



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Valoración crítica de la mediación penal propuesta por el proyecto de ley  
que introduce modificaciones a la Ley N° 20.084 en relación a los  
postulados de la justicia restaurativa (Boletín 11.174-2007)

Tesis para optar al grado de  
Magíster en Derecho con Mención en Derecho Penal

Memorista: GABRIELA ALEJANDRA SILVA DONOSO

Profesor guía: Gonzalo Berríos Díaz

Santiago, Chile

2019

## **AGRADECIMIENTOS:**

Mi agradecimiento a cada uno de los docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que impartieron clases a la cohorte del año 2017 del Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal. En particular, al profesor Gonzalo Berríos Díaz, por su apoyo y colaboración en el desarrollo de este trabajo.

## Índice

<b>Resumen</b> .....	5
<b>1. Introducción</b> .....	6
<b>2. Justicia restaurativa</b> .....	9
2.1 Algunas consideraciones previas sobre la reacción al delito.....	9
2.2 Origen de la justicia restaurativa.....	17
2.3 Aspectos generales de la justicia restaurativa.....	19
2.4 La justicia restaurativa en el Derecho Internacional.....	24
2.4.1 Justicia restaurativa en el Derecho Europeo.....	30
<b>3. Mediación Penal</b> .....	31
3.1 Concepto y objeto de la mediación penal.....	31
3.2 Características y ventajas de la mediación penal.....	33
3.3 La mediación penal en el Derecho Europeo.....	36
3.4 Mediación en el marco de la justicia penal juvenil.....	38
3.5 Críticas a la introducción de la mediación penal en la justicia penal juvenil.....	45
<b>4. La Mediación Penal en el Proyecto de Ley</b> .....	47
4.1 La necesidad de una reforma a la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes.....	47
4.1.1 Estudio Práctico de Mediación Penal Juvenil.....	53
4.2 Regulación de la mediación en el proyecto de ley.....	55
4.2.1 Ámbito de aplicación de la mediación.....	58
4.2.2 Intervinientes.....	60

4.2.3 Efectos procesales.....	61
4.2.4 Programa especial de mediación penal y Registro de Mediadores Penales.....	62
4.2.5 Principios de la mediación.....	63
4.3 Valoración crítica a la regulación de la mediación penal en el proyecto de ley en relación a los principios de la justicia restaurativa.....	63
4.3.1 Valoración crítica del Ámbito de aplicación de la mediación.....	65
4.3.2 Valoración crítica de los Intervinientes.....	69
4.3.3 Valoración crítica de los Efectos procesales.....	70
4.3.4 Valoración crítica del Programa especial de mediación penal y Registro de Mediadores Penales.....	71
4.3.5 Valoración crítica de los Principios de la mediación.....	72
4.3.6 Otros aspectos a considerar.....	72
<b>5. Conclusiones.....</b>	<b>75</b>
<b>6. Bibliografía.....</b>	<b>77</b>

## **Resumen**

El presente trabajo se propone responder la pregunta acerca de si la regulación de la mediación penal en el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente es adecuada a la luz de los postulados de la justicia restaurativa. Para esto, en una primera parte, se introducirá al lector en el modelo de la justicia restaurativa. En una segunda parte, se analizará los aspectos más relevantes de la mediación penal. En la tercera parte de este trabajo se revisará la regulación de la mediación penal propuesta por el proyecto de ley. Finalmente, se realizará una valoración crítica de las propuestas contenidas en el proyecto de ley.

**Palabras claves:** Justicia restaurativa - mediación – mediación penal – responsabilidad penal adolescente – proyecto de ley

## **Abstract**

*This paper intends to answer the question about whether the regulation of criminal mediation in the bill that creates the National Youth Social Reintegration Service and introduces amendments to Law N° 20.084 on Adolescent Criminal Responsibility is appropriate in light of the postulates of restorative justice. For this, in the first part, the reader will be introduced in the model of restorative justice. In a second part, the most relevant aspects of criminal mediation will be analyzed. In the third part of this work, the regulation of criminal mediation proposed by the bill will be reviewed. Finally, a critical assessment of the proposals contained in the bill will be made.*

**Key words:** Restorative Justice - mediation – criminal mediation - juvenile criminal responsibility – law project

## **1. Introducción**

La Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, sin duda marcó un hito en nuestro país en materia de justicia penal, ya que significó un cambio importante respecto a la forma en que venían siendo tratados los jóvenes infractores.

Dejamos atrás el sistema tutelar existente y pasamos a un sistema de justicia o responsabilidad, en donde fue esencial el cambio de enfoque, desde un tratamiento de los niños y niñas como objetos de protección a ser considerados sujetos de derecho, que deben ser tratados como personas.

Sin embargo, pese a todos los aspectos positivos que trajo consigo, la ley no logró superar todos los problemas que se proponía resolver y/o que han surgido con su aplicación.

Temas como la reinserción, ciertas modalidades de reacción que se han mostrado desproporcionadas y favorecedoras de la mera desocialización, las condiciones que caracterizan a los centros privativos de libertad, problemas de especialización, las actuales condiciones que ofrece la Administración del Estado para abordar la implementación de dicha ley y la nula aplicación de ciertas sanciones, son algunos de los problemas pendientes y que merecen ser abordados.

Es así como, en abril del año 2017, la presidenta Michelle Bachelet ingresa al Congreso el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084 (Boletín 11.174-2007).

El proyecto de ley tiene como propósito generar un servicio público descentralizado, encargado de administrar e implementar las medidas y sanciones contempladas en la Ley N°20.084, estipula políticas sectoriales y programas que contribuyan a la intervención, rehabilitación y reinserción social de jóvenes que hayan entrado en conflicto con la ley.

Nos interesa este proyecto de ley en particular, pues introduce en Chile por primera vez la figura de la mediación penal, introducción que sin duda es posible gracias a la reforma del sistema procesal penal de adultos desde un modelo inquisitivo a uno acusatorio, que nos abrió oportunidades que antes no existían.

Lo anterior, está lejos de ser nuevo en el Derecho Comparado, pues se trata de herramientas que numerosos países han incorporado a sus sistemas de justicia de manera exitosa y ya desde hace varias décadas.

Nos referimos a introducir elementos dentro de la justicia penal tradicional que avanzan hacia consideraciones restaurativas, es decir, que forman parte de la llamada justicia restaurativa.

Este trabajo al estudiar el mencionado proyecto de ley, busca responder la pregunta acerca de si la regulación de la mediación penal se ajusta o no a los postulados y principios de la justicia restaurativa de manera adecuada.

Para esto, sin embargo, será necesario, en una primera parte, introducir al lector en el modelo de la justicia restaurativa. Por ello, estudiaremos el concepto de justicia restaurativa, su origen, sus aspectos generales y cómo ésta se encuentra regulada en el Derecho Internacional. Más adelante, revisaremos el concepto, objeto, características y ventajas de la mediación penal, principal mecanismo de la justicia restaurativa, entre otros aspectos.

Revisaremos el contexto para el surgimiento del proyecto de ley en estudio, presentando el estado actual de la situación normativa que nos rige en materia de justicia penal juvenil en Chile. Luego, analizaremos la regulación propuesta en materia de mediación penal, a través del análisis de las diversas disposiciones y sus modificaciones durante la tramitación legislativa.

En la parte final de este trabajo, se realizará una valoración de la regulación actual del proyecto de ley y se resaltarán aquellos aspectos que son necesarios preservar.

Este trabajo será crítico respecto de todas aquellas materias reguladas por el proyecto de ley, que no se ajustan a los diversos principios de la

justicia restaurativa, especialmente a aquellos regulados arduamente en el ámbito internacional.

En definitiva, se propondrá una regulación que aborde de manera efectiva las propuestas y ventajas que trae consigo la justicia restaurativa para nuestro sistema penal de justicia adolescente.



## 2. JUSTICIA RESTAURATIVA

### 2.1 Algunas consideraciones previas sobre la reacción al delito

Como punto de partida de esta investigación se comenzará realizando una breve introducción de ciertas consideraciones a la reacción frente al delito, para lo cual resulta interesante recurrir a lo señalado por diversos autores y teorías.

RIVACOBA, al distinguir los conceptos de penalidad, punibilidad y pena, define a ésta última como “la posibilidad y magnitud incluida en la hipótesis de una determinada especie delictiva que el juez precisa e impone en concreto por un delito particularizado, por la ocurrencia delictiva individualizada y que el condenado debe cumplir”<sup>1</sup>. Esta aproximación nos resulta de utilidad para introducir una descripción de las diversas aproximaciones acerca de teoría de la pena, pues no muestra aún ninguna inclinación o preferencia por una u otra concepción posible y más bien señala ciertos aspectos procesales que invoca la pena.

A lo largo de la historia, distintos modelos han reclamado poder llevar a cabo la función del derecho penal, mediante la definición de determinados objetivos que guíen la pena. El citado autor, para detallar las finalidades de la pena, recurre a la clasificación de teorías absolutas, relativas y mixtas, complementada por los conceptos de prevención general y prevención especial e insertando por último, la distinción de prevención general negativa y prevención especial positiva<sup>2</sup>, para aquello.

A modo de síntesis, para las teorías absolutas la pena es un fin en sí mismo, en cambio para las relativas, la pena es un medio para evitar delitos en el futuro. Esta prevención puede operar sobre las personas en general

---

<sup>1</sup> DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, 1993: *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires: Depalma, p. 11.

<sup>2</sup> DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, 1993, *Op. Cit.*, p. 16.

(prevención general) o sobre el propio condenado, cumpliendo así una función de prevención de carácter individual o especial (prevención especial). Mientras que en las teorías mixtas, la pena mira tanto hacia el pasado como hacia el futuro. Por su parte, la prevención general negativa es aquella que opera de manera indiscriminada sobre la sociedad por medio de la intimidación de potenciales delincuentes con el objeto de frenar la delincuencia, mientras que la prevención general positiva, busca reforzar la confianza y adhesión social. En otras palabras, lo absoluto y relativo se encontraría en el modo en que la pena se constituye como consecuencia jurídica del delito; como una consecuencia incondicionada que se entiende como respuesta al delito o como una consecuencia condicionada para el logro de fines que van más allá de la punición misma<sup>3</sup>.

Dentro de las teorías clásicas o absolutas se encuentran las diversas concepciones retribucionistas. En general, retribución resulta ser la desvaloración pública que se concreta en la pena de los actos más graves de significación para la comunidad<sup>4</sup>. Para un retribucionista sobre lo único que puede recaer la retribución, y por ende, ser objeto de pena, es un acto de hombre y jamás el ser del hombre ni su manera de ser<sup>5</sup>. Por tanto, la idea de retribución trata de la desaprobación del delito ejecutado frente a la negación de los valores consagrados por una comunidad, siendo el derecho penal el que los reafirma mediante la reprobación y reproche de los actos<sup>6</sup>.

En este sentido, MAÑALICH señala que la imposición de una pena sólo puede justificarse retrospectivamente, como un reproche institucionalizado por un déficit de fidelidad al derecho, de modo que ella no puede implicar la negación de reconocimiento a quien la sufre<sup>7</sup>. Para dicho autor, la pena consiste en expresar un reproche merecido por un

---

<sup>3</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2010: “Retribución como coacción punitiva”, *Derecho y Humanidades*, Vol. 1, n° 16, pp. 61-62.

<sup>4</sup> DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel, 1993, *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>5</sup> DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel, 1993, *Op. Cit.*, p. 43.

<sup>6</sup> DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel, 1993, *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>7</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2005: “Pena y Ciudadanía”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Año 2005, n° 6, p. 63.

comportamiento incorrecto que es imputable como acción culpable y que se justifica por el solo hecho de que ese reproche es merecido, por tanto, la pena no puede ser impuesta para que a través de la expresión de reproche el propio sujeto penado o la generalidad de las personas sean intimidadas o vean reforzada su disposición a cumplir las normas<sup>8</sup>. Agrega que el reproche penal se formula asumiendo la perspectiva de un participante en la comunicación y que conllevaría el reconocimiento de la persona sancionada<sup>9</sup>. El derecho penal, tiene por tanto, como objeto, el restablecimiento coercitivo de la vigencia de las normas que son comunes a los miembros de la comunidad, en tanto miembros de la comunidad<sup>10</sup>. Se trata de normas que el ciudadano puede y debe reconocer como suyas.

Esto último, puede ser vinculado con la idea de DUFF del castigo. Para él, el castigo criminal puede ser entendido y justificado como una empresa en la que una comunidad política se comunica con sus miembros como agentes morales responsables<sup>11</sup>. El castigo constituiría así, una empresa comunicativa que se dirige al malhechor (adulto o juvenil) como alguien a quien nos importa, y a quien respetamos, como miembro compañero de nuestra comunidad política<sup>12</sup>. Según DUFF, debe ser capaz de transmitir a los ofensores la censura que ellos merecen por sus crímenes y persuadirlos a arrepentirse de esos crímenes, a tratar de reformarse y reconciliarse con sus víctimas<sup>13</sup>. Sin embargo, existen consideraciones adicionales en esta última afirmación, como el arrepentimiento y la reconciliación, lo que demuestra la diversidad de conceptos y aproximaciones que podemos encontrar respecto al fin de la pena.

---

<sup>8</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2007: “La pena como retribución”, *Estudios Públicos*, 108, p. 156.

<sup>9</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2007, *Op. Cit.*, p. 171.

<sup>10</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2010, *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>11</sup> Véase DUFF, Antony, 2002: Punishing the Young, en DUFF, Antony y WEIJERS, Ido (Edits.): *Punishing Juveniles Principle and Critique*, Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing.

<sup>12</sup> *Ídem*.

<sup>13</sup> DUFF, R.A, 2001: *Punishment, Communication and Community*, Nueva York: Oxford University Press, p. 17.

Ciertamente, el retribucionismo no excluye que la pena estatal pueda tener efectos preventivos, pues de hecho puede llegar a motivar a los destinatarios de las normas a actuar de un modo conforme al deber en el futuro, lo importante será que dichos efectos no serán jamás los fines de la imposición o ejecución de la pena<sup>14</sup>. Para cualquier retribucionista lo esencial es que la punición del responsable no es un bien meramente instrumental, sino un bien en sus propios términos<sup>15</sup>.

Revisadas las teorías absolutas, a continuación, veremos algunas ideas prevencionistas. ROXIN a la pregunta de los fines de la pena realiza una distinción de tres momentos: el de la conminación legal de la pena, el de su imposición y medición, y el de ejecución<sup>16</sup>. En el primer nivel, la justificación solo puede plantearse en términos de prevención general. En el segundo, el autor reconoce exigencias de culpabilidad que limitan las consideraciones de prevención general -positiva y negativa-. Y en el tercer nivel, reconoce situaciones que implican razones de prevención especial y a su vez limitadas por consideraciones preventivas generales de la pena.

