las condiciones que las partes estimen convenientes, como por ejemplo el plazo de hacerla

²⁷⁰ ESCOBAR, op. cit. pág. 63.

efectiva, intereses por mora en el pago, etc.

En la tercera sesión, el objetivo es tener el acuerdo reparatorio documentado, con el fin de que las partes lo revisen, expresen su acuerdo o desacuerdo con él y le introduzcan las modificaciones que estimen necesarias, dejándose expresamente señalados los efectos jurídicos de su incumplimiento. Además, se abrirá la puerta para que el mediador pueda velar por el cumplimiento del acuerdo, si éste es de ejecución sucesiva, y se promoverá el uso de la mediación como forma de solución de futuros conflictos que pudieran surgir entre las partes o en la ejecución misma del acuerdo. Por último, el acuerdo firmado por ambas partes será llevado ante el juez de garantía para su aprobación, de acuerdo a lo señalado en el Código Procesal Penal.²⁷¹

3.3.3.3. El diálogo entre víctima e imputado ante la presencia de un mediador. La visión transformadora del conflicto

El diálogo, la comunicación que se produzca entre las partes, según apuntábamos en el capítulo I de este trabajo, es fundamental para concluir con éxito un procedimiento de mediación, ya que es en una comunicación fluida, empática, integradora y directa entre los involucrados en donde podremos encontrar sus verdaderos intereses y lograr un acuerdo de forma pacífica, eficiente y satisfactoria. Wolf detalla algunos aspectos de este proceso de comunicación entre las partes: “A través de la confrontación de infractor y afectado puede producirse un tratamiento del hecho (*Tataufarbeitung*), que coloca a ambas partes en el nivel de la percepción y la vivencia directa. El acontecimiento que supone el delito, sus antecedentes y consecuencias, así como la implicación de la propia persona y la del otro en este acontecimiento se convierten así en el objeto de un diálogo entre las partes que resultan afectadas de forma directa e inmediata. (...) El tratamiento del hecho puede favorecer la transformación del hecho. Transformación en el sentido de que permite asumir el hecho delictivo de modo más consciente. El tratamiento del hecho puede proporcionar desahogo a ambas partes, y pacificación referida a la relación consigo mismo, con el otro y con la paz jurídica en la sociedad.”²⁷²

Desde la perspectiva del autor, se ha destacado como efecto positivo del diálogo directo con la víctima el que se vea enfrentado inmediatamente con las consecuencias de su actuar lesivo ante una persona concreta y no a un sujeto anónimo al que contempla como testigo dentro del juicio. Además, tiene la oportunidad de emprender acciones directas encaminadas a la reparación del daño, que él mismo puede definir dada su perspectiva acerca de cómo sucedieron los hechos y su significación. En cuanto a la sociedad en general, los sujetos perciben este proceso como uno que conlleva la asunción voluntaria de responsabilidad y una forma no violenta de tratar el conflicto que sucede al delito. Desde la perspectiva de la víctima, el encuentro con el autor significa la posibilidad de expresarse sobre aspectos relativos a su vivencia del hecho delictivo y a sus repercusiones emocionales, que exceden de lo que tiene una significación jurídico-penal, y que a su vez puede manifestarse sin los condicionamientos e

²⁷¹ ESCOBAR, op. cit. págs. 64 y 65.

²⁷² WOLF, en: BMJ (ed.), Tater-Opfer-Ausgleich, 1991. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 187.

instrumentalización de que sería objeto en un proceso penal. Por otra parte, la confrontación con el imputado puede contribuir a la superación de miedos, prejuicios o estereotipos que de éste se tengan.²⁷³

En general, podemos señalar que los objetivos del diálogo son los mismos expuestos implícitamente por Escobar, y que se traducen principalmente en cuatro aspectos: 1) acceso al diálogo, fase encaminada a superar la tensión emocional y estimular la disposición al diálogo; 2) tratamiento del hecho, consistente en un diálogo abierto acerca de lo ocurrido; 3) negociación sobre las posibles formas de reparar el daño, y; 4) conclusión del diálogo, reflexión acerca de lo que se obtuvo.²⁷⁴ El núcleo de un diálogo constructivo lo constituiría un mínimo consenso entre los involucrados acerca del conflicto, con lo cual se podrán tratar después las prestaciones reparatoras.²⁷⁵ Así, el diálogo girará en torno al hecho, sus consecuencias, el conflicto que generó el delito y la reparación posterior.

Esta idea de la comunicación o diálogo entre infractor y víctima, puede ser abordado de diferentes puntos de vista, tomando en consideración los modelos que se han propuesto desde las teorías que abordan la mediación como forma de solucionar los conflictos. Uno de esos modelos es aquel basado en la resolución de los problemas, que plantea que el éxito de la mediación está supeditado a que se alcance un acuerdo que resuelva el problema y satisfaga a las partes. Sin embargo, nosotros creemos que aquello es insuficiente, y que una mejor forma de enfrentar un conflicto penal, es a través de lo que se ha denominado la visión transformadora del conflicto, tratada por los autores Robert Baruch y Joseph Folberg, y que parten de la premisa de que las disputas no son problemas, sino que pueden llegar a ser oportunidades de crecimiento y transformación cultural. Ellos plantean que un conflicto es “una ocasión de crecimiento en dos dimensiones críticas e interrelacionadas de la moral humana. La primera dimensión implica el fortalecimiento del yo... . La segunda dimensión implica superar los límites del yo para relacionarse con otros”.²⁷⁶

De acuerdo a su teoría, desde la dimensión del yo, el ser humano tiene la ocasión de revalorizarse como individuo, de darse cuenta que posee las capacidades y las herramientas para solucionar sus problemas y alcanzar acuerdos que satisfagan sus necesidades. Luego, desde la dimensión del otro, superando los límites del yo, el individuo puede ser capaz de reconocer en el otro a alguien que también es capaz de dialogar y comprender. En esta dimensión se pretende que las personas reconozcan al otro como un individuo, un ser humano que también tiene necesidades, intereses, problemas, y no como a un enemigo.

Lo gravitante de esta manera de ver el conflicto, es que permite a las personas que

²⁷³ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. págs. 188 y 189.

²⁷⁴ KAWAMURA/ SCHRECKLING, citados por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 189.

²⁷⁵ KUHN en: KUHN y otros, Tat-Sachen, 1989. Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 190.

²⁷⁶ Baruch, Robert A.; Folberg, Joseph P. “Promesa de Mediación”. Editoria Granica. Bs. Aires. 1994. Págs. 129-130.

tomen conciencia de que son seres humanos capaces de sentarse a conversar sus discrepancias, sin agredirse ni cayendo en las descalificaciones. Además, hace que las partes se puedan poner en el lugar del otro, lo que permite entender sus inquietudes y sus dificultades.

La visión transformadora, según estos autores, apunta a la satisfacción de dos objetivos: la revalorización y el reconocimiento.

Se logra la revalorización cuando “las partes en disputa realizan la experiencia de una conciencia más sólida de su propia valía personal y de su propia capacidad para resolver las dificultades que afrontan... . Se alcanza el reconocimiento cuando dado cierto grado de valorización, las partes en disputa son capaces de reconocer y mostrarse mutuamente sensibles a las situaciones y las cualidades humanas comunes del otro”.²⁷⁷

La revalorización tiene que ver con un análisis de las metas, las alternativas y las decisiones propias. Revalorizo las metas cuando soy capaz de determinar cuáles son mis verdaderos intereses y fines dentro de la mediación. Lo mismo sucede con las alternativas, al tomar conciencia de las herramientas de que dispongo para lograr un acuerdo, y cuando sé lo que puedo y no puedo hacer para lograrlo. Finalmente, me revalorizo desde el punto de vista de las decisiones, cuando logro determinar qué decisiones tendrán un efecto importante, sean positivas o negativas, en mi vida. Así puedo tener mayor conciencia de que en mis manos está la posibilidad de alcanzar la solución correcta.

Respecto del reconocimiento, las partes pueden llegar a este cuando voluntariamente deciden mostrarse más empáticas y sensibles ante la situación del otro. Esto implica que ellas deben evitar sus actitudes amenazantes y de descalificación, tan típicas en algunas mediaciones (Ej: mediaciones familiares y penales), y por el contrario, adoptarán la actitud de comprender al otro, tomando en consideración sus preocupaciones y necesidades.