Ahora bien, GUZMÁN, quien es crítico de la clasificación de teorías previamente expuesta<sup>17</sup>, prefiere profundizar en el sentido de la pena, ya que para él los fines son arbitrarios. Éstos últimos serían causas psicológicas, propósitos éticamente ambivalentes, relativos y aleatorios<sup>18</sup>. Mientras que la pregunta por el sentido de la pena es aquella que responde el para qué de ésta. Así, el sentido de la pena es la razón de ser de la pena,

---

<sup>14</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2010, *Op. Cit.*, p. 56 y p. 60.

<sup>15</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2010, *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>16</sup> ROXIN, Claus, 1976: *Sentido y Límites de la Pena Estatal*, Madrid: Reus, pp. 11 y ss. MAÑALICH, Juan Pablo, 2007, *Op. Cit.*, pp. 132 y ss.

<sup>17</sup> Señala GUZMÁN que “es fácil captar el problema que se cela tras la distinción de unas teorías absolutas, que postulan la pena como un fin en sí misma, otras relativas, que la contemplan como un medio para fines extrínsecos a delito y delincuente, y mixtas o eclécticas las últimas, con su monstruo de la pena como fin y medio al mismo tiempo. Sólo se puede hablar de unos fines y medios si primero se esclarece la necesaria referencia de unos y otros.” Véase GUZMÁN, José Luis, 2017: “Sentido de la pena y reparación”, *Polit. crim.* Vol. 12, n° 24, p. 1049.

<sup>18</sup> GUZMÁN, José Luis, 2017: “Sentido de la pena y reparación”, *Polit. crim.* Vol. 12, n° 24, p. 1046.

el cual depende de la idea del Derecho<sup>19</sup> que se tenga: justicia, seguridad jurídica o utilidad<sup>20</sup>. Estas tres ideas del Derecho pueden vincularse con finalidades retributivas y preventivas, sin embargo, para dicho autor, las tres resultan ineptas para edificar un sistema penal que guarde correlación con los delitos, llegando incluso, a rebajar al reo a mero objeto del *ius puniendi*<sup>21</sup>.

Por tanto, el autor prefiere recurrir a una nueva idea del Derecho, una que versa sobre la dignidad misma de la persona en cuanto tal: la idea de Humanidad. Esta idea señala que es incompatible con la prevención penal, y parece reclamar algo mejor que la pena meramente retributiva<sup>22</sup>. GUZMÁN sostiene que el único sentido constitutivamente humano de la pena coincide con la reparación del daño producido por el delito, que no es sino, remediar el daño causado por el delito o las consecuencias nocivas directamente ligadas a él<sup>23</sup>. La idea de reparación del daño es algo sobre lo cual volveremos más adelante, pues se vincula con la esencia de la justicia restaurativa.

Ahora, cabe preguntarnos cómo opera todo eso en la práctica, pues como hemos revisado, existen diversas aproximaciones acerca del concepto de pena, sus fines y su sentido, sin embargo, no deja de ser menos cierto, que constantemente se acusa que el derecho penal y el castigo criminal se han tornado incapaces de resolver los conflictos surgidos en la sociedad y de lograr los objetivos, sean cuales fueren, que se proponen y para los cuales han sido llamados.

Sin ir muy lejos, el uso desmedido de la prisión es un fenómeno global que ha demostrado en muchas ocasiones su ineficacia total para los fines que ha proclamado. La privación de libertad se ha transformado en un espacio de grave vulneración de los derechos humanos y Chile no ha

---

<sup>19</sup> GUZMÁN, José Luis, 2017, *Op. cit.*, p. 1046.

<sup>20</sup> GUZMÁN, José Luis, 2017, *Op. cit.*, p. 1050.

<sup>21</sup> GUZMÁN, José Luis, 2017, *Op. cit.*, p. 1055.

<sup>22</sup> GUZMÁN, José Luis, 2017, *Op. cit.*, p. 1056.

<sup>23</sup> GUZMÁN, José Luis, 2017, *Op. cit.*, pp. 1058-1059.

quedado ajeno a esa realidad<sup>24</sup>. En esta línea, es posible sostener sin temor a equivocarnos que nuestras cárceles presentan una serie de características y procedimientos que estructuran un régimen que viola sistemáticamente los derechos básicos de las personas que están privadas de libertad. Asimismo, se ha acusado que de seguir con la actual política criminal y con la carencia de un sistema alternativo a la prisión como única respuesta al delito, seguiremos en la misma senda, en la cual necesitaremos cada vez más cárceles para recibir a más presos, con la subsecuente falta de recursos y sobrepoblación penal<sup>25</sup>.

MAÑALICH incluso ha sostenido que nuestra propia Constitución Política sienta las bases de un modelo de derecho penal del enemigo como modelo general de ejercicio de la potestad punitiva<sup>26</sup>, lo anterior se hace explícito en el hecho de que la imposición de una pena aflictiva implica la pérdida de la ciudadanía<sup>27</sup>. Compartimos la afirmación de que si se busca una justificación de la pena que sea democrática, un sujeto condenado por

---

<sup>24</sup> De acuerdo al Estudio de las condiciones carcelarias en Chile en los años 2016-2017 del Instituto Nacional de Derechos Humanos del año 2019, el 2016 un 55 % y el 2017 un 47,5 % de los establecimientos penitenciarios de dicho informe están por encima del nivel de capacidad de la Unidad Penal; un 42,4 % con hacinamiento en el 2016 y 37,5% en el 2017, entendiéndose por hacinamiento la superación de la población en más del 20 % de sus plazas. Se reportan problemas en materia de plazas disponibles, segregación, condiciones de alojamiento y habitabilidad, privación de acceso al agua y calefacción, alimentación, acceso al derecho a la salud, prestaciones de salud mental, posibilidad de recibir visitas y las condiciones en que esto se realiza, aplicación del régimen disciplinario, malos tratos, fallecimientos por suicidio y muertes por riñas o agresiones y libertad de conciencia y religión. Véase también en el mismo sentido, FISCALÍA JUDICIAL CORTE SUPREMA, Informe sobre los principales problemas que aparecen relevantes respecto de las visitas realizadas, por los Fiscales Judiciales a los Recintos Penitenciarios durante el año 2017.

<sup>25</sup> SALINERO, Sebastián, 2012: “¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal”, *Revista Ius et Praxis*, Año 18, n° 1, p. 147.

<sup>26</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2005, *Op. cit.*, p. 83.

<sup>27</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2005, *Op. cit.*, p. 82. No es el único caso de base constitucional del derecho penal del enemigo según el autor. El otro caso es la legitimación de la prisión preventiva respecto de todas las situaciones en que la medida cautelar resulte indicada con ocasión de la salvaguarda de la seguridad de la sociedad. Otro caso se encuentra en el artículo 9 de la Constitución, el cual confiere un estatus especial a los hechos constitutivos de conductas terroristas, al prejuzgar su punibilidad y al implicar un tratamiento más severo, lo cual conduce a la privación de la ciudadanía en caso de condena, incluso cuando la pena no sea aflictiva.

un hecho punible no puede perder su condición de ciudadano, dado que la legitimidad del reproche expresado en la pena presupone necesariamente su reconocimiento como miembro de la comunidad política<sup>28</sup>. Esto, a su vez, tiene que ver con lo que se señaló en el comienzo acerca de comunicar el reproche merecido y reconocer a la persona sancionada como un miembro de la comunidad.

Por otro lado, el sistema punitivo tal como se encuentra configurado también ha sido acusado de producir más problemas de los que pretende resolver, dado que en vez de componer conflictos, los reprime, adquiriendo éstos un carácter más grave o haciendo surgir nuevos conflictos por efecto de la intervención penal<sup>29</sup>. Es una realidad que el sistema penal chileno además de ser un reproductor de la violencia a través de las respuestas coercitivas y la estigmatización, no brinda el espacio para una positiva responsabilización, la reparación del daño y la reactivación de los vínculos sociales<sup>30</sup>.

Lo anterior, nos lleva a pensar la conveniencia de recurrir a herramientas y reformas de nuestro ordenamiento que apunten a responder a estos desafíos pendientes o como diría GUZMÁN que busquen remediar el daño causado por el delito bajo la idea de la humanidad. Por tanto, resulta merecedor de análisis revisar otras fórmulas de resolución de conflictos surgidos del ilícito penal que introduzcan elementos distintos a la normativa existente, como la justicia restaurativa.

Desde un principio aclaramos que la justicia restaurativa no será abordada a través de una concepción antagónica de modelos restaurativos/retributivos<sup>31</sup>, sino que más bien se adoptará la posición de un

---

<sup>28</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2005, *Op. cit.*, pp. 63-64.

<sup>29</sup> BARATTA, Alessandro, 2004: “Principios de Derecho Penal Mínimo” en BARATTA, Alessandro: *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires: Editorial B de F, p. 302.

<sup>30</sup> EIRAS, Ulf, 2001: “La mediación en la Justicia Penal Juvenil”, *Revista CREA*, N° 2, Año 2, p. 45.

<sup>31</sup> DÍAZ, Juan, 2011: “Propuestas para la práctica de la mediación penal”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 3-2011, p. 8.

modelo integrador, en donde el proceso y las herramientas restaurativas, como la mediación penal, puedan convivir. La implementación de prácticas restaurativas no puede suponer la desaparición del proceso judicial tradicionalmente entendido<sup>32</sup>. Se trata, por tanto, de implementar consideraciones diversas pero que se adecuen al sistema tradicional de justicia.

En este sentido, el Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa para la elaboración de los Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del año 2002 llegó a esta misma conclusión en dicha ocasión, al señalar que “las prácticas de justicia restaurativa debían considerarse como complemento de los sistemas de justicia establecidos y no como un mecanismo destinado a reemplazarlos”<sup>33</sup>.

Asimismo, rechazamos la idea de que la justicia restaurativa no constituya una forma de castigo, al contrario, la retribución es compatible con la restauración; a través de la justicia restaurativa siempre se impone un castigo. En este sentido, como ya lo señalábamos, no estamos de acuerdo con la afirmación de que la justicia restaurativa deba ser presentada como una alternativa a la justicia tradicional, pues bien ésta formar parte del sistema de justicia criminal tradicional, sobre todo para colaborar en los aspectos donde aquella ha mostrado fracasar.

Hacer responsable al ofensor es esencial tanto en los enfoques punitivos –para nosotros desde una concepción retribucionista de la pena– como restaurativos del delito. Ambos pueden incluir circunstancias personales y sociales en la decisión de sentencia, como por ejemplo sería la consideración de atenuantes o agravantes. La cantidad de castigo u obligación de compensar dependerá de las capacidades personales para comprender, los recursos materiales, el grado de premeditación, las

---

<sup>32</sup> DÍAZ, Juan, *Op. cit.*, p. 9.

<sup>33</sup> Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal (2002) ECOSOC, I. 1, 2, 3, p. 6.



peculiaridades sociales y situacionales<sup>34</sup>. Ciertamente es que dichos elementos serían evidentemente considerados más adecuados y exhaustivamente en condiciones deliberativas, como en los procesos voluntarios, pero también son cruciales en las sentencias judiciales<sup>35</sup>.

Por todo lo anteriormente expuesto, es posible hacer convivir en un sistema consideraciones restaurativas, sin que éste pierda su esencia retributiva y sin dejar de encontrarnos frente a un castigo penal.

## 2.2 Origen de la justicia restaurativa

Se ha señalado que el movimiento de justicia restaurativa en el ámbito de la justicia criminal tiene su origen hace cerca de 40 años. La literatura frecuentemente sitúa la primera experiencia de justicia restaurativa en Ontario, Canadá, cuando en 1974 el *Mennonite Central Committee (Church)*, en el espacio brindado por ciertos tribunales, introdujo la mediación penal para resolver algunos casos a instancias de un tribunal<sup>36</sup>.

No es casualidad entonces que, con las excepciones de Australia y Nueva Zelanda, la justicia restaurativa ha evolucionado más rápidamente y hunde sus raíces más profundas en Canadá que en cualquier otra jurisdicción<sup>37</sup>.

Sin embargo, el debate teórico sobre cómo afrontar las consecuencias de un delito y como resolverlas por los inmediatamente involucrados, ya

---

<sup>34</sup> WALGRAVE, Lode, 2003: *Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to the Crime* en VON HIRSCH, Andrew, V. ROBERTS, Julian and BOTTOMS, Anthony, 2003: *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford y Portland: Hart Publishing, p. 74.

<sup>35</sup> *Ídem*.

<sup>36</sup> MERA, Alejandra, 2018: *Reforma a la justicia penal adolescente: ¿Por qué no dar un giro hacia la justicia restaurativa?*, Santiago: Anuar Quesille (UNICEF), p. 6.

<sup>37</sup> ROBERTS, Julian V and ROACH, Kent, 2003: *Restorative Justice in Canada: From Sentencing Circles to Sentencing Principles* en VON HIRSCH, Andrew, V. ROBERTS, Julian and BOTTOMS, Anthony, (Edits.): *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford y Portland: Hart Publishing, p. 237.

había comenzado en Europa a finales de la década de 1960<sup>38</sup>. Por lo tanto, la discusión tuvo lugar en el mismo período o incluso antes de que los primeros experimentos sobre la mediación víctima-delincuente se establecieran en Canadá y los Estados Unidos a mediados de los años setenta<sup>39</sup>.

Una de las prácticas restaurativas, la mediación entre víctimas y delincuentes, ha estado operando en los Estados Unidos, Canadá y Europa por varias décadas<sup>40</sup> y a partir de 1990, el número de programas de mediación y la cantidad de casos tratados anualmente aumentaron constantemente en los países europeos<sup>41</sup>.

La mediación se ha movido constantemente desde sus inicios como un proceso de justicia marginal hacia un recurso básico del sistema de justicia en la mayoría de las jurisdicciones del mundo. Estimaciones del año 2003 sugieren que hay más de 1.300 programas de mediación que operan en todo el mundo (incluidos 302 en los Estados Unidos, 450 en Alemania y 175 en Finlandia, y 159 en Francia)<sup>42</sup>. La mayoría de los casos manejados involucran delitos contra la propiedad y delitos violentos menos graves cometidos por delincuentes juveniles, aunque el proceso también se está utilizando en casos de violencia severa que involucra tanto a adultos como a jóvenes<sup>43</sup>. Si bien el foco de la mediación víctima-delincuente en algunos países europeos sigue siendo predominantemente juvenil, la aplicación en general en el derecho penal está ganando cada vez más aceptación<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> AERTEN, Ivo and WILLEMSSENS, Jolien, 2001: "The European forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice", *European Journal on Criminal Policy and Research* 9, 291-300, p. 291.

<sup>39</sup> *Ídem*.

<sup>40</sup> SCHIFF, Mara, 2003: Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies en VON HIRSCH, Andrew, V. ROBERTS, Julian and BOTTOMS, Anthony, (Edits.): *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford y Portland: Hart Publishing, pp. 317 y ss.

<sup>41</sup> AERTEN, Ivo and WILLEMSSENS, Jolien, *Op. cit.*, p. 292.

<sup>42</sup> SCHIFF, Mara, *Op. cit.*, pp. 317 y ss.

<sup>43</sup> *Ídem*.

<sup>44</sup> AERTEN, Ivo and WILLEMSSENS, Jolien, *Op. cit.*, p. 292.

Las prácticas restaurativas han evolucionado desde la mediación entre víctima y ofensor hasta las conferencias de grupos familiares, los procesos de círculo y varios tipos de paneles de ciudadanos. Todas estas prácticas comparten un elemento común: la transferencia de alguna autoridad de toma de decisiones del gobierno a las víctimas y los delincuentes, sus familiares, amigos y otros partidarios, y los miembros de la comunidad<sup>45</sup>.

### 2.3 Aspectos generales de la justicia restaurativa

Una definición bastante frecuente de justicia restaurativa es la que propone MARSHALL, quien la conceptualiza como “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas en un delito resuelven de manera colectiva la forma cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro<sup>46</sup>”. A este respecto, MERA señala que la razón que la convierte a aquella en una definición frecuentemente citada es porque “contiene los elementos centrales de la justicia restaurativa: la intervención de las partes directamente involucradas en el conflicto para decidir sobre la forma de resolverlo, con una mirada prospectiva”<sup>47</sup>.

Pese a lo anterior, la misma autora destaca que la definición no indica qué es lo que tiene que ser restaurado y, a su vez, no define los valores de la justicia restaurativa. Sólo se refiere a encuentros cara a cara y se enfoca en el proceso por encima del objeto principal, esto es, reparar el daño ocasionado por el ofensor<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> KURKI, Leena, 2003: *Restorative Justice in Canada: From Sentencing Circles to Sentencing Principles* en VON HIRSCH, Andrew, V. ROBERTS, Julian and BOTTOMS, Anthony, (Edits.): *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford y Portland: Hart Publishing, p. 293.

<sup>46</sup> MARSHALL, Tony, 1999: *Restorative Justice An Overview*, London: Home Office, p. 5.

<sup>47</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 5.

<sup>48</sup> MERA, Alejandra, 2009: “Justicia restaurativa y proceso penal. Garantías procesales: Límites y posibilidades”, *Revista Ius Et Praxis*, Año 15, n° 2, p. 170.

Ciertamente es difícil establecer una definición de justicia restaurativa, entre otras razones, por la variedad de enfoques con los cuales son abordados los programas de justicia restaurativa en el mundo. Sin perjuicio de ello, es posible sostener que lo importante será poner la atención en la reparación del daño ocasionado por el ofensor a la víctima. A pesar de los diversos modelos que existen en el mundo, todos buscan reparar el daño causado y que el ofensor enfrente su responsabilidad frente a la víctima. Cruciales son, por tanto, las ideas de reparación y de responsabilidad, dos elementos que revisaremos a continuación.

Sobre el primer elemento, este trabajo sostiene que el objetivo de la justicia restaurativa es la reparación, la cual puede incluir una amplia gama de acciones tales como restitución, compensación, reparación, reconciliación y disculpas. Estas acciones a su vez, pueden ser directas o indirectas, concretas o simbólicas, y dependiendo de la naturaleza de la victimización, pueden dirigirse a la víctima concreta, a sus íntimos, a una comunidad o incluso a la sociedad<sup>49</sup>. Para algunos, “incluyen respuestas y programas como la reparación, restitución o servicio a la comunidad, con el objeto de satisfacer necesidades y responsabilidades de las partes y de la comunidad y lograr la reintegración de la víctima y ofensor”<sup>50</sup>.

Se ha llegado a sostener, por su parte, que en los procesos restaurativos, el infractor, la víctima y la sociedad trabajan en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo, para así promover la reparación del daño ocasionado, la reconciliación entre las partes y el reforzamiento de la comunidad<sup>51</sup>. Es decir, va más allá de la mera reparación del daño sufrido por la víctima.

---

<sup>49</sup> WALGRAVE, Lode, 2002: Not Punishing Children, but Committing Them to Restore en DUFF, Antony y WEIJERS, Ido (Edits.): *Punishing Juveniles Principle and Critique*, Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, p. 104.

<sup>50</sup> Principios Básicos, *Op. cit.*, p. 12.

<sup>51</sup> FRANCÉS, Paz y SANTOS, Eduardo, 2010: “La mediación penal, ¿un modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal?”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, n° 75, p. 64.

Nosotros consideramos que la reparación es el objeto y no otro. La reconciliación y reforzamiento de la comunidad que plantean ciertos autores escapa del ámbito del proceso de la restauración propia entre ofensor y víctima. No negamos que es posible que además se produzcan efectos en esos sentidos, pero no es la meta que persigue en último término la restauración, pues no debemos olvidar que, al ser un castigo, debe ser entendida como tal. Al igual que en los castigos retributivos tradicionales, donde no esperamos que el objeto de éste sea la reconciliación, como tampoco cabe esperar lo propio de un castigo restaurativo.

En cuanto al segundo elemento mencionado, lo que sí hacen los programas de justicia restaurativa es orientarse a determinar qué ocurre cuando una persona ha admitido que ha incurrido en una ofensa penal o no haya negado su responsabilidad en el hecho, es decir, qué debe hacerse luego de que la persona ha admitido algún grado de responsabilidad, tomando en cuenta que no se enfocan en averiguar los hechos como la justicia convencional<sup>52</sup>. La justicia restaurativa trata de poner el acento así, más que como una prerrogativa del Estado, en un servicio hacia el ciudadano<sup>53</sup>, donde el enfoque debe siempre estar en la víctima y el ofensor, y sus respectivos intereses.

En lo relativo a ciertos aspectos procesales de la justicia restaurativa, cabe mencionar brevemente algo sobre el papel del Estado, del juez y el fiscal, de la comunidad y de los principios limitantes de la legislación de derechos humanos. Respecto al papel del Estado se ha dicho que por lo general no hay fiscal presente, por lo que nadie representa el interés del Estado en hacer cumplir la ley penal. Sobre el papel del juez y del fiscal, es claro que algunos de los roles son asumidos por la figura del coordinador o facilitador: esto porque la justicia restaurativa prefiere ver a la víctima y al ofensor controlar -con la ayuda de un facilitador- los tiempos y el resultado

---

<sup>52</sup> MERA, Alejandra, 2009, *Op. cit.*, p. 186.

<sup>53</sup> FRANCÉS, Paz y SANTOS, Eduardo, *Op. cit.*, p. 58.

de los procedimientos<sup>54</sup>. Respecto del rol de la comunidad o de la justicia local, contrario a lo que ocurre con el juez y el fiscal, ésta se manifiesta muy presente, pese a las dificultades de su convivencia con la justicia estatal<sup>55</sup>. Por último en relación a los principios limitantes de la legislación de derechos humanos, la justicia restaurativa es muy cautelosa al admitir a los abogados como representantes, temiendo que "asumirán" el proceso<sup>56</sup>. Sobre este último aspecto volveremos más adelante, en el apartado sobre la regulación de la mediación en el proyecto de ley.

Estos particulares aspectos procesales que hemos mencionado, han llevado a algunos autores como MERA, a estudiar la compatibilidad de las garantías tradicionales del debido proceso con las exigencias de la justicia restaurativa. Por ejemplo, la autora señala que la justicia restaurativa es compatible con un tribunal independiente e imparcial. La razón de ello radicaría en que el imputado puede en cualquier momento negarse en participar o continuar en un proceso restaurativo<sup>57</sup>. Nos parece correcta dicha afirmación, sobre todo atendido el carácter voluntario de los procesos restaurativos.

Señalábamos que a la definición de MARSHALL se le puede reprochar la falta de definición de los valores de la justicia restaurativa, y en este sentido, BRAITHWAITE –gran promotor del movimiento de justicia restaurativa- ha señalado como valores: la no dominación, el empoderamiento, cumplir con los límites legales superiores específicos de las sanciones, escucha respetuosa, igualdad de interés para todas las partes interesadas, derecho a apelar la resolución reparadora ante un tribunal de justicia y el respeto por los derechos humanos fundamentales consagrados

---

<sup>54</sup> SHAPLAND, Joanna, 2003: Restorative Justice and Criminal Justice: Just Responses to Crime? en VON HIRSCH, Andrew, V. ROBERTS, Julian and BOTTOMS, Anthony (Edits.): *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford y Portland: Hart Publishing, pp. 200 y ss.

<sup>55</sup> *Ídem.*

<sup>56</sup> *Ídem.*

<sup>57</sup> MERA, Alejandra, 2009, *Op. cit.*, p. 195.

en los principales instrumentos internacionales<sup>58</sup>. Estos valores deben estar presentes en los procesos restaurativos para que sean exitosos, pues se basan en consideraciones mínimas de proporcionalidad, de debido proceso y finalmente para desarrollar un proceso restaurativo efectivo en el cual víctima y ofensor se planteen de alguna manera en un pie de igualdad y puedan trabajar sobre sus intereses.

Ahora bien, a la justicia restaurativa se le ha criticado que persigue múltiples y equívocas metas, como, por ejemplo, que la víctima sea reparada, que el ofensor reconozca el daño cometido, que el conflicto entre ambos sea sanado, que el miedo al crimen sea disminuido, entre otros. También se le ha criticado que cuenta con medios y modalidades inespecíficas, como cuándo la compensación monetaria será preferible para la víctima y cuándo lo será otra cosa. Otra crítica señala que la justicia restaurativa es altamente discrecional para conseguir cualquier meta y de cualquier manera. Además, que tiene ambiguos estándares de evaluación considerando la multiplicidad e imprecisión de las metas buscadas. Y por último, que habría una cierta ausencia o poca claridad de los principios limitantes<sup>59</sup>.

Todas estas críticas, en nuestra opinión, surgen de la diversidad de modelos de justicia restaurativa que existen en el mundo -lo cual denota y demuestra la necesidad de contar con un concepto y objeto claro- y de la interpretación de los postulados de la justicia restaurativa bajo los estándares del modelo tradicional de justicia, pese a lo cual no se ha impedido que el fenómeno de los movimientos de justicia restaurativa continúe en constante expansión, proponiéndose como una herramienta de resolución en casos de delitos graves y de criminalidad de adultos y jóvenes.

---

<sup>58</sup> BRAITHWAITE, John, 2003: Principles of Restorative Justice en VON HIRSCH, Andrew, V. ROBERTS, Julian and BOTTOMS, Anthony, (Edits.): *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms*, Oxford and Portland: Hart Publishing, p. 9.

<sup>59</sup> VON HIRSCH, Andrew and ASHWORTH, Andrew, Co-author: Clifford Shearing, 2005: *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford: Oxford University Press, pp. 111 y ss.

## 2.4 La justicia restaurativa en el Derecho Internacional

Los instrumentos internacionales relativos a la justicia restaurativa nos pueden ofrecer guías para entender los postulados de la misma. De hecho, una definición más exhaustiva -que la de MARSHALL- de justicia restaurativa la da precisamente uno de los instrumentos internacionales en la materia.

Los Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, entienden por programa de justicia restaurativa “todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos”<sup>60</sup>. Es más, amplían la utilización de los programas de justicia restaurativa a “cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional”<sup>61</sup>.

Por procesos restaurativos entienden “todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se pueden incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias”, mientras que los resultados restaurativos consisten en “los acuerdos alcanzados como consecuencia de un proceso restaurativo”<sup>62</sup>.

Como vemos, los Principios Básicos distinguen acertadamente entre programas de justicia restaurativa, procesos restaurativos y resultados restaurativos. Sin embargo, pese a ofrecer ciertas definiciones que resultan ser básicas, y además promover la expansión de los programas a todas las etapas del proceso, deja muchos espacios abiertos<sup>63</sup>. Lo anterior se ve

---

<sup>60</sup> Principios Básicos, *Op. cit.*, p. 12

<sup>61</sup> *Ídem*.

<sup>62</sup> Principios Básicos, *Op. cit.*, p. 12.

<sup>63</sup> MERA, Alejandra, 2009, *Op. cit.*, p. 184.



reflejado ante contradicciones que pueden plantearse entre las propias disposiciones de esta declaración y las de otras legislaciones<sup>64</sup>.

Siendo el documento universal más comprensivo sobre justicia restaurativa<sup>65</sup>, merece señalarse que con el propósito de promover y servir de pauta en la aplicación de medidas de justicia restaurativa, los Principios Básicos establecieron una serie de principios no obligatorios para los Estados, pero que ofrecen una orientación para los actores involucrados de la justicia penal. Éstos son:<sup>66</sup>

-El derecho de consulta con un representante legal (párrafo 13): la víctima y el ofensor deben tener el derecho de consultar con consejeros legales relacionados con el proceso restaurativo y, cuando sea necesario, a que se les traduzca y/o intérprete. Se trata de que ambas partes, estén completamente informadas de sus derechos, del proceso y consecuencias de sus decisiones<sup>67</sup>. Esto último es esencial especialmente en situaciones de especial vulnerabilidad, donde el ofensor debería contar con la asesoría de un abogado antes de participar en el proceso restaurativo<sup>68</sup>.

-El derecho de los menores de recibir ayuda de un padre o tutor (párr. 13): los menores deben, adicionalmente, tener derecho a la ayuda de un padre o un tutor. Esto implica un acompañamiento a lo largo del proceso y significa para los Estados la exigencia de regular la participación de los padres y/o tutores para que éstos brinden el apoyo necesario al menor sin

---

<sup>64</sup> La cláusula 23 (Cláusula de salvaguardia) de los Principios Básicos señala que “Nada de lo establecido en estos Principios básicos afectará los derechos del delincuente o de la víctima reconocidos por la legislación nacional o el derecho internacional pertinente”.

<sup>65</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 28.

<sup>66</sup> Principios Básicos, *Op. cit.* El Manual Sobre Programas de Justicia Restaurativa, *Op. cit.* Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil, Informe Final, octubre 2017 de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, p. 35.

<sup>67</sup> MERA, Alejandra, 2009, *Op. cit.*, p. 193.

<sup>68</sup> MERA, Alejandra, 2009, *Op. cit.*, p. 194.

entorpecer el proceso ni buscar reemplazar la actuación del ofensor, quedando éste marginalizado.