De acuerdo a estos conceptos dados por los autores, se hace necesario entonces, redefinir lo que se entiende por éxito en una mediación. Ahora no solamente será exitosa una mediación que alcance un acuerdo entre las partes, sino que deberá cumplir con tres requisitos: que las partes hayan logrado comprender que durante el procedimiento de mediación han tenido oportunidades para revalorizarse y reconocer al otro; si se les ayudó a aclarar sus metas, alternativas y recursos, que posteriormente les permitirá tomar decisiones informadas y reflexivas; y si se les ayudó a otorgar reconocimiento a su decisión ya manifestada.²⁷⁸ En definitiva, lo que se busca es el mejoramiento de las propias partes, comparadas con lo que eran antes, y la solución será más justa y equitativa en la medida que las personas cambian para mejorar, lo que se traduce en la experiencia de las partes a través de las dos dimensiones ya analizadas.

Creemos que este modelo es el adecuado en el contexto de la mediación penal, ya que lo que se pretende es que tanto la víctima como el imputado, sean capaces de vivir

²⁷⁷ Idem. Pág. 134.

²⁷⁸ Idem. Págs. 148-149.

estos procesos de revalorización y reconocimiento, se den cuenta de que son seres humanos capaces de resolver sus problemas de manera racional y justa, reconociendo a la otra parte como una persona con sus propios problemas y dificultades. La idea, creemos, es que la víctima asuma sea capaz de asumir el control de su problema y que intente salir de la supuesta situación desmedrada en que se encuentra, producto de los posibles daño que haya sufrido. Por su lado, el imputado debe reconocerse como alguien capaz de afrontar el problema que ha generado, asumiendo su responsabilidad ante la víctima. Desde el punto de vista del reconocimiento, este se da cuando la víctima es capaz de ver más allá y darse cuenta de que frente a ella se encuentra otro ser humano, que tiene sus problemas y dificultades, intentando comprender las causas o motivos que lo llevaron a actuar de esa forma. Por el contrario, el ofensor logra el reconocimiento, cuando asume que su actuar ilícito ha causado en la víctima un daño, que puede ser físico, psicológico u emocional, y que las consecuencias lesivas de su actuar deben ser recompuestas de alguna manera. Creemos que sólo a través de este proceso, el acuerdo que alcancen las partes será enteramente satisfactorio.

3.3.3.4. Las prestaciones reparatoras

La prestación reparatora es finalmente el objetivo de la reparación y del procedimiento de conciliación o mediación autor-víctima. Usualmente la prestación consistirá en el resarcimiento de daños materiales –que no se identifican con la indemnización de naturaleza civil, se trataría de una reparación de naturaleza penal, como señaláramos en el capítulo I de este trabajo-, pero también pueden considerarse prestaciones reparatoras simbólicas a favor de la víctima, por ejemplo las disculpas públicas, realización de actividades en común entre víctima e imputado, realización de trabajos a favor de la víctima o la entrega de regalos. Además, al propio diálogo que se produce entre víctima e imputado se le da usualmente el carácter de prestación reparatora, ya que se pueden haber eliminado miedos, traumas, humillaciones o disminuido la carga emocional residual del delito, lo cual ya es un avance para la víctima, y puede constituir lo más importante para ella. En este sentido, es positivo considerar y mantener abiertas las posibilidades y opciones para reparar, y para ello es fundamental enfrentar a los involucrados y determinar exactamente en qué consisten sus intereses, qué quieren lograr. Ello, además, permitiría abordar el conflicto de manera más amplia, generándose una solución más pacífica que permita una mejor convivencia futura.

Sin embargo, se generan algunos problemas. Si por ejemplo la víctima decide que la prestación reparatora sea derivada a un tercero (por ejemplo una institución de beneficencia), entonces dicha prestación en nada se diferenciaría de una multa, y en consecuencia tendría toda la carga punitiva que justamente se trata de evitar a través de la reparación, con el objeto de considerarla un modo de reaccionar frente al delito diferente de las penas y medidas de seguridad. Por otra parte, igual se conseguiría el objetivo de ser una alternativa al juicio criminal. En este sentido, en Chile parece que lo importante es esto último, la discusión acerca de la inclusión de la reparación en el sistema penal no se ha dado a nivel del derecho penal sustantivo, sólo procedimental. De esta forma los acuerdos reparatorios, como salida alternativa del procedimiento, no tienen una justificación teórica de la reparación desde el punto de vista de los fines y principios del derecho penal y de la pena en particular, sino tan sólo se contemplan como

mecanismos alternativos al procedimiento. Así, nada impediría que la prestación reparadora fuera finalmente destinada a un tercero que no haya sufrido los daños ocasionados por el delito, ya que de todas maneras se habrá cumplido con el objetivo procedimental, es decir, se evitó la llegada del conflicto al juicio oral.

3.3.4. Función e importancia del mediador

Para Pérez Sanzberro, la intervención del mediador "... no sólo se justifica por la necesidad de facilitar el acuerdo entre las partes enfrentadas, sino también por conseguirlo de un modo que garantice el equilibrio entre ambas al manifestar sus opiniones, puntos de vista, y a la hora de decidir cómo deben regularse las consecuencias del hecho delictivo."²⁷⁹ Como analizábamos al tratar el tema de la negociación penal entre los abogados de las partes, muchas de las objeciones que se plantearon serían fácilmente superadas a través de la figura de un mediador que, sin abogados, ayude a las partes a conseguir un arreglo, y ello particularmente se demuestra por su imparcialidad y la garantía de equilibrio que representa para los involucrados, equilibrio que de otra manera podría verse vulnerado por el protagonismo que tanto la ley como el ministerio público le han otorgado a la víctima, como también apuntábamos.

El mediador debe dejar en claro a las partes cuáles son sus facultades y funciones, de modo de no generar falsas expectativas en cuanto al procedimiento, y su función podría centrarse en tres ámbitos diferentes: 1) Contactos individualizados con el autor y la víctima; 2) intervención en el encuentro y diálogo entre las partes, y; 3) control y supervisión de la materialización del compromiso reparador asumido por el autor, y asistencia y apoyo (respecto a ambas partes, como interlocutor en el caso de que planteen dificultades) para su efectiva consecución.²⁸⁰ No olvidemos que son la víctima y el imputado quienes definen su conflicto y alcanzan el acuerdo. Mientras sean más o menos capaces de hacerlo, la intervención del mediador será mayor o menor, y ésta puede consistir en la facilitación de informaciones, planteamiento de puntos a tratar, traducción de los dichos de las partes con el objeto de evitar malentendidos, formulación de propuestas concretas, etc. "El mediador, por lo tanto, ayuda a los sujetos en la medida en que éstos no puedan hacerlo por sí mismos. Pese a no ser parte en el conflicto, actúa como partícipe cualificado en el proceso comunicativo característico de la conciliación."²⁸¹ En este sentido, su "neutralidad", característica esencial de todo proceso de mediación, no es igual a inactividad, e incluso puede que temporalmente tome partido por la parte más "débil" con el objeto de equilibrar posiciones y contribuir al diálogo.

3.3.4.1. La capacitación del mediador

Resulta importante referirse brevemente a la capacitación que debe tener el mediador, principalmente porque dicha capacitación en Chile es prácticamente inexistente

²⁷⁹ Op. cit., pág. 198.

²⁸⁰ KAWAMURA/ SCHRECKLING, op. cit., Citado por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 198.

²⁸¹ PÉREZ SANZBERRO, op. cit. pág. 199.

–excepciones las encontramos en el Centro CREA, cuya experiencia ya analizamos, y en el Postítulo de Mediación implementado por la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, en donde se realizan experiencias concretas de mediación en distintos ámbitos-. De esta manera, a pesar de establecerse la mediación como mecanismo o procedimiento para alcanzar un acuerdo reparatorio, no se cuenta con personal especializado para dicha tarea, lo cual podría derivar en malos acuerdos y en mala “publicidad” de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, llevando a que muchos prefieran que su abogado negocie por ellos con la contraparte o, peor aun, se continúe con la tramitación normal del procedimiento penal.

Kawamura y Schrekling han caracterizado la conciliación autor-víctima como una “intervención social profesional”, ya que en el ámbito de su actuación concurren tres presupuestos: 1) el problema no puede ser resuelto solamente por los propios afectados, ni por personas profanas; 2) para su superación se requieren conocimientos especializados y personal capacitado, y; 3) se trata de un problema reconocido por la comunidad como importante, cuyo tratamiento requiere que se arbitren medios institucionales con la correspondiente creación de puestos de trabajo cualificados.²⁸² En este sentido, se requerirían conocimientos psicológicos, pedagógico-sociales y jurídicos, estos últimos para comprender los límites de la mediación dentro del proceso penal y poder tener un contacto más cercano y fluido con los funcionarios del poder judicial, en particular aquellos que derivan las causas a los mediadores. En Chile claramente no están ni los recursos ni los conocimientos adecuados para implementar centros de mediación en el marco de la RPP. Sin embargo, existen profesionales que, a pesar de contar con algunas críticas, podrían en lo sucesivo ir desempeñando tal función. Nos referimos específicamente a los funcionarios de las Unidades de Atención a las Víctimas y Testigos y a los profesionales más capacitados que conforman los centros de mediación, donde existieran. Además, trabajadores sociales, psicólogos y abogados involucrados no en el conflicto pero sí en el tribunal, podrían ir desempeñando el rol de mediadores, mientras no se creen centros independientes, neutrales y especializados.