-El derecho a no participar (párr. 13): elemento esencial de los procesos restaurativos es que ni la víctima ni el delincuente deben ser obligados o inducidos por medios injustos a participar o a aceptar resultados restaurativos. El consentimiento para participar es un requisito de procedencia<sup>69</sup> y, además, es necesario considerar que los niños pueden necesitar consejos especiales y ayuda antes de poder forjar un consentimiento válido e informado.

Adicionalmente, de acuerdo a los Principios, se deben implementar otras garantías importantes para la ley y las políticas internas de los Estados, como son:

-La participación no es evidencia de culpa (párr. 8): esto quiere decir que la participación de un ofensor en un proceso de justicia restaurativa no debe usarse como evidencia de admisión de culpa en procedimientos legales subsecuentes. Importante es que esto quede manifestado así en las legislaciones internas y que no existan consecuencias negativas por participar o no de proceso de justicia restaurativa.

-Los acuerdos deben ser voluntarios y razonables (párr. 7): los acuerdos derivados de un proceso restaurativo deben acordarse voluntariamente y deben contener solamente obligaciones razonables y proporcionadas. La voluntariedad es un principio limitante de los procesos restaurativos, ya que, sin la voluntad de las partes para participar en éstos, no es posible llevar a cabo proceso alguno. Lo anterior, como ya lo señalábamos, requiere que el ofensor cuente con toda la información

---

<sup>69</sup> MERA, Alejandra, 2009, *Op. cit.*, p. 186.

necesaria para llegar a un acuerdo que se ajuste a las garantías del debido proceso.

-Confidencialidad del procedimiento (párr. 14): las discusiones en procesos restaurativos que no se realizan en público deben ser confidenciales, y no deben ser reveladas posteriormente, excepto por acuerdo de las partes o por requerimiento de alguna ley nacional. Junto con el principio de la voluntariedad, la confidencialidad resulta ser esencial para un proceso exitoso, puesto que muchas personas pueden mostrarse reticentes a participar de estos procesos si no se garantiza el debido resguardo de aquello sobre lo cual se discute y se llega a acuerdo. Además, siendo la participación activa del ofensor clave para lograr un acuerdo satisfactorio para ambas partes, es necesario contar con bases mínimas que ofrezcan un espacio de comodidad y tranquilidad.

-Supervisión judicial (párr. 15): los resultados de los acuerdos derivados de los programas de justicia restaurativa deben, cuando sea adecuado, estar supervisados judicialmente o incorporados a decisiones judiciales o juicios. Asimismo, el resultado deberá tener el mismo valor que cualquier otra decisión judicial, es decir, deben ser regulados los efectos procesales del proceso exitoso o frustrado, y respetarse el valor del acuerdo alcanzado. Un acuerdo que resulta del producto de un proceso restaurativo debe tener la misma consideración que una sentencia judicial.

-Falta de acuerdo (párr. 16): en caso de que no se llegue a acuerdo, esto no puede ser utilizado en contra del ofensor en otras instancias penales posteriores. Como vimos, es plenamente posible y esperable que no todos quieran o puedan participar de instancias restaurativas en las mismas condiciones, pero ello no debiese implicar consecuencias negativas en caso de no lograrse el acuerdo. Volver a la instancia de un tribunal es un derecho

al que el imputado debería acceder en toda etapa del proceso de no querer aceptar o continuar un proceso restaurativo<sup>70</sup>.

-No incremento de la pena por falta de acuerdo (párr. 16): en el mismo sentido de lo previamente señalado, si no se llega a un acuerdo en el curso de un proceso de justicia restaurativa ello no debe usarse como justificación para una sentencia más severa en procedimientos penales posteriores. Los Estados deben preocuparse de regular adecuadamente esto en su normativa interna y no ocasionar efectos negativos sobre la pena en caso de no lograrse un acuerdo.

Otra definición de justicia restaurativa la da la Organización de Naciones Unidas, quien la define como “una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad. Los programas de justicia restaurativa se basan en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino también hiere a las víctimas y a la comunidad. Cualquier esfuerzo para solucionar las consecuencias del comportamiento delictivo deberá, en la medida de lo posible, involucrar tanto al ofensor como a las partes ofendidas, y proporcionar la ayuda y el apoyo que la víctima y el delincuente requieren”<sup>71</sup>. En particular esta definición destaca por la inclusión de diversos actores, distintos a la víctima y el ofensor, como la comunidad, entre otros.

El Manual Sobre Programas de Justicia Restaurativa de Naciones Unidas caracteriza los programas de justicia restaurativa como “una respuesta flexible a las circunstancias del delito, el delincuente y la víctima”; “una respuesta al crimen que respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas”; “una alternativa viable en muchos casos al

---

<sup>70</sup> MERA, Alejandra, 2009, *Op. cit.*, p. 195.

<sup>71</sup> Manual Sobre Programas de Justicia Restaurativa (2006), Naciones Unidas, p. 6.

sistema de justicia penal formal y a sus efectos estigmáticos sobre los delincuentes”; “un método que puede usarse en conjunto con los procesos y las sanciones de la justicia penal tradicional”; y finalmente, como “un método que incorpora la solución de los problemas y está dirigido a las causas subyacentes del conflicto”<sup>72</sup>. Como se puede apreciar, este instrumento, al igual que los Principios Básicos, se caracteriza por concentrar su atención en los actores relevantes y la búsqueda de acuerdos.

Otro documento internacional, relevante que dice relación con el uso de la justicia restaurativa en el sistema de justicia penal, lo constituye “Promoviendo la Justicia Restaurativa para los niños” del año 2013, Documento de la Representante Especial de la Secretaría General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los niños. En él, se pone en un lugar prioritario a la justicia restaurativa, y se destacan los efectos nocivos del sistema de justicia criminal cuando éste es aplicado a los niños y adolescentes, enumerando cuáles serían los beneficios de la justicia restaurativa para los mismos<sup>73</sup>. El instrumento, asimismo, es relevante porque viene a hacer frente a la idea generalizada en las sociedades de que la delincuencia juvenil va en aumento, suponiendo esto una amenaza grave a la seguridad de las comunidades -idea muchas veces promovida por los medios de comunicación- siendo este instrumento uno de aquellos que busca ser en ese contexto adverso una iniciativa de fortalecimiento de los derechos de los niños.

---

<sup>72</sup> El Manual Sobre Programas de Justicia Restaurativa, *Op. cit.*, p. 7.

<sup>73</sup> El Documento enumera los siguientes: asumir el comportamiento y cambiar el comportamiento, sentirse respetados y escuchados durante el proceso de justicia restaurativa, evitar los efectos nocivos de la privación de libertad y liberarse del estigma. Promoviendo la Justicia Restaurativa para los niños (2013), Documento de la Representante Especial de la Secretaría General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los niños, pp. 33 y ss.

### **2.4.1 Justicia restaurativa en el Derecho Europeo**

Ahora bien, en el contexto europeo, destacan ciertos instrumentos, como la Recomendación del Consejo de Europa (99) 19 relativa a la mediación penal; las Directrices para la mejor implementación de la Recomendación relativa a la mediación penal (2007) de la Comisión Europea para la Eficiencia de la justicia (CEPEJ); la Recomendación del Consejo de Europa (2003) 20, relativa a nuevas vías para tratar la delincuencia juvenil y el rol de la justicia juvenil; la Recomendación (2008) 11 del Consejo de Europa sobre las reglas para los ofensores juveniles sujetos a medidas o sanciones; y, las Directrices del Consejo de Europa (2010) para un “justicia amigable” para niños.

Desde la perspectiva de la víctima, encontramos la Declaración sobre los Principios Fundamentales de la justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder (Naciones Unidas, 1985) y la Directriz 2012/29/EU del Parlamento y Consejo Europeo (25 de octubre 2012) que establece estándares mínimos sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos, las cuales abordan el trato hacia éstas.

Respecto de la justicia restaurativa en general, destaca la Recomendación CM/Rec (2018) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal. Ésta enumera dentro de los principios de la justicia restaurativa, la participación, la reparación, la voluntariedad, el diálogo deliberativo y respetuoso, la igual preocupación por las necesidades y los intereses de las partes implicadas, la equidad procesal, el acuerdo colectivo y basado en el consenso, la orientación hacia la reparación, reinserción y logro de un entendimiento mutuo, y evitación de la dominación<sup>74</sup>. Enfatizando que los servicios de la justicia restaurativa

---

<sup>74</sup> Recomendación CM/Rec (2018) 8, del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal.

deben estar disponibles en todas las fases del proceso criminal y que la misma debe ser un servicio de interés general.

Como se podrá apreciar en su oportunidad, más adelante en este trabajo se dará cuenta del contenido de algunos de estos instrumentos al momento de analizar las características de la mediación penal.

### 3. MEDIACIÓN PENAL

#### 3.1 Concepto y objeto de la mediación penal

A continuación, abordaremos la mediación penal, dado que es la forma más común de prácticas restaurativas, y constituye el mecanismo regulado por el proyecto de ley que es objeto de análisis del presente trabajo.

La mediación penal puede definirse como “un proceso en el que se facilita el encuentro cara a cara entre la víctima de un delito o falta y su agresor, intervenida por un mediador, en el que ambas partes podrán decidir de común acuerdo, la mejor forma de reparar el daño causado”<sup>75</sup>. Sin embargo, esta definición puede ser criticada nuevamente en cuanto enfatiza el proceso por sobre el objeto principal, el cual no es sino reparar el daño ocasionado a la víctima. Es por ello que es preferible entender la mediación penal como un modo de castigo, capaz de servir a las metas del castigo criminal y debe ser así entendida, organizada y justificada<sup>76</sup>, que se centra en el mal que se ha cometido y en donde las partes acuerdan un proceso de mediación. Esta definición hace énfasis no sólo en su objeto sino también en el proceso mediante el cual se realiza.

---

<sup>75</sup> CUADRADO, Carmen, 2015: “La mediación: ¿Una alternativa real proceso penal?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, RECPC 17-01, p. 2.

<sup>76</sup> DUFF, R.A, 2001: *Punishment, Op. cit.*, p. 97.

Para DUFF, al ser la mediación un proceso comunicativo, entiende que ésta busca que el ofensor se enfrente al mal que ha ocasionado a la víctima, y por su parte, que la reparación a la cual se encuentra comprometido el ofensor, comunique a la víctima su disculpa. Se trata por cierto de una empresa comunicativa punitiva que censura al ofensor por el crimen cometido y que involucra una reparación gravosa por dicho crimen<sup>77</sup>.

Sin embargo, DUFF da un salto más allá, al señalar que pese a que la mediación se centra en el pasado -mal que se ha cometido- también está dirigido al futuro, que su objetivo más directo es la reconciliación entre la víctima y el delincuente a través de la reparación efectuada por este último<sup>78</sup>.

Agrega que la reparación en un proceso de mediación criminal que sirve no sólo como reparación o compensación material por el daño cometido, sino también como forma de agregar peso y fuerza a la disculpa por la cual el ofensor y la víctima serán reconciliados, como ciudadanos ambos que se reconocerán como tales y aceptarán que podrán vivir en comunidad al menos en paz cívica<sup>79</sup>.

Pese a que el mismo autor aclara que no se trata de una reconciliación a la manera en que se reconciliarían por ejemplo, los amigos, sino una entre “compañeros ciudadanos”<sup>80</sup>, el presente trabajo sostiene que no es correcto poner dentro de los fines de la mediación penal la búsqueda de la reconciliación entre la víctima y el ofensor. Sin duda, esto puede ocurrir y es positivo que así suceda, pero no puede ser el objetivo de la mediación, pues como señalábamos ésta corresponde a un castigo y esperar una reconciliación excede el ámbito del derecho penal.

Por tanto, más bien la finalidad será reparar una situación anterior a la ofensa entre el infractor y la víctima del delito, mediante la creación de

---

<sup>77</sup> DUFF, R.A, 2001: *Punishment, Op. cit.*, p. 97.

<sup>78</sup> DUFF, Antony, 2002: *Punishing the Young, Op. cit.*, p. 127.

<sup>79</sup> DUFF, R.A, 2001: *Punishment, Op. cit.*, p. 96.

<sup>80</sup> DUFF, R.A, 2001: *Punishment, Op. cit.*, p. 96.



espacios que permitirían alcanzar la resolución de conflictos. Nota esencial de la mediación es que los sujetos adquieren la responsabilidad y el poder de decidir cómo solucionar el enfrentamiento que los ha llevado a este punto, mediante un acuerdo que es tomado por ellos y no por un tercero.

Ahora bien, sin perjuicio de las observaciones críticas anteriores, desde la exclusiva perspectiva del proceso, definir a la mediación penal como “un proceso democrático y flexible que, con la finalidad de reparar el daño sufrido por la víctima, y, ante la presencia de un mediador o facilitador, las partes involucradas en un delito (víctima y ofensor), se comunican y establecen los parámetros del diálogo que pueda dar lugar a la composición o solución del conflicto que, en cualquier caso, deberá conllevar la reparación o compensación del daño causado”<sup>81</sup>, parece adecuado ya que destaca a quienes forman parte de todo proceso de mediación: el ofensor, la víctima y un tercero que realiza la función de mediador o facilitador. De hecho, lo anterior es esencial para distinguir la mediación de otros recursos restaurativos, como las conferencias restaurativas, en las cuales se incluye además del ofensor y la víctima, a otras personas relevantes (familiares, miembros de la comunidad, entre otros).

### **3.2 Características y ventajas de la mediación penal**

En la mediación penal lo que importa es que se establezcan los hechos relevantes, no en la forma de una averiguación de cómo ellos ocurrieron, sino para efectos de sentar las bases del proceso que se desarrollará. Por tal razón el proceso debe incluir la discusión y

---

<sup>81</sup> CUADRADO, Carmen, 2015, *Op. cit.*, p. 13.

explicaciones mutuas de los hechos. La víctima explicará cómo el crimen la afectó y el ofensor puede explicar cómo llegó a cometerlo<sup>82</sup>.

El tercero mediador resulta ser quien ayudará a las partes a resolver su conflicto, constituyéndose en una suerte de puente que generará los espacios para salir de una situación bloqueada por el conflicto. Ser mediador exige estar a la escucha del otro (y no de sí mismo), conocer los papeles atribuidos a cada uno de los integrantes de la mediación y a su vez, especializarse en los principios de la justicia restaurativa. Lo que caracteriza a una mediación desde un punto de vista del proceso es que se configura como un proceso colaborativo, confidencial, donde las partes trabajan en conjunto en un plano de igualdad para analizar un problema que deben resolver juntos.