4. RECAPITULACIÓN

Los acuerdos reparatorios son una salida alternativa al procedimiento penal que se encuadran plenamente con el concepto de reparación. En este sentido, se abre con la RPP una vía a considerar la reparación como tercera vía del derecho penal, junto con las penas y las medidas de seguridad. Sin embargo, dicha discusión no se ha dado a nivel del derecho penal sustantivo, sino solamente a nivel del procedimiento, considerando la reparación del daño a la víctima no ya –como en el procedimiento antiguo- una atenuante de la responsabilidad criminal, sino que como una salida alternativa al procedimiento. Ahora, por primera vez se abre en Chile la posibilidad de resolver el conflicto de una manera diferente, más pacífica y positiva para los involucrados. Sin embargo, la

²⁸² Citados por PÉREZ SANZBERRO, op. cit. págs. 200 y 201.

aceptación de esa realidad, es decir, que hay más opciones de abordar el conflicto penal que a través de las penas y medidas de seguridad conlleva necesariamente otra pregunta, qué procedimiento utilizaremos para lograr el objetivo reparador.

En este sentido, creemos que es la mediación el procedimiento indicado para alcanzar un acuerdo entre la víctima y el imputado. La regulación legal de este tema no lo impide y hemos intentado argumentar de que sería una opción real y efectiva de tratar el conflicto penal, particularmente por los beneficios que de ellos se generan para la víctima, el imputado, la sociedad y el procedimiento penal. Varias críticas podrían hacerse a la regulación legal del procedimiento para alcanzar un acuerdo reparatorio establecidas en el Código Procesal Penal, pero dicha regulación no cierra las puertas a la mediación, y el Fiscal Nacional explicita esta posibilidad en sus instructivos sobre el tema. En cuanto a la mediación propiamente tal, hay mucho que hacer todavía, especialmente en el tema de difusión del procedimiento y capacitación de mediadores, pero existen luces en cuanto al procedimiento y metodologías que pueden llevarse a cabo, las cuales a nuestro entender serían fácilmente aplicables en Chile.

Creemos que tanto desde el punto de vista legal, procedimental y teórico, la mediación o en general los procedimientos de conciliación autor-víctima constituyen el mecanismo ideal para alcanzar la efectiva reparación a la víctima, y que su utilización en los acuerdos reparatorios puede derivar en que más casos sean solucionados mediante acuerdos directos entre los involucrados, descongestionando el sistema por un lado, y obteniendo la satisfacción de los intereses de los involucrados por otro. De esta forma se lograría propagar la visión de que los conflictos, incluso los penales, pueden ser solucionados por las mismas partes de manera pacífica y constructiva, dejando en segundo plano el recurso de la privación de libertad, con lo cual ya no deberíamos vislumbrar a un perdedor, sino que solo ganadores (víctima, imputado y sociedad en general).

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

1. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos realizado un análisis de los acuerdos reparatorios –institución incorporada por la reforma procesal penal- a la luz de dos conceptos que han ido ganando adeptos en nuestro país: la mediación y la reparación.

Creemos que las razones que nos llevan al convencimiento de que los acuerdos reparatorios son una herramienta eficaz para solución de los conflictos penales tipificados en la ley –delitos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial; lesiones menos graves; delitos culposos-, pasan necesariamente por la convicción que deben tener los operadores del sistema de que esta salida alternativa tiene grandes posibilidades de éxito –el cual se ve representado por la satisfacción de los intereses tanto de víctima como de victimario- si se utiliza la mediación como mecanismo procedimental para la concreción de dichos acuerdos, tomando en especial consideración, y como uno de los objetivos fundamentales, la reparación de la persona que ha sufrido el daño como consecuencia del delito y la posibilidad para el imputado de evitar una pena corporal que afecte su libertad, resarcando los perjuicios a través de otras vías, impidiendo así las consecuencias negativas que su estadía en prisión le causan a él y a sus cercanos.

Es así como nuestro trabajo nos ha llevado a las siguientes conclusiones:

Respecto de la Mediación .

1. La mediación se erige como un mecanismo adecuado para la resolución de los conflictos, debido a que las partes tienen el control de su problema y, consecuentemente, el poder para alcanzar acuerdos que satisfagan de manera eficiente sus intereses más importantes. A diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial tradicional, donde las partes se ven enfrentadas en una actitud competitiva a través de las pretensiones y contra pretensiones, la mediación permite la posibilidad de que las personas en conflicto se sienten a conversar sus problemas y a indagar de manera pacífica –y en actitud colaborativa- diversas posibilidades de solución a la controversia planteada. En este sentido, creemos que la comunicación que se produce entre las partes a través de un tercero neutral, quien facilita el diálogo entre ellas, promueve la búsqueda de soluciones más eficientes y equitativas, a diferencia de lo que ocurre con otros procedimientos que también incentivan la autonomía de las partes, como es el caso de la negociación. El problema que vemos en esta otra alternativa, es que existe un desequilibrio de poder entre los involucrados, lo cual lleva a que no se alcance un acuerdo que satisfaga de manera eficiente los intereses fundamentales de éstos. En cambio, a través de la mediación, el mediador puede controlar dichos desequilibrios y focalizarse en la resolución del problema.

2. Si las partes, a través de la mediación, llegan a un acuerdo, la legitimidad de éste será mucho mayor que si la solución se hubiese alcanzado a través de los tribunales de justicia. Decimos esto porque las partes que logran una solución a su disputa a través de este mecanismo, tienen la confianza de que ellas y no otros fueron los que alcanzaron la solución. No es lo mismo que un juez determine a través de una sentencia cuál es el mejor derecho disputado en juicio, a que las partes sean las que establecen las condiciones. Es mucho más satisfactorio, desde un punto de vista relacional y de contenido, que ellas decidan la mejor manera de encauzar su conflicto, ya que tienen la posibilidad de explorar la mayor cantidad de soluciones posibles para la satisfacción de sus intereses fundamentales. Al alcanzar un acuerdo, lo hacen porque están convencidas de que es lo más conveniente para ambas. En consecuencia, alcanzan la satisfacción de haber solucionado su problema ellas mismas y tendrán una disposición mayor –y además positiva- a cumplir las condiciones del mismo, a diferencia de si lo que deben cumplir es la sentencia dictada por un juez.

Lo anteriormente expuesto es lo que se conoce en el ámbito de los RAD como el Principio de Autonomía, el cual propone que en la solución del conflicto, son sus protagonistas los que lo resuelven, sin la intervención de terceros que propongan o impongan otras soluciones.²⁸³

Respecto de la Reparación

3. La reacción penal tradicional que los estados modernos han adoptado frente al

²⁸³ Si tuviésemos que ordenar los métodos de resolución de conflictos desde el punto de vista de su autonomía, tendríamos que decir que la negociación se erige como la herramienta más autónoma; en segundo lugar se encontraría la mediación. En un último lugar, como la forma más heterónoma de resolver las disputas, se encuentra el proceso judicial.

fenómeno delictivo lo constituye la imposición de una pena, que en la mayoría de los casos es privativa o restrictiva de derechos, particularmente de la libertad. Mucho se ha hablado en estos últimos años acerca de la “crisis del derecho penal”, y que tiene justamente que ver con el modo de reacción que éste utiliza frente al delito. Consecuencia de ello es que, a nuestro juicio, el debate acerca de la inclusión de la reparación dentro del sistema penal se haya generado y constituya hoy en día uno de los puntos más debatidos entre los autores penalistas a nivel mundial.

Los diversos autores analizados formularon sus teorías acerca de la reparación en el sistema penal, intentando argumentar su inclusión en él, ya que las ventajas de su aplicación, tanto para la víctima como para el imputado y la sociedad toda eran innegables.