En el espacio de la mediación como contexto de resolución de un conflicto penal, es posible valorar dicho conflicto desde diversas perspectivas (sociales, culturales, etc.) y salir de la lógica de la dimensión procesal del hecho que gobierna el sistema tradicional. La mejor manera de graficar lo anterior, puede ser bajo una mirada de juego. La relación que se genera en sede procesal penal, es la búsqueda de una verdad que tendrá como resultado un ganador y un perdedor, mientras que, si esto es desechado, podemos ver una posible interacción cara a cara entre ofensor y víctima que busca una restauración, en la instancia de la mediación.

Dicho lo anterior, es posible señalar dentro de las ventajas de los procesos de mediación penal, la obtención y ofrecimiento de una explicación del mal causado por parte de aquel que lo ha ocasionado, y se ayudará a analizar el porqué de la conducta en concreto, la repercusión de la misma y a empoderar al infractor para que pueda mejorar una autogestión de sus conflictos. Por su parte, la víctima puede ver atenuadas las consecuencias del maltrato psicológico propio del marco institucional del derecho procesal penal (dilación del sistema de justicia actual, falta de

---

<sup>82</sup> DUFF, Antony, 2002: Punishing the Young, *Op. cit.*, p. 121.

información sobre su situación procesal, la incertidumbre de un proceso penal, entre otros), ya que la mediación permite darle a la víctima una mayor atención<sup>83</sup>. La sociedad también puede verse beneficiada con la mediación, pues es capaz de proporcionar concretas respuestas a daños, facilitar explicaciones, neutralizar miedos y procurar evitar la reiteración de delitos<sup>84</sup>.

Como hemos visto, la mediación es claramente inclusiva, ya que genera un encuentro entre víctima y ofensor y busca reparar el daño ocasionado. Esto para las víctimas puede implicar además de las ventajas señaladas, la sensación de que utilizar esta herramienta es una mejor manera de resolver la situación, y brindar a los ofensores otra oportunidad, por no querer que el caso vaya a los tribunales, dada la existencia de una aversión a los procesos judiciales convencionales, de conocer al ofensor, y buscar reparación. Para los ofensores implica que pueden participar en las decisiones sobre la mejor manera de tratar con el delito y sentirse satisfechos con los resultados. Finalmente, para el Estado puede contribuir al ahorro de costos a través de sus procesos (menos dependencia de los tribunales) y sus resultados (menos dependencia de la custodia)<sup>85</sup>. Incalculables son los costos emocionales o humanos del crimen que aborda la justicia restaurativa.

Estos hallazgos constituyen un buen argumento para la expansión continua del uso de prácticas restaurativas en los sistemas de justicia juvenil y de justicia penal<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> FRANCÉS, Paz y SANTOS, Eduardo, *Op. cit.*, pp. 81-83.

<sup>84</sup> *Ídem*.

<sup>85</sup> MORRIS, Allison and MAXWELL, Gabrielle, 2003: Restorative Justice in New Zealand en VON HIRSCH, Andrew, V. ROBERTS, Julian and BOTTOMS, Anthony, (Edits.): *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford y Portland: Hart Publishing, pp. 262 y ss.

<sup>86</sup> *Ídem*, p. 269.

### 3.3 La mediación penal en el Derecho Europeo

El Consejo de Europa, en la Recomendación (99) 19 define a la mediación como “el procedimiento que permite a la víctima y al reo participar activamente, consintiendo libremente, por la solución de las dificultades derivadas del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)”<sup>87</sup>. Se trata de una definición de enfoque procesal que nos muestra la importancia de algunos de los principios que deben encontrarse en todo proceso de mediación penal.

En sus párrafos uno a cinco, la Recomendación establece como principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal, que ésta “debería tener lugar sólo cuando las partes la consientan libremente. Las partes deberían tener la facultad de retractarse de ese consentimiento en cualquier momento durante la mediación” (número 1); que “las discusiones durante la mediación son confidenciales y no pueden ser utilizadas posteriormente, excepto con el consentimiento de las partes” (número 2); que “debería ser un servicio disponible con carácter general” (número 3); que “debería estar disponible en todas las fases del procesos penal” (número 4); y que “los servicios de mediación deberían gozar de suficiente autonomía dentro del sistema de justicia penal” (número 5)<sup>88</sup>. Nuevamente, la normativa internacional hace hincapié en algunos de los principios esenciales de la justicia restaurativa: la voluntariedad y la confidencialidad, mientras que la idea de la disponibilidad de la mediación penal en todas etapas del procedimiento, al igual que en los Principios Básicos previamente revisados, también se encuentra presente.

---

<sup>87</sup> Recomendación N° R (99), de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, relativa a la mediación en materia penal.

<sup>88</sup> Recomendación N° R (99), *Op. cit.*

Interesante es lo que señalan las Directrices para la mejor implementación de la Recomendación relativa a la mediación penal del año 2007 de la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia respecto de los abogados (número 1.4). Señala que los códigos de conducta para los abogados deberían incluir la obligación o recomendación de considerar medidas alternativas de resolución de los conflictos, en los casos que fuere apropiado, incluyendo la mediación, además de entregar información y propiciar que las autoridades competentes deriven hacia procesos de mediación<sup>89</sup>.

Otro instrumento relevante lo constituyen las Directrices del Consejo de Europa (2010) sobre justicia adaptada a los niños, al mencionar a la mediación como uno de los mecanismos que debe ser incentivado cuando permite ejercer de mejor manera el interés superior del niño, agregando que el uso inicial de este tipo de alternativas nunca debe ser utilizado como un impedimento para el acceso del niño a la justicia con posterioridad (número 24). Sobre esto volveremos más adelante, cuando analicemos la mediación en materia de justicia penal juvenil y al analizar el proyecto de ley.

Por último, en relación a las víctimas de delitos, se encuentra la Directriz 2012/29/EU del Parlamento y Consejo Europeo (25 de octubre 2012) que establece estándares mínimos sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos. La Directriz señala a la mediación entre víctima y ofensor como un servicio que puede ser de gran ayuda para las víctimas, que debe ser prioridad para los servicios de justicia reparadora satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional, y reitera la necesidad de que los procedimientos de justicia restaurativa han de ser confidenciales (número 46).

---

<sup>89</sup> Al respecto, el artículo 94 del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile solamente establece en relación a la Resolución alternativa de conflictos que: “El abogado debe hacer los mejores esfuerzos para evitar o poner término a un conflicto judicial mediante los mecanismos legales, siempre y cuando favorezcan una justa transacción o resultado a favor de su cliente”.

### 3.4 Mediación en el marco de la justicia penal juvenil

Hasta ahora hemos revisado los conceptos de justicia restaurativa y mediación, sus orígenes, características, objetivos, ventajas y algunos instrumentos internacionales de especial relevancia en la materia, pero está pendiente la pregunta acerca de por qué debería ser incorporada la perspectiva restaurativa a la justicia penal juvenil y no podemos ignorar que la forma en que los niños y adolescentes que han violado la ley son abordados y castigados, constituye un reflejo de nuestra sociedad, de la cultura y del sistema de valores con el que contamos<sup>90</sup>.

Sin perjuicio de que esta autora parte de la base de que la justicia restaurativa, y junto a ella, la mediación penal, puede irradiar sus ventajas al Derecho en general, incluido por cierto el derecho penal de adultos<sup>91</sup>, cabe hacerse cargo de los fundamentos para aceptar que ingrese al derecho penal de adolescentes.

Históricamente, la justicia restaurativa ha tenido un mayor desarrollo y un lugar privilegiado en el contexto de la justicia penal juvenil, lo cual no es una mera coincidencia, ya que ésta última parece estar en permanente cambio y, por lo tanto, ha sido naturalmente un terreno propicio para la innovación<sup>92</sup>; sin embargo estas razones no resultan en lo absoluto suficientes para justificar su ingreso al ámbito de la justicia juvenil. Más bien, las razones se hallarían en que la justicia restaurativa encuentra en el espacio de la justicia penal juvenil la posibilidad de un desarrollo fecundo

---

<sup>90</sup> JUNGER-TAS, Josine, 2002: The Juvenil Justice System: Past and Present Trends in Western Society en DUFF, Antony y WEIJERS, Ido (Edits.): *Punishing Juveniles Principle and Critique*, Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, p. 23.

<sup>91</sup> En esta misma línea, DUFF ha señalado que nuestras respuestas al crimen, tanto juvenil como adulto, deberían buscar la "justicia restaurativa": restauración, reparación y reconciliación, y que esos objetivos se pueden lograr adecuadamente a través del castigo, el cual es en un significativo sentido retributivo. Véase DUFF, Antony, 2002: *Punishing the Young*, *Op. cit.*

<sup>92</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 6.

porque ésta incorpora ciertos fines, valores, y una institucionalidad que resulta ser más acorde a las propuestas de la justicia restaurativa<sup>93</sup>.

El Derecho Comparado nos ha demostrado que el sistema de conferencias restaurativas de Nueva Zelanda e Irlanda del Norte, y el modelo de mediación penal juvenil o mediación víctima-ofensor utilizado especialmente en Europa y Estados Unidos, constituyen dos tipos de sistemas de justicia penal juvenil restaurativa que han sido exitosos, tanto en términos de su implementación como de sus resultados<sup>94</sup>. Bélgica destaca en esta materia por ser uno de los pocos países donde los procesos restaurativos están disponibles para todo tipo de delitos y en todas las etapas del proceso de justicia penal. Asimismo, los procesos restaurativos están incorporados por ley y se encuentran financiados por el gobierno en todo el territorio<sup>95</sup>. Por tanto, como primer dato, es un hecho que se está utilizando y desarrollando en un número importante de países la mediación penal juvenil de manera exitosa.

Como sabemos, el derecho penal de adolescentes es derecho penal<sup>96</sup>, por tanto, las consecuencias que impone el Estado a éstos como reacción a los delitos y el sistema jurídico e institucional relacionado con los conflictos de los jóvenes con la ley penal no debe sino entenderse como de naturaleza penal<sup>97</sup>, y tal como ocurre en el derecho penal de adultos, solo cabe aplicarlo como *ultima ratio*. Esta afirmación es aún más decisiva en los adolescentes infractores.

La niñez es una etapa decisiva en la formación de toda persona, ya que es ahí cuando al vernos expuestos a distintos contextos (educacionales,

---

<sup>93</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 48.

<sup>94</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 9.

<sup>95</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 20.

<sup>96</sup> BUSTOS, Juan, 1990: *El Derecho Penal de Menores*, Barcelona: PPU, p. 94.

<sup>97</sup> BERRÍOS, Gonzalo, 2008 “Cuatro consideraciones acerca del Derecho Penal Juvenil y los Derechos de la Infancia” en MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA – DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN: *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*, III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, Buenos Aires: La Ley, p. 402.

sociales, culturales, etc.), vamos adquiriendo todos aquellos insumos necesarios para ir desarrollando una autonomía plena, que se consolida en la adultez. Los niños gozan de una condición especial como titulares de derechos en virtud de la especial situación en la que se encuentran. Y es por ello, que los padres, primeramente, y el Estado deben otorgar las condiciones para que este desarrollo se vea lo menos alterado posible.

Un castigo como la privación de libertad ocasiona en una persona una serie de consecuencias en su vida que van más allá de la mera restricción de espacios donde desenvolverse; implica coartar relaciones interpersonales, truncar el desarrollo laboral de esa persona, su vida sexual, las posibilidades de recibir ciertas prestaciones de manera oportuna y digna, como salud, educación, entre otras. Significa verse envuelto en situaciones de convivencia que atentan contra la dignidad misma del ser humano y su propia seguridad.

A todo lo anterior, hay que agregar los obstáculos que provienen del exterior. Las expectativas post-prisión aseguran a los ex presidiarios un futuro sin posibilidades de salir adelante. La sociedad misma rechaza a los condenados y se establece una frontera definitiva entre aquellos y los demás<sup>98</sup>.

En síntesis, la privación de libertad genera una serie de consecuencias perjudiciales que son innegables. Pero el efecto, es aún mayor para los adolescentes, que se encuentran en plena formación. La “pena del castigo” que sienten los menores es mayor a la que experimentan los adultos<sup>99</sup>.

Esto es así, porque el tiempo no es percibido de la misma manera por un niño o un adolescente que por un adulto. Un adolescente toma riesgos en

---

<sup>98</sup> GARCÍA-BORÉS, Josep, 2003: El impacto carcelario, en BERGALLI, Roberto (Coord.): *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 422.

<sup>99</sup> HOLLINGSWORTH, Kathryn “Teorizando los derechos de los niños dentro de la justicia juvenil: el significado de la autonomía y los derechos fundacionales”. *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil V*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, p. 80.



su etapa de vida temprana, tiene conductas que pueden ser vistas como más “impulsivas”, no está precisamente pensando en el futuro y las consecuencias serias de sus decisiones, sino en el presente y esto porque los adolescentes valoran más los riesgos y beneficios a corto plazo<sup>100</sup>.

A su vez, es correcto agregar que los jóvenes tienen ciertos intereses especiales, y que cualquier castigo será más gravoso para ellos que los adultos por su intrusión sobre esos intereses. Los adolescentes requieren de ciertas condiciones, oportunidades y experiencias adecuadas, como la exposición a modelos de rol adecuados, oportunidades de aprendizaje y establecer relaciones con la familia y amigos. Los castigos repercuten seriamente en dichos intereses<sup>101</sup>. Esto ocurre porque el castigo interrumpe las rutinas comunes y las oportunidades de desarrollo del crecimiento propio de la adolescencia<sup>102</sup>.

En relación con esto, se ha señalado además que la aplicación del derecho criminal tiene un carácter estigmatizador, por tanto, su aplicación al menor de dieciocho años, resulta a lo menos perjudicial, pues significa, como vimos, que se van a ver destruidos todos sus procesos de formación participativa<sup>103</sup>. Hay abundantes investigaciones en este sentido, que demuestran los efectos perniciosos de la pena privativa de libertad sobre los sujetos, y con mayor razón sobre un menor de dieciocho años<sup>104</sup>.

En base a lo anterior, parece ser que un derecho penal que se enmarca dentro de un Estado de Derecho y que se impone como legítimo en una

---

<sup>100</sup> Unidad de Defensa Juvenil de la Defensoría Penal Pública, 2006: Documento de Trabajo N° 3/2006: Principales Aspectos de la Teoría del Desarrollo Adolescente: Guía para Defensores Penales Juveniles, pp. 7-8.

<sup>101</sup> VON HIRSCH, Andrew “Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencia con la de los adultos?”. Estudios en Derecho Penal Juvenil III. Disponible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/d8afd5444df3c97fb2b64cfb3692d79d.pdf>

<sup>102</sup> *Ídem*, p. 75.

<sup>103</sup> BUSTOS, Juan, 2004: *Obras completas Tomo II, Control Social y otros estudios*, Lima: Ara Editores, p. 731.