Así, vemos cómo la doctrina penal moderna ha ido justificando paulatinamente la inclusión de la reparación dentro del sistema penal, ello porque todos concuerdan –incluyendo los críticos, Hirsch y Zipf-, en los diversos beneficios que su aplicación traería a un derecho penal anticuado, monopolizado en un estado que desconoce los intereses de la víctima y se olvida de la resocialización del autor del delito. Sin embargo, existen muchas zonas grises respecto de las cuales la discusión continúa. Dentro de dicho debate, revisten particular importancia dos temas: uno dice relación con el límite o hasta qué tipo de delitos el estado va a estar dispuesto a entregar la solución del conflicto a las manos de sus protagonistas. ¿Qué bienes jurídicos no pueden escapar del control estatal? Un segundo tema es el relacionado con las prestaciones reparatorias propiamente tales. ¿Se deben poner límites a dichas prestaciones? La pregunta surge por situaciones límites en que la víctima solicite ciertos “servicios” de parte del imputado que rayen en la ilegalidad e incluso en la tipicidad. Sin embargo, ello no es obstáculo para comenzar a utilizar la reparación como forma de reaccionar frente a los delitos, y que como hemos dicho en reiteradas ocasiones, constituye una forma pacífica, integradora, positiva, económica, eficiente para los directamente involucrados y que presenta múltiples beneficios en su aplicación a la solución de conflictos penales.

4. Desde el punto de vista de la política criminal, también encontramos argumentos que nos permiten incluir la reparación en el sistema penal como forma de reacción frente a los delitos. Principalmente, señalamos que si la política criminal de un estado de derecho debe incluir la protección a la víctima del delito, la resocialización del delincuente y el establecimiento de un sistema racional y eficiente de persecución penal, entonces la reparación debería ser el objetivo político-criminal más relevante del estado. Pues bien, independiente de que consideremos a la reparación como una sustitución o atenuación de la pena (respuesta independiente frente a determinados delitos o complemento de la pena principal), ciertamente su aplicación, al acercar el conflicto a las personas concretas, tiene matices más pacíficos que la brutalidad que representa el actual proceso penal y la imposición de una pena privativa de libertad. En este sentido, la reparación representa una forma de solución no sólo más pacífica sino que respetuosa de la dignidad y situación del imputado y la víctima, respecto de los cuales considera que lo primordial es la satisfacción de sus intereses. Por otra parte, al establecerse la reparación como alternativa frente a delitos de poca o mediana gravedad, específicamente en Chile, se aplica cuando el bien jurídico protegido es la propiedad, se cumple el principio de

subsidiariedad al dejar sólo los atentados más graves contra los bienes jurídicos más importantes, la persecución penal y la imposición de una pena. Ello agiliza el sistema y representa una forma de reacción frente al delito coherente con el bien jurídico protegido y racional en la medida que se hace para solucionarlo.

5. La reparación del daño, en definitiva, representa una respuesta penal distinta y que trae consigo innumerables beneficios. En un Estado democrático como el que vivimos, ésta se erige como una respuesta más pacífica y respetuosa de la dignidad de las personas, por lo que su inclusión y aplicación en el sistema penal concuerda con todos los principios democráticos, político-criminales y puramente penales, con lo cual se construye una sociedad en que los conflictos son tratados de manera racional, efectiva y pacífica. Menos represión y más solución real de conflictos, tomando en cuenta los intereses de los involucrados en éste, constituye en nuestra opinión la línea a que debiera tender un derecho penal moderno que se preocupa de sus actores principales.

Respecto a los acuerdos reparatorios.

6. El sistema procesal antiguo –aunque aún vigente en la Región Metropolitana– presenta muchas deficiencias imposibles de soslayar. Se trata de un sistema de carácter inquisitivo, que le entrega a una sola persona (el juez) la facultad de investigar, acusar y fallar. Esto genera que el juez, al momento de cerrar el sumario, se haya formado prematuramente la convicción de que al imputado le ha cabido una participación culpable y penada por la ley. Además, establece un juicio predominantemente escrito, donde el secreto juega un rol fundamental. No se tiene acceso al expediente ni se conoce el curso de la investigación, con lo que la máxima de dar al acusado una defensa eficiente se torna imposible. Además, el intrincado y burocrático sistema de presentación de documentos, audiencias, comparendos, etc., sumado al complejo lenguaje legal, hace que la ciudadanía perciba al sistema judicial como algo lejano, incomprensible e inaccesible. Finalmente, no se puede olvidar que los costos en tiempo y dinero son bastante altos, convirtiéndose el sistema de acceso de justicia en un instrumento sólo para las personas con más recursos.

Ante la situación planteada, se hacía absolutamente necesaria una reforma al sistema. Es así como se realizó un cambio y se creó un nuevo Sistema Procesal Penal, cuyas características principales son que se trata de un juicio oral y público, que separa las facultades de investigar y acusar con la de fallar.

7. Sin embargo, el legislador realizó cambios más profundos. Es así como surgen las llamadas “Salidas Alternativas”. Ellas representan un avance significativo en la búsqueda de otros mecanismos que permitan la solución de los conflictos de carácter penal. Se ve un interés en avanzar hacia un sistema procesal penal que presente varias herramientas cuya finalidad sea la resolución de las disputas. Se da un gran salto, creemos, al quitarle el carácter absoluto al Principio de Legalidad Procesal, el cual había regido hace más de un siglo, estableciendo ciertas excepciones legales que permiten la solución de los conflictos penales a través de otros mecanismos.

Estimamos que la gran novedad viene dada por la incorporación de los “acuerdos reparatorios”. Ellas representan una respuesta ante la práctica habitual e informal que significaban los acuerdos extra-procesales que los abogados de las partes alcanzaban

fuera del tribunal, con el consiguiente peligro de que dichos acuerdos fueran fruto de la imposición del más fuerte –el que tiene mayor poder, ya sea económico, político o social– sobre el más débil.

8. Los acuerdos reparatorios son un avance sin igual en nuestro sistema procesal. Se da a las partes en conflicto –víctima e imputado– la oportunidad única de tener el control en la solución de su disputa, cuando se trate de ciertos delitos tipificados en la ley y exista acuerdo entre ambas para acudir a este mecanismo. El hecho de que éstas tengan la posibilidad de sentarse a explorar posibilidades de acuerdo, que satisfagan sus intereses–de la víctima de que se le reparen los daños causados y del imputado de no ir a la cárcel, principalmente– es un avance digno de aplaudir en la idea de devolver a los individuos el control en la toma de las decisiones que los afectarán en el futuro, ya que se manifiesta con claridad el principio de autonomía de las partes para la resolución de sus conflictos. En este sentido, las semejanzas con los procesos de mediación son evidentes.

9. Sin perjuicio de las ventajas mencionadas, nos asaltan varios temores que dicen relación con la aplicación de estos acuerdos.

Al terminar el capítulo II de nuestra memoria, señalamos varios problemas que, estimamos, se producen con la incorporación de los acuerdos reparatorios. Hay dos que nos preocupan especialmente. En primer lugar, tememos que los acuerdos reparatorios se transformen en una forma de resarcir el daño sólo a través de prestaciones de carácter económico. La ley habla de “reparar”, pero no da mayores especificaciones al respecto. Es dable suponer que los individuos se conformarán la mayoría de las veces con una indemnización de carácter económico para que se les repare el mal causado. Estimamos que se hace necesario que los operadores del sistema informen a las personas de que esa no es la única manera en que pueden verse reparados, y que existen tantas formas como la imaginación permita para que sus intereses se vean satisfechos. Es por eso que se hace imprescindible que los agentes del sistema tomen la iniciativa en este sentido. Es perfectamente posible que el legislador realice una aclaración o que los jueces, en el momento que deban interpretar la norma, lo hagan de manera amplia y señalen que reparar alude a cualquier manera de compensar los perjuicios que se le han causado, no sólo a través de una prestación pecuniaria, sino que a través de cualquier servicio en su favor o en favor de la comunidad, incluso a través de una disculpa. Nos parece que, los organismos judiciales y estatales vinculados al proceso de reforma, se encuentran en una posición inmejorable para desarrollar una política de educación legal y ciudadana, cuyo contenido sea el concepto y los alcances de la reparación, de manera tal que la sociedad tenga conocimiento del nuevo sistema penal, y de los derechos que poseen.

El otro tópico que nos merece reparos, dice relación con la incorporación que el Senado hizo a la norma, en el sentido de que el Juez de Garantía puede rechazar un acuerdo reparatorio cuando exista un interés público prevalente. No se señala qué se entiende por este interés público ni tampoco los elementos que deben tomarse en consideración a la hora de determinarlo.

Creemos que este punto es poco claro y obedece a un interés claro del legislador de que el Estado no ceda el poder que tiene en la solución de los conflictos penales. No encontramos otra justificación a esto, ya que los requisitos de procedencia de los

acuerdos ya estaba lo suficientemente delimitados y no era necesario agregar este punto.