<sup>104</sup> *Ídem*.

sociedad, debe buscar formas de garantizar el mejor desarrollo para los niños y adolescentes.

HOLLINGSWORTH al señalar las ventajas de un enfoque de los derechos fundacionales<sup>105</sup> para fijar las edades mínimas de responsabilidad penal, invoca la creación de espacios de mecanismos alternativos y rendición de cuentas no penal, tales como conferencias restaurativas. Considera que los derechos fundacionales requieren de castigos menores y distintivos para los menores, y uno de los ejemplos que utiliza es la preferencia de la justicia restaurativa, y principios orientadores alternativos<sup>106</sup>.

En la misma línea, ALBRECHT, señala que el operador del derecho debe tener en consideración una estrategia de paralización del procedimiento, dada la normalidad de los conflictos en la fase vital “menor edad”, con reacciones informales, no estigmatizadoras<sup>107</sup>. Se trata de que respecto de la justicia penal juvenil exista a disposición del juez una política amplia de desjudicialización y diversificación de respuestas penales que busquen evitar generar un efecto de etiquetamiento respecto de los adolescentes.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niños (en adelante, la Convención) en el artículo 37 letra b), establece dos estándares particularmente relevantes y distintivos de la justicia juvenil en torno a la privación de libertad: “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño (...) se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”, por tanto, el encierro de personas menores de dieciocho años de edad tiene restricciones especiales en cuanto a su uso y a su duración, limitaciones que se aplican a toda forma de privación de libertad, cualquiera sea su naturaleza jurídica o la persona facultada para

---

<sup>105</sup> Los derechos fundacionales son aquellos que protegen los activos necesarios para que los niños puedan desarrollar sus capacidades para una global, “plena”, autonomía.

<sup>106</sup> HOLLINGSWORTH, Kathryn, *Op. cit.*, pp. 80-81.

<sup>107</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis, 1990: *El Derecho Penal de Menores*, (trad.) Colección El Sistema Penal, Barcelona, PPU, p. 106.

ejecutarla u ordenarla<sup>108</sup>. El castigo que se imponga a un adolescente debe siempre buscar generar el menor efecto posible sobre sus derechos.

La justicia restaurativa hace una dura crítica al uso de la pena de cárcel de manera indiscriminada y prioritaria por parte del sistema penal, especialmente cuando se trata de adolescentes y ofrece una alternativa adecuada y efectiva para dar cumplimiento a la exigencia de utilizar la privación de libertad para los niños como un último recurso<sup>109</sup>.

En el ámbito de la justicia juvenil, la justicia restaurativa se caracteriza en particular por el interés en responsabilizar de manera significativa al joven ofensor. Esto se logra a través de un proceso que incluye el encuentro con la víctima y una reparación acordada por ambas partes, evitando en la mayor medida posible su privación de libertad<sup>110</sup>. Hay autores que señalan incluso que la función de la justicia juvenil no sería castigar, ni siquiera reeducar, sino proporcionar las condiciones para una razonable reparación o compensación por el daño causado por la ofensa<sup>111</sup>. No compartimos dicha opinión, pues, la pena reparadora como señala GUZMÁN es pena, la cual consiste finalmente en una pérdida o limitación de bienes jurídicos que se impone en contra de la voluntad del condenado<sup>112</sup>.

Distinto es que la justicia penal juvenil deba operar siempre privilegiando el “no contacto” del adolescente con ella misma y, si aquello no es posible, intentar poner término de manera rápida al proceso penal con alguna salida alternativa al juicio, según lo dispone el artículo 40.3.b) de la Convención al señalar que se evitará recurrir a los procedimientos judiciales cuando ello sea apropiado y deseable, respetando en plenitud los derechos humanos y las garantías legales del niño<sup>113</sup>. La justicia restaurativa precisamente se hace cargo de la desjudicialización, ya que permite alejar

---

<sup>108</sup> BERRÍOS, Gonzalo, 2011: “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”, *Polít. crim.*, Vol. 6, n° 11, p. 171.

<sup>109</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 27.

<sup>110</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 3.

<sup>111</sup> WALGRAVE, Lode, 2002: Not Punishing Children..., *Op. cit.*, p. 102.

<sup>112</sup> GUZMÁN, José Luis, 2017, *Op. cit.*, p. 1058.

<sup>113</sup> BERRÍOS, Gonzalo, 2011: “La ley de responsabilidad penal...”, *Op. cit.*, p. 170.

del proceso penal a los adolescentes ofensores y las víctimas, entregándoles la oportunidad de intervenir directamente en la resolución de sus conflictos<sup>114</sup>.

Lo anterior, va en la misma línea con ciertos derechos consagrados por la Convención, que sugieren que la perspectiva restaurativa en el contexto de la justicia penal es un instrumento más idóneo que el proceso de justicia tradicional para su realización<sup>115</sup>. Por ejemplo, en cuanto al derecho de los niños, niñas y adolescente a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y el derecho del niño a ser oído consagrado en el artículo 12 de la Convención, la justicia restaurativa ofrece a las partes involucradas en el conflicto la posibilidad de expresar personalmente sus impresiones, emociones y opiniones sobre cómo ocurrieron los hechos, y de qué forma pueden ellos ser abordados y reparados. Lo mismo cabe decir, respecto de las exigencias que establecen las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño números 10 y 12, en esta materia<sup>116</sup>, pues la participación directa del adolescente y efectiva en un ambiente que fomente su intervención libremente y que sea escuchado es esencial en un proceso restaurativo.

Lo anterior es de real importancia en sistemas como el chileno, que generalmente no se encuentran debidamente especializados, y en donde los jóvenes tienen escasas posibilidades significativas de expresar su opinión en relación a las diversas etapas e instancias del procedimiento.

---

<sup>114</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>115</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, pp. 23 y ss.

<sup>116</sup> La Observación General número 10, en el párrafo 44 dispone que “No hay duda de que el derecho de un niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser escuchado es fundamental para un juicio imparcial. También es evidente que el niño tiene derecho a ser escuchado directamente y no sólo por medio de un representante o de un órgano apropiado, si es en el interés superior del niño”. Mientras que la Observación General número 12, en el párrafo 60 señala que “Para participar efectivamente en el procedimiento, el niño debe ser informado de manera oportuna y directa sobre los cargos que se le imputan en un idioma que entienda, así como sobre el proceso de justicia juvenil y las medidas que podría adoptar el tribunal. El procedimiento debe desarrollarse en un ambiente que permita que el niño participe en él y se exprese libremente”.

En cuanto al interés superior del niño, consagrado en el artículo 3 de la Convención, la justicia restaurativa ofrece un escenario propicio para darle un contenido efectivo en el contexto de la justicia penal<sup>117</sup>. Un derecho penal juvenil orientado por interés superior del niño, entendiendo por tal la satisfacción de sus derechos<sup>118</sup>, debe favorecer el uso de formas de solucionar el conflicto penal, en clave restaurativa.

### **3.5 Críticas a la introducción de la mediación penal en la justicia penal juvenil.**

Pese a que sobre la base de la evidencia hasta ahora disponible, hay buenas razones para explorar más a fondo el potencial de la justicia restaurativa<sup>119</sup> y con ella, la mediación, la introducción de ésta al ámbito del derecho penal juvenil no está libre de críticas.

En relación al principio de inocencia, el ingresar a un proceso de mediación, se ha dicho, significa suponer que el menor ha cometido el delito objeto del procedimiento<sup>120</sup>, que existe el riesgo de que el menor renuncie a defender su inocencia y participe de este mecanismo de solución informal para beneficiarse de aquellos efectos que señala la ley<sup>121</sup> y que, dada la celeridad que puede llegar a alcanzar un proceso de mediación, se debilita la comprobación de la capacidad de culpabilidad del menor<sup>122</sup>.

---

<sup>117</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 24.

<sup>118</sup> CILLERO, Miguel, 1998: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño” en GARCÍA, Emilio & BELOFF, Mary (Comps.): *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Colombia: Temis/Depalma, p. 140.

<sup>119</sup> WALGRAVE, Lode, 2002: *Not Punishing Children...*, *Op. cit.*, p. 111.

<sup>120</sup> CRUZ, Beatriz, 2005: “La mediación en la ley orgánica 5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-14, p. 8. CANO, Miguel, 2004: “Posibilidades de “diversión” por parte del Ministerio Fiscal en el Derecho penal juvenil alemán”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, n° 13, p. 251.

<sup>121</sup> CRUZ, Beatriz, *Ídem*.

<sup>122</sup> CRUZ, Beatriz, *Op. cit.*, pp. 8-9.

Para enfrentar estas inquietudes debemos partir de la base que participar de un proceso de mediación en caso alguno significa una confesión por parte del menor de la comisión del delito, sino más bien, la conformidad de participar en un proceso restaurativo. Además, el que el menor admita responsabilidad en los hechos no es equivalente a que se declare culpable. Cuando el proceso restaurativo resulta ser exitoso, el hecho de la culpabilidad pierde relevancia, mientras que si el proceso falla, su participación en el proceso de mediación no puede ser usada como evidencia de culpabilidad en un proceso posterior<sup>123</sup>.

En cuanto a la debilidad de la comprobación de la capacidad de culpabilidad, es necesario distinguir la capacidad y disposición para intervenir en un procedimiento de mediación de la comprobación de la capacidad de culpabilidad<sup>124</sup>.

Otras críticas van en la línea de cuestionar la capacidad de la mediación para constituir una verdadera alternativa a la intervención penal tradicional e incluso de identificar la introducción de los mecanismos de la mediación con la privatización de la justicia penal, al señalar que se estaría dejando en manos de la víctima y del infractor la respuesta sancionatoria<sup>125</sup>.

Al respecto cabe recordar que la mediación no debe ser entendida como una alternativa a la justicia tradicional, sino como un castigo que implica comprender un acercamiento entre las partes -autor y víctima-, el cual genera una situación propicia para entender las consecuencias provocadas por el hecho cometido, la perspectiva del infractor y la víctima y de la situación que rodeó la comisión de los hechos, posibilitando la reparación del daño producido.

En cuanto a la crítica de la privatización de la justicia penal, la asunción de responsabilidad por parte del menor y su participación activa

---

<sup>123</sup> MERA, 2009, Alejandra, *Op. cit.*, p. 192.

<sup>124</sup> CRUZ, Beatriz, *Op. cit.*, p. 15-16., pp. 8-9.

<sup>125</sup> CRUZ, Beatriz, *Op. cit.*, p. 12.

para minimizar las consecuencias de su conducta impiden suponer una verdadera “privatización” de la justicia penal<sup>126</sup>. Pues ambas acciones están dirigidas a enfrentar el delito cometido, sin sustraer en ningún caso de responsabilidad al ofensor, sino al contrario.

Además, como ya señalábamos, en ningún caso se trata de la aplicación de la mediación fuera del proceso judicial tradicional, sino que, de la implementación de este mecanismo, diverso, pero adecuado al sistema tradicional de justicia. En otras palabras, no se lo está despojando o privando del conflicto penal al proceso de justicia tradicional, sino que se lo está abordando por otra vía dentro de sus propios márgenes.

En definitiva, es posible dar un tratamiento a las consecuencias negativas sufridas por la víctima, sin que se vean afectados los objetivos perseguidos por la intervención penal que se derivan del delito<sup>127</sup>. Pues los objetivos de la mediación no resultan incompatibles en ningún caso. La responsabilización por parte del imputado siempre estará presente. La diferencia está en que con la mediación es posible, además, reparar el daño sufrido por la víctima.

#### **4. LA MEDIACIÓN PENAL EN EL PROYECTO DE LEY**

##### **4.1 La necesidad de una reforma a la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes**

La reforma del sistema procesal penal de adultos desde un modelo inquisitivo a uno acusatorio, abrió espacios que antes no existían para incorporar procesos restaurativos, principalmente a través de mecanismos de desestimación y salidas alternativas<sup>128</sup>. Es decir, la posibilidad del

---

<sup>126</sup> CRUZ, Beatriz, *Op. cit.*, p. 15.

<sup>127</sup> CRUZ, Beatriz, *Op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>128</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, pp. 35 y ss.

desarrollo de la justicia restaurativa y de la mediación penal en Chile, se produce con la Reforma Procesal Penal<sup>129</sup>.

El nuevo Código Procesal Penal incorporó las salidas alternativas al proceso penal, como la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. Además, es posible desarrollar instancias de mediación penal en el marco del principio de oportunidad. Estas instituciones procesales abren un espacio para incluir mecanismos de resolución alternativa de conflicto y de justicia restaurativa; sin embargo, su desarrollo es más bien incipiente en Chile, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el ámbito de la mediación familiar<sup>130</sup> o en otras áreas del derecho. Además cabe señalar, que estos mecanismos, que ofrecen dar una respuesta diferente a la sanción tradicionalmente considerada, no constituyen mecanismos restaurativos<sup>131</sup>.

Por su parte, la Ley N° 20.084, Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes, establece el régimen jurídico para el tratamiento de infracciones de ley penal por parte de adolescentes, es decir, para menores de edad, pero mayores de catorce años, según lo dispone el artículo 3 de dicha ley. La ley afirma una genuina responsabilidad de los adolescentes infractores, superando así el esquema tutelar que existía con anterioridad<sup>132</sup>, y a la vez desechando la situación de inimputabilidad absoluta para los menores de dieciséis años y de inimputabilidad relativa para los menores de dieciocho años pero mayores de dieciséis.

---

<sup>129</sup> DÍAZ, Alejandra, 2010: “La Experiencia de la Mediación Penal en Chile”, *Polít. crim.*, Vol. 5, n° 9, p. 6.

<sup>130</sup> DÍAZ, Alejandra, *Op. cit.*, p. 16.

<sup>131</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p.36.

<sup>132</sup> El mensaje de la ley 20.084 en esto era claro al señalar que: “La informalidad del sistema tutelar de menores, que se estableció en nuestra legislación con la intención de beneficiar a los niños y adolescentes, ha permitido el surgimiento de un sistema punitivo/tutelar, que no se somete a los controles constitucionales propios del sistema penal formal, y que es fuente permanente de vulneración de derechos constitucionales, tanto en el ámbito procesal, como en el de las garantías sustanciales”. Mensaje 68-347, 2 de agosto de 2002.



De igual manera, se establece un régimen penal diferenciado para los adolescentes, con garantías equiparables a las que rigen para infractores adultos, donde destaca la relativa benignidad en comparación con el régimen penal de adultos<sup>133</sup>. Aspectos como la reducción de su aplicación a un ámbito típico y no indeterminado de “desajustes conductuales”, el límite inferior de 14 años, la incorporación de penas alternativas, los mecanismos de sustitución y remisión, la defensa especializada, la protección del derecho a guardar silencio, los límites a la prisión preventiva, entre otros, expresaron un cambio positivo en la condición jurídica de los adolescentes frente al sistema penal<sup>134</sup>.

En la Ley N° 20.084, las oportunidades para aplicar la justicia restaurativa se pueden dar en el marco de los acuerdos reparatorios, la suspensión del procedimiento y las sanciones de contenido reparatorio que señala la ley<sup>135</sup>, aunque veremos que de una manera bastante restringida.

Como se puede apreciar, esta ley significó para nuestro país un cambio profundo en el tratamiento de los jóvenes infractores<sup>136</sup>. Lamentablemente, la ley no innovó lo suficiente en materia de justicia restaurativa y mediación penal, pese a que en el proyecto del Ejecutivo enviado al Congreso del 2 de agosto de 2002 y en las versiones previas a la ley, sí se establecían consideraciones restaurativas más amplias<sup>137</sup>.

En términos generales, las propuestas originales del proyecto tenían un diseño más especializado y ciertos arreglos institucionales más acordes con un modelo restaurativo<sup>138</sup>.

---

<sup>133</sup> HERNÁNDEZ, Héctor, 2007: “El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “Teoría del delito””, *Revista de Derecho*, Vol. XX, n° 2, p. 196.

<sup>134</sup> BERRÍOS, Gonzalo, 2005: “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, *Revista de Estudios Jurídicos de la Justicia*, n° 6, p. 173

<sup>135</sup> DÍAZ, Alejandra, *Op. cit.*, p. 51.

<sup>136</sup> DUCE, Mauricio, 2010: “El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno”, *Polít. crim.*, Vol. 5, n° 10, p. 336.

<sup>137</sup> DÍAZ, Alejandra, *Op. cit.*, p. 51.

<sup>138</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 36.

El proyecto de ley del Ejecutivo establecía la procedencia de los acuerdos reparatorios en los procesos penales juveniles de manera mucho más amplia que para los adultos y se eliminaba la facultad del juez de rechazar la aprobación del acuerdo reparatorio en base a la existencia de un interés público prevalente en la mantención de la persecución penal<sup>139</sup>.

La regulación de esta materia, durante la tramitación del proyecto, sufrió diversos cambios, e inclusive se planteó la posibilidad de incorporar mecanismos de mediación en línea con las tendencias restaurativas de otros países<sup>140</sup>. También se alcanzó a establecer que tanto el Ministerio Público como la Defensoría contarán con equipos especializados destinados a mediar entre la víctima y el imputado<sup>141</sup>.

Sin embargo, en el tercer trámite constitucional, la Comisión Mixta decidió eliminar la alusión a dicha opción, dado que no le resultó satisfactoria la amplitud de su regulación, considerando que podía utilizarse como un mero mecanismo de compensación económica de quienes disponían más recursos<sup>142</sup>. Finalmente, en la ley no quedó ninguna mención a la justicia restaurativa de manera explícita.

El problema de la escasez de instancias restaurativas se debe en gran medida, a que el sistema de justicia penal adolescente que se implementó mediante la Ley N° 20.084 está vinculado directamente, tanto sustantiva como procesal e institucionalmente, al sistema de justicia penal de adultos, el cual tiene un marcado acento adversarial y no incluyó una mirada restaurativa<sup>143</sup>. No constituye, por tanto, un sistema independiente y debidamente especializado<sup>144</sup>. Un claro ejemplo de la estrecha vinculación del procedimiento de adultos con el de los adolescentes, es la eliminación de la audiencia preliminar, instancia que pudo haber resultado muy

---

<sup>139</sup> DÍAZ, Alejandra, *Op. cit.*, p. 51.

<sup>140</sup> *Ídem.*

<sup>141</sup> *Ídem.*

<sup>142</sup> *Ídem.*

<sup>143</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, pp. 35 y ss.

<sup>144</sup> *Ídem.*

relevante para constituir un espacio para adoptar decisiones con un enfoque restaurativo<sup>145</sup>.

El anteproyecto contenía un diseño mucho más especializado al finalmente aprobado, ya que contemplaba una Corte Juvenil integrada por jueces, fiscales y defensores especialmente dedicados a conocer de causas de adolescentes, un procedimiento especializado y autónomo del procedimiento para adultos, con una audiencia preliminar temprana, en donde el juez tenía facultades que contribuían a terminar los casos de manera temprana<sup>146</sup>. Todo esto fue desechado mediante la renuncia por la especialidad y la exclusión de espacios restaurativos, por las presiones de un discurso de seguridad ciudadana y la demanda por mayores sanciones<sup>147</sup>.

Como vimos, la Ley N° 20.084 descansa sustancialmente en la legislación penal y procesal penal de adultos, en relación a los delitos que son susceptibles de ser perseguidos al ser cometidos por un adolescente, al procedimiento que se sigue en ese caso y a la institucionalidad encargada de llevar adelante esos procesos<sup>148</sup>. En relación a los delitos, y a las consecuencias de la declaración de responsabilidad por parte del adolescente, se encuentra el caso de la casi nula aplicabilidad en la actualidad de la sanción de reparación del daño<sup>149</sup> a la víctima, disponible solo para infracciones no graves. Esta restricción sería, según MERA, una de las razones que explica la razón por la cual se trate de una sanción prácticamente inutilizada<sup>150</sup>. Esto último es de suma relevancia para lo que diremos más adelante, pues muestra como el diseño institucional puede influir más tarde en la práctica. El que se tome una decisión en uno u otro

---

<sup>145</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 39.

<sup>146</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 37.

<sup>147</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 36.

<sup>148</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 41.

<sup>149</sup> La sanción de reparación del daño está regulada en el artículo 10 de la Ley 20.084 en los siguientes términos: “La reparación del daño consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, sea mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor. En este último caso, la imposición de la sanción requerirá de la aceptación previa del condenado y de la víctima”.

<sup>150</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 40.

sentido, por ejemplo, en la inclusión de ciertos delitos o todos los delitos, puede provocar que una sanción no resulte operativa en lo absoluto.

Es por todo lo anterior que podemos sostener que la Ley N° 20.084, mucho tiempo después de su aprobación, aún se encuentra lejos de contener un sistema que reconozca y haya desarrollado en profundidad los elementos de especialidad procesal en sintonía con los estándares desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos<sup>151</sup>.

Existe un amplio consenso de diversos actores institucionales en el país, como el Senado, el Servicio Nacional de Menores, la Corte Suprema, entre otros, en orden a estimar que la Ley N° 20.084 presenta problemas de implementación relacionados con la falta de recursos económicos y humanos para llevar adelante sus fines, o de técnica legal sobre la regulación de algunas instituciones, e incluso problemas relativos al diseño mismo del modelo legal e institucional que adoptó la Ley N° 20.084 que deben ser corregidos para lograr instalar un sistema de justicia penal adolescente que cumpla con las exigencias de un sistema de justicia debidamente especializado<sup>152</sup>.

Desde esa perspectiva todo el diseño legal de la Ley N° 20.084 debe ser revisado, con la finalidad de dar cumplimiento a los estándares internacionales relativos a la justicia penal adolescente a los cuales Chile se ha comprometido y a los cuales se encuentra obligado<sup>153</sup>. Y compartimos la afirmación de que la incorporación de la perspectiva restaurativa tiene el potencial de mejorar las posibilidades de los sistemas de justicia juvenil de cumplir de mejor manera sus fines centrales<sup>154</sup>. Es en este clima de revisión y crítica a la aplicación de la Ley N° 20.084, que han surgido diversas iniciativas en orden a revisar la respuesta que da el Estado a los jóvenes infractores de ley.

---

<sup>151</sup> DUCE, Mauricio, *Loc. cit.*

<sup>152</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 46.

<sup>153</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>154</sup> *Ídem.*

#### 4.1.1 Estudio Práctico de Mediación Penal Juvenil

Una de las iniciativas más reciente es la experiencia piloto de mediación penal en la justicia juvenil, conocida como Estudio Práctico de Mediación Penal Juvenil, implementado por la Unidad de Coordinación y Estudios del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos. El Estudio Práctico comenzó formalmente en diciembre 2016 con la firma de un Convenio de Colaboración entre el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el Ministerios de Justicia y de Derechos Humanos<sup>155</sup>.

En dicho Convenio las partes acuerdan que su funcionamiento estará regido por los principios de confidencialidad, voluntariedad, imparcialidad, igualdad de las partes, especialización de los operadores del proyecto, interés superior del adolescente, diversificación de la respuesta penal, reparación del daño, complementariedad, trabajo en red institucional, información y gratuidad<sup>156</sup>. En paralelo a la firma del Convenio, se desarrolló una primera capacitación a los actores de la Fiscalía y Defensoría que serían parte de la selección de casos para el Estudio Práctico.

El Estudio Práctico durante enero de 2017 y octubre de 2018 recibió un total de 27 derivaciones a mediación<sup>157</sup>. De estos 27 casos derivados, 9 correspondieron a hechos ocurridos durante el año 2016 y los otros 18 durante el año 2017<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil, Informe Final, octubre 2017 de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, p. 20.

<sup>156</sup> Convenio de Colaboración para la derivación de casos a Mediación Penal Juvenil y Estudio Práctico entre el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Defensoría Penal Pública, pp. 6-7.

<sup>157</sup> Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil, Resumen Ejecutivo, octubre 2017 de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, pp. 2-3.

<sup>158</sup> Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil, Informe Final, *Op. cit.*, p. 59.

Si bien, no es la primera experiencia piloto del país, sí es la primera en centrar su atención en adolescentes infractores y asimismo, en contar, durante la primera etapa de su implementación, con un proceso de evaluación de proceso y resultado<sup>159</sup>.

Un punto destacable de las derivaciones fue que incluyó los delitos de lesiones menos graves, lesiones graves, robo con intimidación, robo en lugar no habitado, hurto simples, cuasidelito de homicidio, daños simples, amenazas simples, maltrato de obra a Carabineros, porte de arma blanca, receptación, robo en bienes nacionales de uso público, robo por sorpresa y robo con violencia.<sup>160</sup> Según los datos del Estudio, los delitos contra las personas son prevalentes, representando el 55,55%<sup>161</sup> del universo total.

En relación al origen de los casos derivados, podemos señalar que 11 correspondieron a denuncias, 10 a flagrancias y 6 casos judicializados. Mientras que las comunas de los casos, correspondieron a Santiago, Recoleta, Quilicura como aquellas prevalentes, participando además, Cerro Navia, Conchalí, Estación Central, Huechuraba, Independencia, Lo Prado, Quinta Normal y Renca<sup>162</sup>. En cuanto a los usuarios, 9 ofensores correspondieron a jóvenes de sexo femenino y 20 de sexo masculino, con un promedio de 16 años, donde el menor tenía 14 años y el mayor 18. Respecto a las víctimas, 10 de sexo femenino y 15 de sexo masculino, cuya edad varió entre los 13 y 83 años<sup>163</sup>.

En 5 casos no se logró tener contacto con los usuarios, en otros 5 la víctima rechazó participar y en 3 la mediadora evaluó el proceso de mediación como improcedente. Por lo tanto, sólo en 14 casos se llevó a cabo la intervención<sup>164</sup>. De estos 14 casos, 6 fueron cerrados en mediación con acuerdo cumplido (respecto de delitos de robo, lesiones y cuasidelito);

---

<sup>159</sup> Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil, Informe Final, *Op. cit.*, p. 20.

<sup>160</sup> *Ídem*, p. 3 y pp. 59-60.

<sup>161</sup> *Ídem*, pp. 59-60.

<sup>162</sup> *Ídem*, pp. 61-62.

<sup>163</sup> *Ídem*, p. 62.

<sup>164</sup> *Ídem*.

1 caso fue cerrado luego de que no fuera posible ubicar al ofensor, iniciado ya el proceso. A la fecha del informe, 7 casos se encontraban vigentes<sup>165</sup>.

Se estimó que el Estudio Práctico constituyó una experiencia positiva y beneficiosa para los usuarios. Respecto de la víctima, fue posible evidenciar que lograron satisfacer necesidades concretas de tipo material y/o simbólica y desarrollar sentimientos positivos de empatía y aceptación hacia el infractor<sup>166</sup>. Por tanto, un descubrimiento importante del Estudio es la demostración de que existen víctimas dispuestas a participar de una mediación y de sentarse a dialogar con el infractor, incluso respecto de delitos violentos.

Se señaló como uno de los desafíos pendientes la promoción de una definición y práctica de mediación acorde con la normativa y convenciones internacionales y que no se limite a una estrategia de diversificación<sup>167</sup>. Asimismo, se destacó que la evidencia comparada demuestra que la justicia restaurativa tiene mayor impacto en delitos serios<sup>168</sup>.

En conclusión, el Estudio Práctico es un insumo valioso y actual en la generación de evidencia de la aplicación de la mediación penal a adolescentes infractores y víctimas de infracciones imputadas a jóvenes cuya responsabilidad se rija por la Ley. N° 20.084.

## **4.2 Regulación de la mediación en el proyecto de ley**

El ingreso en abril del año 2017, por parte de la presidenta Michelle Bachelet del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084 (Boletín 11.174-2007), tiene como propósito generar un servicio público descentralizado, encargado de administrar e implementar las medidas y

---

<sup>165</sup> *Ídem*, p. 63.

<sup>166</sup> *Ídem*, p. 133.

<sup>167</sup> *Ídem*, p. 11.

<sup>168</sup> *Ídem*.

sanciones contempladas en la Ley N°20.084, estipula políticas sectoriales y programas que contribuyan a la intervención, rehabilitación y reinserción social de jóvenes que hayan entrado en conflicto con la ley. Además, el proyecto de ley asume el compromiso de generar una política nacional de reinserción social juvenil, para lo que contempla una reforma a la Ley N° 20.084, la especialización de los actores institucionales, la creación de un Modelo de Intervención y del Servicio Nacional de Reinserción Social, entre otros aspectos<sup>169</sup>.

Lo anterior se explica en que, como lo hemos adelantado, pese a las bondades y avances que significó la Ley N° 20.084, en particular el que dice relación con el cumplimiento de compromisos internacionales de asegurar un modelo garantista y diferenciado de punición en relación al régimen de los adultos, la ley ha resultado ser insuficiente a la hora de alcanzar los objetivos esperados, como lo reconoce el mismo Mensaje del mencionado proyecto.

Precisamente el Mensaje destaca, en primer lugar, que el actual sistema no logra reinsertar ni se muestra eficaz en términos preventivos. En segundo lugar, que ciertas modalidades de reacción se muestran absolutamente desproporcionadas y favorecedoras de la mera desocialización. En tercer lugar, que las condiciones que caracterizan a los centros privativos de libertad, poco distan de la que muestra la realidad de nuestro sistema penitenciario común. En cuarto lugar, que la regulación vigente no ofrece criterios de especialización que se requieren. Y finalmente, que son precarias las actuales condiciones que ofrece la Administración del Estado para abordar el desafío completo que conlleva la implementación de esta normativa.