Es peligroso dejar en manos del Juez la posibilidad de rechazar un acuerdo acudiendo a esta causal. Estimamos que lo correcto sería que el Juez de Garantía sólo tuviese la facultad de verificar que los acuerdos reparatorios cumplen los requisitos de procedencia. El mérito del acuerdo, su contenido, es un asunto que compete a las partes y que supuestamente ya zanjaron en una etapa anterior. Además, va en contra del espíritu de los acuerdos el que el Juez los rechace acudiendo a la causal, ya que se podría en muchos casos ir en contra de la voluntad de la víctima y del imputado. Como ya hemos señalado, uno de los objetivos de la reforma y de la introducción de las salidas alternativas -y de los acuerdos reparatorios- es que la víctima vea reparado el daño que el delito le ha causado –nosotros queremos agregar el objetivo de que el imputado y su familia no sufran las estigmatizantes consecuencias que conlleva una pena privativa de libertad-. Si el acuerdo satisface los intereses de ambas, y lo tomaron luego de que tenían pleno conocimiento de sus derechos y en forma voluntaria, el interés público no puede, en ningún caso, prevalecer por sobre el interés de las partes.

Respecto a las relaciones existentes entre los acuerdos reparatorios y los conceptos de reparación y mediación

10. Respecto a las relaciones existentes entre la reparación y los acuerdos reparatorios, es manifiesto que la primera es la base fundamental de los segundos. En efecto, e independiente de la discusión acerca del contenido, límites y justificación teórica de la reparación y su inclusión al sistema penal, la idea de reparación consiste básicamente en ofrecer a la víctima una alternativa distinta a la aplicación de una pena al autor del delito, y que se traduce en las prestaciones que éste hará a su favor, extinguiéndose con ello su responsabilidad penal. Los acuerdos reparatorios, del solo texto del artículo 241 del Código Procesal Penal, cumplen la misma función: en determinados delitos, y cumpliéndose determinados requisitos –esencialmente que el acuerdo sea realizado de manera libre y voluntaria-, víctima e imputado pueden convenir una reparación que el segundo otorgue a la primera, terminándose de esta manera el procedimiento y extinguiéndose la responsabilidad penal del imputado. Quizás el punto más relevante de conexión entre ambos conceptos, lo constituye el hecho de que los acuerdos reparatorios y la reparación configuran una alternativa distinta, pacífica y que pone en el centro del conflicto no ya al estado y su deber de perseguir y sancionar determinadas conductas consideradas ilícitas, antijurídicas y culpables, sino que a los verdaderos protagonistas del problema: El autor y la víctima, colocándolos en un plano de igualdad y otorgándoles la posibilidad de sentarse a conversar, a dialogar sobre sus diferencias y la mejor manera de solucionarlas, satisfaciendo los intereses comunes.

11. El concepto de reparación, de esta manera, se instaura por primera vez en Chile, conformando una nueva visión de percibir el conflicto penal y dando una alternativa real y más eficiente para su solución. Sin embargo, en dicho cometido se coloca en un nivel preponderante a la víctima, olvidando completamente al imputado. Uno de los fundamentos centrales de los acuerdos reparatorios, tal como lo expresan el Presidente de la República en el mensaje del Nuevo Código Procesal Penal y diversos autores analizados, consiste justamente en reposicionar a la víctima como eje central del conflicto, poniendo sus intereses por sobre los intereses abstractos del estado. Nada se

dice del imputado, de las ventajas que la reparación tendría para el procedimiento ni para la sociedad toda, lo cual consideramos una falencia de la regulación legal, pues bajo la idea de reparación pueden encontrarse muchos más beneficios que ese, sin dejar de apuntar que es uno de los beneficios más importantes, sin duda alguna. El problema es que atendiendo tanto los intereses de la víctima, el procedimiento para llegar a un acuerdo reparatorio puede frustrarse, porque el imputado y sus intereses no son tomados en cuenta, y eso es importante porque en la medida que éste sea considerado un participante igualmente digno y con intereses diversos a los de la víctima, se puede alcanzar una mejor fórmula de arreglo para ambos, satisfaciendo por un lado los intereses de la víctima y por otro los del imputado y del estado, en su cometido de resocializarlo. Así, cabe señalar que a pesar que se aplaude la iniciativa de introducir el concepto de reparación como forma de reacción frente a ciertos delitos, creemos que falta mucha discusión para afinar su aplicación en Chile. Por una parte porque la regulación parece no tomar en cuenta la postura del imputado, y por otra porque no se ha hecho una reflexión más profunda en cuanto a los beneficios múltiples que esta medida traería al procedimiento y derecho penal en su conjunto. En este sentido, la introducción de la reparación en Chile se dio a nivel del procedimiento penal, pero nada se ha dicho acerca de cambiar el Código Penal, y a nivel sustantivo introducir la reparación como una tercera vía de reacción. Ello podría ser sumamente importante para poder aplicar un procedimiento más eficiente y garantista para los involucrados.

12. La regulación legal de los acuerdos reparatorios en el Código Procesal Penal señala que éstos se alcanzan por medio del acuerdo directo entre la víctima y el imputado. ¿Qué procedimiento se puede utilizar para llegar a dicho acuerdo? La ley no resulta muy específica en este sentido, por lo que en principio creemos que con las experiencias prácticas que se vayan teniendo se irá delimitando un procedimiento adecuado. La norma que regula esta salida alternativa, sin embargo, no cierra las puertas a que sea un procedimiento de mediación el que se utilice para llegar a un arreglo, lo importante es que dicho acuerdo nazca de la comunicación que se produzca entre víctima e imputado. Además de la interpretación legal que del artículo 241 del Código Procesal Penal pudiera hacerse, se dieron otras razones, legales y doctrinarias, que justifican la incorporación de la mediación como alternativa de solución en los acuerdos reparatorios. En este sentido, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, en los instructivos N°s 34 y 63, ha encomendado expresamente a los fiscales el uso de la mediación como método de proceder cuando procedan acuerdos reparatorios. De esta manera, nada hay que impida la inclusión de la mediación en el sistema penal, por lo menos a nivel legal y doctrinario.

13. Los procedimientos de conciliación autor-víctima, en general, e incluyendo dentro de este concepto a la mediación, presentan numerosas ventajas que van de la mano con los beneficios que la reparación como forma de reaccionar frente al delito presentan. Así, se distinguen beneficios concretos para el imputado, la víctima, el procedimiento penal en su conjunto y la sociedad toda. Lo relevante es que no sólo la reparación, sino también el procedimiento para alcanzarla, obtienen resultados satisfactorios para los que se encuentran involucrados en el conflicto penal. De esta manera, hablamos primordialmente del reposicionamiento de la víctima como eje central del conflicto penal

en el cual ha sufrido, y su facultad de decidir la mejor manera de solucionarlo, según sus intereses. También señalamos las ventajas resocializadoras para el imputado, su toma de conciencia con las consecuencias de su actuar y la forma menos violenta para éste de arreglar la situación. En cuanto al procedimiento señalamos como beneficio primordialmente que se materializa el principio de subsidiariedad o de última ratio, haciendo una selección de casos que quedan reservados para el juicio oral propiamente tal, produciéndose en consecuencia una descongestión del sistema y una alternativa más racional y positiva de enfrentar los atentados contra ciertos bienes jurídicos. Para la sociedad, la ventaja de estos procedimientos es que permiten visualizar que un conflicto, incluso uno tan violento como el penal, puede ser solucionado de manera pacífica, lo cual influye positivamente en todo el grupo directamente afectado por el delito (grupo familiar de la víctima e imputado, barrio en que se cometió el ilícito, etc.), lo cual generará, en nuestra opinión, paz social.

14. Ahora bien, la pregunta relevante es la siguiente: ¿Por qué la mediación resulta ser el mejor modelo, dentro de las alternativas de conciliación que pudieran presentarse, de solución de conflictos penales, en el marco de los acuerdos reparatorios? La respuesta a esa pregunta se intentó dar desde dos frentes distintos. El primero de ellos consistió en el análisis de un proceso de negociación penal, y de las falencias que ésta pudiera tener si se la compara con un proceso de mediación. En particular se llamaba la atención al hecho de que la negociación penal se terminaría llevando a cabo esencialmente por fiscales y defensores públicos, y con ello el riesgo es que éstos se concentren en sus posiciones de poder con respecto al otro –tomando en cuenta que la negociación es un juego repetido entre los mismos negociadores- más que en el conflicto mismo. Por otro lado, el poder relativo de la víctima por sobre el imputado –ya que siempre puede decidir no continuar la negociación y seguir con el juicio oral-, producía desigualdades que al final acaban en un mal arreglo o en una sentencia judicial, justamente lo que se trata de evitar. En este sentido, la mediación acerca a las partes y se centra en el conflicto mismo, no en la protección especial de una de ellas, lo cual en definitiva se traducirá en un mejor arreglo, sin desgaste de abogados, fiscales y defensores, y con todas las ventajas ya vistas que la mediación podría traer consigo y que no se ven tan claras en un proceso de negociación. La segunda línea argumentativa se centró en el análisis acerca de cómo se llevaría a cabo un procedimiento de mediación. En dicha reflexión se rescataba la función del mediador como moderador entre las partes y como nexos de acercamiento, y la comunicación fluida entre ambas, lo cual conlleva un buen acuerdo que considera los intereses de ambas.

15. Los conceptos de reparación y mediación están íntimamente ligados entre sí, ya que la segunda aparece como el modelo ideal para alcanzar la primera. De esta manera, no sólo el ideal de la reparación se concreta, sino que el procedimiento para llevarla a cabo también cumple con los fines y objetivos reparadores. Ambas instituciones, por otro lado, se mezclan o pueden aplicarse en la salida alternativa del procedimiento de los acuerdos reparatorios. De esta forma, dichos acuerdos pueden finalmente cobrar mayor relevancia en nuestro sistema penal, difundiendo la idea de que el derecho penal puede reaccionar de maneras distintas y mejores a la opción que representa la pena privativa de libertad. En nuestra opinión, la reparación y la mediación como método para alcanzarla

deberían ir cobrando mayor relevancia con el tiempo, afinándose su aplicación y discusión, ello con el fin de crear un modelo penal menos punitivo y más eficiente en la prevención de delitos y resocialización de los delincuentes.

2. PROPUESTA

A continuación, desarrollaremos una proposición que incluye la implementación de un modelo de mediación y reparación que pueda utilizarse en la salida alternativa de los acuerdos reparatorios.

Debemos, sin embargo, antes de entrar en la propuesta misma, realizar algunas precisiones. En primer lugar, el modelo que se propone se inserta en una reforma al “proceso penal”, vale decir, la introducción de los conceptos de mediación y reparación que se plantea y discute tiene cabida sólo a nivel procesal penal. Nosotros estimamos que dicha reforma es incompleta, y que es necesario, ocupando los mismos argumentos utilizados en este trabajo, realizar una reforma más profunda al sistema penal en su conjunto, en donde se incluya una propuesta para el Código Penal. Dicho debate, sin embargo, excede por mucho los objetivos planteados en este trabajo, ya que implica el análisis y discusión de instituciones, principios y teorías del derecho penal sustantivo. En segundo lugar, cabe señalar que la escasez de mediadores preparados en nuestro país, hace muy difícil recurrir a esta herramienta. En este sentido, será la evolución propia del derecho en su conjunto y de la sociedad misma las que harán de este mecanismo de resolución de conflictos una de las formas principales de encontrar soluciones pacíficas y eficientes, ya que de esta nueva manera de percibir los conflictos surgirán profesionales preparados para ayudar a los involucrados a solucionarlas. Por último, creemos que es perfectamente posible instaurar un sistema de mediación para la resolución de conflictos penales, en donde la reparación a la víctima sea la base del procedimiento, pero para que ello se transforme en realidad se requiere de voluntad legislativa y política. Con esta propuesta, hemos querido dar un humilde paso a la discusión y debate de estas materias, puesto que creemos firmemente en la reparación y sus beneficios, y en la mediación como método alternativo real y efectivo de alcanzarla.

2.1. Introducción formal de la mediación en el Código Procesal Penal

En primer lugar, nos parece fundamental explicitar en la ley, que la mediación puede ser utilizada para alcanzar un acuerdo reparatorio, siendo deber de los jueces, fiscales, defensores y demás instituciones vinculadas al proceso de reforma, educar y dar a conocer a la víctima y al imputado las nociones de reparación y mediación, de los beneficios de su aplicación y de las distintas alternativas que tienen tanto para alcanzar acuerdos como para reparar. En este sentido, proponemos derechamente modificar el actual inciso primero del artículo 241 del CPP, incluyendo en éste el procedimiento de mediación y el deber ya citado.

2.2. Criterios de selección de casos

De acuerdo a lo expuesto y analizado en esta memoria, creemos que los criterios de selección de los casos susceptibles de ser solucionados a través de acuerdos reparatorios son los siguientes:

1) Existencia de una víctima identificable: Este criterio tiene relación con la posibilidad de que al momento de alcanzar un acuerdo reparatorio, exista una víctima precisa e individualizada que pueda sentarse frente al imputado y comunicarse con éste en pos de un acuerdo. En caso de que el delito afecte a víctimas difusas (los llamados “delitos sin víctima”) o a personas jurídicas (como por ejemplo la estafa a una empresa o el robo de tendidos eléctricos), se hace necesario que ellas sean representadas legítimamente por una persona natural, designadas por ellos. En estos casos, la representación que invoquen podrá ser o no aceptada por el imputado. Por ello es tan importante que los procedimientos de mediación sean de carácter voluntario, puesto que el imputado podrá siempre negarse a negociar o mediar un acuerdo reparatorio, cuando estime que el representante de la víctima difusa o de la persona jurídica en su caso, no tiene legitimación suficiente para actuar.

2) Una cierta entidad de la infracción penal: En este punto, debemos señalar que la discusión acerca de qué delitos son susceptibles de ser reparados, es materia de un debate mucho más complejo y extenso, que escapa a los objetivos de esta memoria, siendo propio del derecho penal sustantivo. Sin embargo, nos parece que un mínimo que debiera existir en la selección de casos lo constituye la exclusión de los delitos de bagatela, los cuales deberán ser delimitados a través de instituciones como el principio de oportunidad y el archivo provisional de los antecedentes. En general, la discusión que se produzca en la doctrina y jurisprudencia nacional será la que irá marcando las pautas en este punto, pareciéndonos irresponsable de nuestra parte emitir un juicio en este aspecto, debido principalmente a que se trata de un tema no estudiado ni analizado.

Consideramos, sin embargo, que los delitos contemplados en el artículo 241 representan un buen parámetro para comenzar a delimitar el campo de aplicación de los acuerdos reparatorios.

3) Participación voluntaria de víctima e imputado: Es esencial en un proceso de mediación que las partes decidan participar voluntariamente de éste (principio de voluntariedad). En caso de que una de ellas no quiera acudir a esta herramienta, se continuará con el procedimiento, es decir, se pasará a la fase de juicio oral. Ahora, si ellas deciden iniciar una negociación o mediación para alcanzar un acuerdo, y posteriormente una de las partes (o ambas) resuelve retirarse del proceso, son libres para hacerlo. La autonomía y voluntariedad de víctima e imputado son esenciales y ellas rigen, incluso, cuando el acuerdo esté concluido y sólo falte la firma de éste.

2.3. Oportunidad procesal y sujetos que proponen la realización de un acuerdo reparatorio

En cuanto a la oportunidad, proponemos que el plazo máximo para solicitar la realización de un acuerdo reparatorio sea hasta antes del inicio del juicio oral.

En cuanto a los sujetos que pueden proponer un acuerdo reparatorio y la forma de llevarlo a cabo, creemos que ellos pueden ser: La víctima; el imputado; los parientes de ambos; sus curadores o representantes legales en caso de que hayan fallecido o se encuentren inhabilitados por alguna de las causales establecidas en el Código Civil (inhabilidades absolutas o relativas); el fiscal; el defensor público; abogados particulares que intervengan directamente en el proceso como representantes legales de algunas de las partes; y el mismo juez de garantía.

2.4. Procedimiento para alcanzar un acuerdo reparatorio.

Una vez que se ha decidido la procedencia de un acuerdo reparatorio, el Juez de Garantía citará a la víctima, imputado, fiscal y defensor a una audiencia oral, que tendrá dos objetivos: el primero de ellos será que en ella, el fiscal, el defensor y el juez (de oficio), tendrán una última oportunidad para oponerse a la procedencia del acuerdo. Sólo podrán invocar las causales legales contenidas en el artículo 241 del CPP, por ejemplo, la existencia de un interés público prevalente o que se trate de un delito que no admite la posibilidad de solucionarlo a través de esta salida alternativa. El segundo objetivo dice relación con lo que hemos denominado “la educación legal” de las partes. Esto consiste en la información que el juez, con ayuda de los fiscales y defensores, proporciona a víctima e imputado. Dicha comunicación debe versar sobre los siguientes aspectos: qué se entiende por reparación ²⁸⁴; cuáles pueden ser las prestaciones reparatorias, recalcando que no hay una enumeración taxativa; qué alternativas hay para alcanzar la reparación: negociación o mediación; en qué consiste cada uno de ellos y cómo se llevan a cabo. En este sentido, cabría una explicación más detallada del procedimiento de mediación, tomando en cuenta además que éste se encontraría establecido en la ley.

Al concluir la audiencia, el juez los citará al día siguiente para que traigan su decisión, en el sentido de si optan por la negociación o la mediación. En dicha audiencia, si se decidieron por la primera alternativa, el juez les exigirá que dentro de un plazo de 60 días traigan el acuerdo escriturado y firmado para su aprobación. Si se inclinan por la segunda opción, la mediación, el Juez de Garantía les presentará a la o las personas que oficiarán de mediadores entre ellas (no pueden ser más de dos).

2.5. Del procedimiento de mediación

Acordado por las partes la realización de una mediación para alcanzar un acuerdo reparatorio, y designado el (los) mediador (es) que se ocupará de su caso, éste (estos) realizará (n) una sesión de preparación o de pre-mediación.

Luego de esta primera sesión de preparación, se continuará con las sesiones de mediación propiamente tales. ²⁸⁵

²⁸⁴ Reparación desde un punto de vista amplio.

2.6. Las prestaciones reparatorias

A nuestro entender, y como ya lo hemos analizado extensamente, las prestaciones pueden ser de diferentes tipos. La idea es que ellas no se limiten a compensaciones de carácter pecuniario, sino que se establezcan todas aquellas que las partes sean capaces de imaginar, y que cumplan con el requisito de satisfacer los intereses de las partes. Por ejemplo: El resarcimiento del daño a terceros, en particular, a compañías aseguradoras a las que se haya trasladado la reclamación del imputado; regalos al ofendido o prestaciones inmateriales como la presentación de disculpas públicas; prestaciones de trabajo, en particular de trabajos de utilidad común, los cuales podrán realizarse conjuntamente con diversas prestaciones reparatorias; otras prestaciones materiales que se convengan entre víctima e imputado. Hay que destacar que esta lista no es taxativa.

Sin embargo, debemos precisar, que las prestaciones a las que quede sujeto el imputado con respecto a la víctima, no podrán contravenir la legislación vigente y no podrán ser desproporcionadas, tomando en consideración su condición social, cultural y económica.

La reparación deberá realizarse preferentemente a favor del ofendido; si ello no fuera posible, no pudiera preverse un buen resultado o por sí sola no fuera suficiente, se admitirá una reparación a favor de la comunidad, o una reparación simbólica.

2.7. Del mediador penal

El Juez, al momento de designar al mediador, puede designar a uno o a dos, habida consideración de que muchos de estos profesionales trabajan en parejas. Creemos que ellos deben salir de una lista que la Corte de Apelaciones respectiva elabore anualmente, a través de un concurso público, al cual podrá postular las personas que cumplan los siguientes requisitos: tener un título profesional emanado de alguna de las Universidades reconocidas por el Estado; acreditar experiencia en mediación de al menos dos años; haber realizado algún postgrado en materia de mediación de un mínimo de cuatro meses. Se podrán inscribir de manera individual o en parejas. Se privilegiará, para desempeñarse como mediadores, a aquellas parejas que acrediten haber realizado carreras universitarias diversas. Por ejemplo, parejas compuestas por un abogado y un psicólogo.²⁸⁶

2.8. Principios por los cuales debe regirse el mediador penal

Tomando en consideración lo que hemos señalado en los capítulos anteriores, estimamos que existen algunos principios que cualquier mediador penal debe conocer y

²⁸⁵ Respecto de la preparación de la mediación y las sesiones propiamente tales, nos remitimos a los puntos 3.3.3.1.; 3.3.3.2.; y 3.3.3.3. del capítulo III.

²⁸⁶ En este sentido, ver los puntos 3.3.4. y 3.3.4.1. del capítulo III.

cumplir. Creemos además que ellos podrían plasmarse en la elaboración de un Código de Ética del Mediador, y que su infracción conlleve las sanciones que establezca.

1) Imparcialidad del mediador: éste no debe tener ningún tipo de vínculos con las partes, ya sea de parentesco, amistad o enemistad. Además, si existiere algún conflicto de intereses, éste estará obligado a darlo a conocer a las partes para que ellas determinen si continúan el procedimiento con él o no.

2) Neutralidad del mediador: dentro del proceso de mediación, no debe existir, por parte del mediador, ninguna preferencia o inclinación por la víctima o el imputado. Deber ser lo más ecuánime posible.

3) Confidencialidad: el mediador no debe ventilar las deliberaciones y discusiones que se produzcan en las distintas sesiones, sean conjuntas o privadas, a menos que las partes lo autoricen. El mediador deberá discutir con las partes cuál es la información que estará protegida por este principio.

4) Capacitación: el mediador debe contar con la preparación adecuada y con la experiencia profesional tanto del proceso de mediación como de la materia sustantiva de la controversia. Será obligación del mediador excusarse de actuar si carece de dicha experiencia y conocimientos. Será facultad del mediador hacerse asesorar por peritos especializados en aquellas materias que queden fuera del ámbito de su competencia.

5) Actuación personal: el mediador deberá actuar de forma personal en el proceso, y no a través de socios asistentes suyos. Su nombramiento es personalísimo, esto es, *in tuito personae*.

6) Objetividad y honradez: el mediador debe ser objetivo y honrado respecto a sus conocimientos y debe siempre recalcar a las partes que el éxito de la mediación no se encuentra garantizado.

Por último, cabe agregar que el mediador deberá respetar todos los principios aplicables al proceso de mediación en sí, y que tratamos en extenso en el capítulo I de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

1. S.E. Presidente de la República FREI RUIZ-TAGLE, EDUARDO. 1995. "Mensaje con el que inicia el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal", En: Congreso Nacional de Chile, Santiago, Chile.
2. BARUCH, ROBERT; FOLGER, JOSEPH. 1994. "Promesa de Mediación". Barcelona, Granica. 416 p.
3. BELLO DEL SOLAR, MARÍA VICTORIA; MARDONES, MARÍA INDA. 2003. "Los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Proceso Penal." Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, Santiago, Universidad Central, Facultad de Derecho. 116 h.
4. Boletín del Ministerio Público N° 16, Octubre de 2003.
5. BURGUET ARFELIS, MARTA. 2003. " Propuesta para el diálogo". (en línea) < www.ua-ambit.org .> (Consulta: 20 de enero de 2004)
6. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, 1989, "Manual de Derecho penal, Parte General", 3º edición, Barcelona, Ariel S.A. 425 p.
7. CALAM, MARÍA ELENA. 2003. "El espacio de la Mediación Penal." (En línea) Centro de Estudios de Justicia de Las Américas. < www.cejamericas.org .> (Consulta: 15 de enero de 2004).
8. CAROCCA PÉREZ, ALEX. 2003. "El Nuevo Sistema Procesal Penal". Santiago, La Ley. 296 p.

9. CARULLA BENÍTEZ, PEDRO. 2001. "La mediación, una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales". (en línea) < www.diba.es/cemical/fixers/CARULLAlamediacion.PDF> (Consulta: 12 de diciembre de 2003).
10. CASTILLO VAL, IGNACIO. 2001. "La Reparación de la Víctima en el Proceso Penal y su relación con el Ministerio Público". En: Ponencia realizada en el marco del Congreso "Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal". Villarrica, octubre 2001, Centro CREA.
11. CASTORIADIS, CORNELIUS. 1986. "Sobre el Político de Platón". Madrid: Fondo de Cultura.
12. CHAHUÁN SARRÁS, SABAS. 2002. "Manual del Nuevo Proceso PENAL", 2ª edición actualizada y aumentada. Santiago, Lexis Nexis.
13. Chile. Ministerio de Justicia, 1874. Código Penal, 3ª edición actualizada al 28 de enero de 2003.
14. Chile. Ministerio de Justicia. 2000. Código Procesal Penal.
15. COHEN, STANLEY. 1988. "Visiones de Control Social". Promociones y publicaciones Universitarias S.A.
16. Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya. 2003. La mediación como alternativa o complemento al proceso judicial". (En línea), Barcelona, España. < www.togas.biz/togas35/consell_coladvocats.htm .> (Consulta: 20 de diciembre de 2003).
17. COX, FRANCISCO. 2002. "Negociación en el Nuevo Proceso Penal". Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, Número III: 133-159.
18. CURY, ENRIQUE. 1998. "Derecho Penal, Parte General", Tomo II, (3ª ed.), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
19. DEVOTO, ELEONORA. 2001. "Sobre la Mediación Penal. Algunas Consideraciones Relativas a su Justificación Teórica". (En línea). Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación. 11 julio 2001. < www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/mediacion_penal.htm > (Consulta: 3 de enero de 2004).
20. DUCE, MAURICIO; RIEGO, CRISTIÁN. 2002. "Introducción al Nuevo Sistema Procesal Chileno". Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. 425 p.
21. DUCE, MAURICIO. 2002. "Los mecanismos de descongestión y su uso en el nuevo sistema procesal penal". Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, Número III.
22. DUCE, MAURICIO. 2000. "La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal", en El Nuevo Proceso Penal, varios autores. Cuadernos de Trabajo N°2 Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.
23. DUCE, MAURICIO. 2000. "Las víctimas de los delitos en el proceso penal chileno". Cuadernos de análisis jurídicos. Serie especial N° 4, volumen 1. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.
24. EILBAUM, DIANA. 2001. Disertación en el marco de las Jornadas de Encuentro de

- Mediadores, organizadas por Mediadores en Red, Chapadmalal. (En línea).
25. ESCOBAR YÁNEZ, ALICIA. 2001. "La Mediación: Una Alternativa a Incluir en los "Acuerdos Reparatorios" de la Reforma Procesal Penal", . Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, N° 3: 57-67.
26. ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. "Derecho Penal Parte General", TOMO II, (3º ed.). Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
27. FOLBERG, J.; TAYLOR, A. 1992. "Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigio". México: Grupo Noriega Editores. 369 p.
28. GARAPON, A. 1997. "Juez y democracia: una reflexión muy actual". Madrid: Flor de Viento Ediciones. 288 p.
29. **GIRÓ PARIS, RAMÓN.** 2001. "Artículo sobre la mediación". (En línea) publicado por la Asociación María Corral < www.ua-ambit.org/index.htm > (Consulta: 5 de marzo de 2004).
30. GOMEZ, JOSÉ ANTONIO. 2000. "Nuevo Código Procesal penal: culminación de un trabajo formidable". Discurso pronunciado en Santiago, el día 29 de septiembre del 2000, titulado. www.minjusticia.cl/Discursos/DiscMin2000.html# . (Consulta: 20 marzo 2004)
31. HIGHTON, ELENA; ÁLVAREZ GLADIS. 1997. "Mediación para resolver conflictos". Buenos Aires, Ad-Hoc. 435 p.
32. HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS; LÓPEZ MASLE, JULIÁN. 2003. "Derecho Procesal Penal Chileno: Principios; Sujetos procesales; Medidas cautelares; Etapa de investigación", Tomo I. Santiago, Ed. Jurídica de Chile. 638 p.
33. Ministerio Público. 2000. Instructivo N° 34: "Sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios"; N°36 "Sobre criterios de actuación respecto de la suspensión condicional"; y 63: "Que sustituye segunda parte del instructivo N° 34". (En línea) < www.ministeriopublico.cl .> (Consulta: 17 de marzo de 2004).
34. LAGOS FUENTES, SCARLETTE. 2003. "Experiencias de Mediación Penal". En: Ponencia preparada para el Seminario "La mediación: instrumento de paz social en distintos ámbitos: penal, laboral, familiar e infancia. Temuco, Centro CREA.
35. LAGOS FUENTES, SCARLETTE. 2003. "Acuerdos reparatorios, mediación y tutela". En: Ponencia preparada para el III Congreso Nacional de Mediación y II Encuentro de las Américas, "Una vía hacia la cultura de la paz", del 23 al 27 de septiembre de 2003, Monterrey, Nuevo León, México. < www.crea.uct.cl/pdf/encuentro_mexico_ponencia_scarlette.pdf .> (Consulta: 21 de noviembre de 2003).
36. LAGOS FUENTES, SCARLETTE. 2003. "¿Podríamos hacer mediación penal en Chile?". En: Ponencia presentada en la IV Conferencia Internacional del Foro Mundial de Mediación, "Construyendo una convivencia pacífica. Mediación y negociación en un mundo conflictivo", mayo de 2003, Buenos Aires, Argentina. < www.crea.uct.cl .> (Consulta: 12 de diciembre de 2003).
37. LINCK, DELFINA. 1997. "El valor de la mediación". Bs. Aires: ad-hoc. 195 p.
38. MAIER, JULIO. 1996. "El Ingreso de la Reparación del Daño como Tercera Vía del Derecho Penal Argentino". En: "Introducción al Sistema Penal". Santiago, ediciones

Universidad Diego Portales (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales).

39. MAIER, J. 1995. "El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho Penal Argentino", en MAIER J.; BINDER A. (Compiladores) "El Derecho Penal Hoy: Homenaje al Profesor David Baiguín. Editores del Puerto SRI. Buenos Aires.
40. MAÑALICH, JUAN PABLO. 2001. "Víctima y Reparación en el Derecho Penal". Ponencia realizada en el marco del Congreso "Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal". Octubre 2001. < www.acceso.uct.cl/congreso/ponencias.htm > (Consulta: 5 de enero de 2004).
41. MARTÍ BALDELLOU, CONSOL. 2002. Artículo sobre la mediación publicado por la Asociación María Corral. (En línea) <www.ua-ambit.org/index.htm> (Consulta: 20 de enero de 2004).
42. MATURANA, CRISTIÁN. 1997. Apuntes de Derecho Procesal I.
43. MATURANA, CRISTIÁN. 2002. Reforma Procesal Penal. Tomo III. Editorial Libromar.
44. MERA FIGUEROA, JORGE. 1996. "Bases de una Política Criminal en un Estado de Derecho", 1995, en: "Introducción al Sistema Penal". Santiago, ed. Universidad Diego Portales.
45. MOORE, CHRISTOPHER. 1996. "El Proceso de Mediación". Bs. Aires: Granica. 511 p.
46. NAVARRO ALBIÑA, RENÉ. 2002. "Naturaleza Jurídica de los Acuerdos Reparatorios en el Código Procesal Penal". Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Universidad de Atacama, Facultad de Derecho.
47. PÉREZ SANZBERRO, GUADALUPE. 1999. "Reparación y conciliación en el sistema penal". Granada, Comares. 474 p.
48. KUNSEMÜLLER, CARLOS. 2000. "Nuevos Caminos de la Reparación del Daño en el Derecho Penal". Gaceta Jurídica N°235, enero 2000.
49. REDORTA LORENTE, JOSEPH. 2003. (En línea) < www.solomediacion.com > (Consulta: 4 de enero de 2004).
50. ROMERA ANTÓN, CARLOS; MERINO ORTIZ, CRISTINA. 2002. "Mediación y Drogas: una alternativa preventiva". (En línea) < www.ieanet.com > (Consulta: 22 de enero de 2004).
51. ROXIN, CLAUS. 1997. "Derecho penal Parte General, Tomo I: La estructura de la teoría del delito", Madrid, Civitas, 2º edición.
52. SANSONE, JUAN MANUEL. « Manifestaciones más significativas de la denominada privatización del Derecho Penal; Exposición de las ventajas y peligros de este fenómeno». (En línea) < www.unifr.ch > (Consulta: 22 de noviembre de 2003).
53. SCHIFFRIN, ADRIANA. 1996. "La Mediación: Aspectos Generales". Bs. Aires: ed. Paidós.
54. VARGAS V., JUAN ENRIQUE. 2002. "Criterios Económicos en la Reforma Procesal Penal", en: Revista Apuntes de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. (En línea) www.derecho.udp.cl (Consulta: 4 de marzo de 2004).
55. VARGAS, FRANCISCO. 2003. "Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal",

en: Seminario sobre Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal”, Proyecto ACCESO de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, realizado los días viernes 26 y sábado 27 de octubre de 2003. (En línea) < www.acceso.uct.cl/congreso/ >

(Consulta: 14 de diciembre de 2004).

56. VARONA MARTÍNEZ, GEMA. 1998. “La Mediación Reparadora como estrategia de control social”. Granada, Comares. 548 p.

57. VON GASSE, LEO. 2000. En: Conferencia pronunciada en Bs. Aires, Universidad católica Argentina, “Jornadas sobre Minoridad”.

58. ZÁRATE CAMPOS, MANUEL. 2001. “Los Acuerdos Reparatorios: algunos comentarios a partir de las nociones de reparación y negociación”. Tesina presentada en el Diplomado sobre “Reforma Procesal Penal: Aspectos Dogmáticos, Legales y de Litigación en Juicio Oral”, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo, Septiembre del 2001. (En línea) < www.acceso.uct.cl/congreso/docs/mzarate.doc > (Consulta: 22 de noviembre de 2003).

59. ZELAYA RIOS, ROMÁN. 2003. “Consideraciones sobre aplicación e interpretación de salidas alternativas en el Nuevo Proceso Penal”, en: Seminario sobre Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal”, Proyecto ACCESO de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, realizado los días viernes 26 y sábado 27 de octubre de 2003. (En línea) < www.acceso.uct.cl/congreso/ > (Consulta: 7 de diciembre de 2004).