El proyecto de ley se encuentra en su primer trámite constitucional en el Senado siendo aprobado en general en enero de 2018. En marzo del mismo año se presentaron importantes indicaciones del ejecutivo, las cuales

---

<sup>169</sup> Observatorio legislativo, Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, Centro UC Políticas Públicas, marzo 2018 n° 36, p. 4.



serán analizadas en los siguientes acápites en lo concerniente a la mediación penal. Cabe destacar que actualmente nos encontramos en la etapa de discusión particular en la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

En términos generales se ha considerado por diversos expertos que constituye un proyecto positivo, ya que aborda los principales problemas que enfrenta el sistema de reinserción juvenil actual, a la vez que contiene los elementos que se consideran críticos para la conformación de un servicio adecuado<sup>170</sup>.

Específicamente, en cuanto a la regulación de las salidas alternativas, el proyecto de ley modifica la suspensión condicional del procedimiento y amplió drásticamente su procedencia, al no hacer aplicable la restricción relativa a no exceder los tres años de privación de libertad, regulada en la letra a), del artículo 237, del Código Procesal Penal<sup>171</sup>, a menos que la pena resultante fuese de aquellas que “si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social”<sup>172</sup>, al limitar su duración a un mínimo de seis y un máximo de doce meses, y al eliminar ciertas condiciones para su cumplimiento, como el pago de la indemnización y agrega otras, como la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación de la víctima, participar en programas de entrenamiento cognitivo, terapia familiar, intervención de la violencia o abuso sexual y otros similares<sup>173</sup>.

Asimismo, se introduce la mediación penal, como vía de alternativa a todo proceso en el que proceda la suspensión condicional del

---

<sup>170</sup> Observatorio legislativo, *Op. cit.*, p. 6.

<sup>171</sup> El artículo 237 del Código Procesal Penal, en su letra a), establece como requisito de procedencia de la Suspensión Condicional del Procedimiento que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad.

<sup>172</sup> De conformidad a lo establecido en el numeral 1, del artículo 23, de la Ley 20.084.

<sup>173</sup> Observatorio legislativo, *Op. cit.*, p. 9.

procedimiento, el acuerdo reparatorio o el principio de oportunidad, materia a la que nos abocaremos en lo que sigue.

#### **4.2.1 Ámbito de aplicación de la mediación**

El artículo 35 ter señalaba en su redacción original que: “Todo proceso en que fuere procedente la suspensión condicional del procedimiento o el principio de oportunidad podrá ser derivado a mediación. La derivación la realizará el fiscal si no hubiere formalización. En caso contrario la ordenará el Juez a petición de las partes”.

Con las indicaciones de marzo de 2018, como señalamos, se modifica la suspensión condicional del procedimiento, y se amplía considerablemente su procedencia, al no hacer aplicable la restricción del artículo 237, del Código Procesal Penal, a menos que la pena resultante fuese de aquellas que “si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social”, de conformidad a lo establecido en el numeral 1, del artículo 23, de la Ley 20.084. Lo anterior, implica que la mediación penal procede ahora no solo frente a simples delitos, sino que respecto de delitos graves. Es decir, el rango de penalidad se torna más amplio, abriendo así paso al proceso de mediación frente a hechos que son constitutivos de delitos graves.

Pero, además, con ocasión de las indicaciones de marzo de 2018, el actual texto agrega la hipótesis del acuerdo reparatorio y que, en el caso de la derivación a la mediación por parte del Juez a petición de las partes, se le debe dar curso a ésta si se cumple con las condiciones previstas en el protocolo de que trata el inciso final del artículo 35 ter. Es decir, originalmente, la mediación solo era procedente cuando lo fuera la suspensión condicional del procedimiento o el principio de oportunidad, y

con las indicaciones se incorporan los acuerdos reparatorios. Lo anterior, viene a ampliar la procedencia de la mediación penal, en relación al proyecto original.

Asimismo, se introduce la directriz al Juez de darle curso a la mediación en caso de verse cumplidas las condiciones del protocolo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública que establecerá las condiciones personales y procesales bajo las que se estima procedente la derivación.

El proyecto exige que los contenidos de dicho Protocolo sean reevaluados anualmente y que se establezcan asimismo exigencias particulares y de carácter excepcional para la derivación de los hechos que fueren constitutivos de violencia intrafamiliar. Para lo anterior, deberá darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 2° de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, y que se refieren a la prohibición de invocar las categorías o motivos de la discriminación arbitraria y la razonabilidad de distinciones, exclusiones o restricciones cuando se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental.

En la redacción original, se señalaba que la mediación no procederá en casos en que se haya declarado el cierre de la investigación tratándose de procesos referidos a delitos dolosos contra la vida, contra la libertad ambulatoria, contra la libertad sexual cometidos contra personas menores de edad, respecto de delitos y faltas tipificados en la Ley N° 20.000, a excepción de los previstos en los artículos 4 y 50, y por delitos que fueren constitutivos de violencia intrafamiliar, aunque acepta casos excepcionales al respecto, mediante el establecimiento de las exigencias particulares que ya indicábamos. Producto de las indicaciones se agrega la posibilidad de que el Fiscal Regional correspondiente pueda autorizar la derivación en forma excepcional mediante una resolución fundada.

Asimismo, con las indicaciones se incorpora la llamada “Mediación excepcional”. Será excepcional, cuando un proceso que no cumpla con las exigencias señaladas previamente, a solicitud de la víctima y cumpliéndose las demás exigencias procedentes, sea derivado a mediación. En este caso, la derivación no suspende necesariamente el curso del proceso. Esto corresponde a una derivación a mediación distinta a la ya revisada, dado que los supuestos de aplicación en este caso son bastante más discrecionales a los de la primera derivación. Además, los efectos son totalmente distintos, partiendo porque en este caso la derivación no conllevará en todo caso la suspensión del curso del proceso.

Lo anterior ofrece una ampliación del ámbito de aplicación de la mediación por ejemplo a casos en que no fuere procedente la suspensión condicional, los acuerdos reparatorios o el principio de oportunidad.

#### **4.2.2 Intervinientes**

El proyecto señala quiénes son los intervinientes de una mediación penal y cómo participarán de dicho proceso. Deberán participar la víctima y el imputado de manera personal y su intervención será siempre voluntaria.

Cuando se trate de delitos contra intereses colectivos o de carácter general -imagínese casos de delitos contra el medio ambiente, por ejemplo-, podrá ocupar el lugar de la víctima un representante de una entidad u organismo público o privado sin fines de lucro que represente el interés de la colectividad. El proyecto agrega que, caso de controversia, será el tribunal quien resolverá acerca de este punto.

El proyecto no regula por tanto la participación de familiares, de la comunidad ni de los abogados en el proceso de mediación, limitándose meramente a asegurar la participación de la víctima y del imputado.

### **4.2.3 Efectos procesales**

El proyecto regula el efecto de la derivación a la mediación al suspender el curso del correspondiente proceso e indica que en caso que en la causa existiere pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo.

Los efectos procesales de una mediación exitosa se encuentran regulados en el artículo 35 ter al señalar que: “La mediación exitosa, con acuerdo cumplido por parte del imputado, dará lugar al archivo definitivo o al sobreseimiento, según sea el caso, sin perjuicio de los acuerdos alcanzados respecto a los efectos civiles del delito”. Por su parte, la mediación excepcional exitosa, que cuente con acuerdo cumplido por parte del imputado, podrá ser considerada como antecedente para la determinación o suspensión de la imposición de la pena, en la imposición o mantención de medidas cautelares y en las audiencias de sustitución y remisión de condena.

Vemos, por tanto, la diferencia de efectos entre ambas clases de mediaciones, siendo más restringidos para el imputado en el caso de la mediación excepcional dado que se vinculan con la continuación del proceso y no con su terminación.

Por otro lado, de acuerdo artículo 35 sexties, si la mediación se frustrare por una causa que no fuere atribuible al imputado el mediador dejará constancia de ello, pudiendo servir el acta respectiva para atenuar la responsabilidad penal al momento de imponer la condena. Asimismo, según cual fuere su contenido, podrá también servir como antecedente en las audiencias de sustitución y remisión de condena.

Fuera de los casos de mediación frustrada por causa que no fuere atribuible al imputado, a todo proceso de mediación y a todos los antecedentes referidos a aquél, les son plenamente aplicables los efectos del artículo 335 del Código Procesal penal, el cual señala respecto de los

antecedentes de la suspensión condicional del procedimiento, de los acuerdos reparatorios y del procedimiento abreviado que no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral antecedentes que dijeren 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.

Por tanto, “ninguna de las actuaciones o comunicaciones de las partes que se realicen durante el proceso de mediación, podrá ser ventilada o comunicada a terceros, sin el expreso consentimiento previo y por escrito de ambas partes, encontrándose el mediador resguardado por el secreto profesional. Sin embargo, el mediador quedará exento del deber de confidencialidad en aquellos casos en que se constatare un riesgo inminente respecto de la integridad física y/o psíquica de niños, niñas, adolescentes o personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad”. Esto último fue materia de incorporación de las indicaciones de marzo.

#### **4.2.4 Programa especial de mediación penal y Registro de Mediadores Penales**

Se establece en el artículo 35 septies que el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil dispondrá de un programa especial de mediación penal, integrado por mediadores públicos o contratados de conformidad a la Ley N° 19.886 y su Reglamento. Asimismo, establece la exigencia de que los mediadores deben encontrarse acreditados en un Registro de Mediadores Penales. Dejando a un Reglamento el establecimiento del procedimiento, los requisitos de ingreso y permanencia, de la supervisión, sanción y causales de eliminación del Registro.

Dicho programa deberá ofrecer un mecanismo que permita a las partes acceder a la información necesaria para resolver su intervención en

el programa de mediación y deberá encargarse de la supervisión del cumplimiento de los acuerdos alcanzados y de las certificaciones que correspondan. Toda persona que cumpla funciones como mediador deberá informar periódicamente al Ministerio Público o al Tribunal, según corresponda, sobre el desarrollo del proceso técnico de la mediación, sin que dicha periodicidad pueda extenderse más allá de los tres meses.

#### **4.2.5 Principios de la mediación**

Es posible encontrar los principios regulados en diversas partes del proyecto. Y se trata fundamentalmente de cuatro principios.

Ya señalábamos que, respecto de los intervinientes en los procesos de mediación, el infractor y la víctima deberán participar de manera personal y voluntaria, y, además, la mediación será siempre gratuita para las partes de acuerdo al proyecto. El artículo 35 octies, agregado con motivo de las indicaciones de marzo de 2018, señala como principios esenciales de la mediación que el mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para participar del proceso y adoptar acuerdos, y que, asimismo, la imparcialidad debe caracterizar la actuación del mediador. Por tanto, es posible encontrar los principios regulados en diversas partes del proyecto.

#### **4.3 Valoración crítica a la regulación de la mediación penal en el proyecto de ley en relación a los principios de la justicia restaurativa**

Imposible resulta desconocer el gran avance que hace este proyecto con la inclusión de la mediación como nuevo mecanismo de resolución del conflicto penal en el espacio de la justicia juvenil. Sin duda alguna, en ese ámbito, la mediación puede ser una herramienta que puede otorgar grandes beneficios, no sólo al infractor adolescente, sino a la víctima y a la sociedad.

Como aspectos positivos de la regulación del proyecto de ley cabe destacar entonces en primer lugar, que la mediación penal contaría con un sustento legal. Esto ha sido señalado como necesario para que su implementación sea exitosa dentro del sistema de justicia penal; además la experiencia comparada señala que los países donde se han desarrollado procesos restaurativos de justicia juvenil, regulan en la ley esos procesos y oportunidades de derivación<sup>174</sup>. Cabe agregar que el proyecto recoge aquel mecanismo restaurativo que más se condice con nuestra tradición legislativa, como es la mediación, sin innovar demasiado en otras alternativas que podrían resultar poco prácticas dada nuestra cultura legal, como las conferencias restaurativas.

En segundo lugar, el proyecto no restringe el acceso a un proceso de mediación a aquellos que han sido reincidentes, es decir, la reincidencia no opera como obstáculo para iniciar tal proceso. Considerar los antecedentes penales como impedimento para practicar la mediación carece de justificación, y además significaría discriminar a aquellos menores que han contado con menos oportunidades o que resultan ser “problemáticos”, sobre la base de prejuicios en clave de peligrosidad<sup>175</sup>. Es importante que esto se mantenga así y no muestre variaciones por los vaivenes de la contingencia política.

En tercer lugar, es adecuada la procedencia de la mediación antes de la formalización, para así lograr evitar el ingreso al sistema penal<sup>176</sup>. Sin duda lo anterior está en línea con los principios de la Convención Sobre los Derechos del Niño y de los instrumentos internacionales revisados.

Y en cuarto lugar, también es destacable que el proyecto asimile los efectos del artículo 335 del Código Procesal Penal<sup>177</sup> que rigen para los

---

<sup>174</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 72.

<sup>175</sup> CRUZ, Beatriz, *Op. cit.*, p. 21.

<sup>176</sup> Observatorio legislativo, *Op. cit.*, p. 9.

<sup>177</sup> El artículo 335 dispone respecto de los antecedentes de la suspensión condicional del procedimiento, acuerdos reparatorios y procedimiento abreviado 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,



antecedentes de la suspensión condicional del procedimiento, de los acuerdos reparatorios y del procedimiento abreviado, a todo proceso de mediación y a todos los antecedentes referidos a aquél. Lo anterior, incentiva la participación en un proceso de mediación que, de no existir, conllevaría a que nadie querría someterse a una mediación. Esto, se enmarca correctamente dentro de los Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal, al señalar éstos que “La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores”<sup>178</sup> y que “El solo hecho de no haber alcanzado acuerdo no será utilizado en ulteriores procedimientos de justicia penal”<sup>179</sup>.

A continuación, revisaremos los aspectos regulados por el proyecto de ley, bajo los principios de la justicia restaurativa.

#### **4.3.1 Valoración crítica del ámbito de aplicación de la mediación**

Sin perjuicio de lo innovador y positivo que resulta que el legislador incorpore la figura de la mediación en el ámbito penal juvenil, hubiese sido preferible que ésta contara con una regulación más autónoma dentro de la ley, y no que fuese regulada a propósito de la suspensión condicional del procedimiento, de los acuerdos reparatorios y del principio de oportunidad.

Aun así, debe reconocerse una ampliación de la procedencia de la mediación, con la incorporación de los acuerdos reparatorios y las modificaciones a la suspensión condicional del procedimiento, que de todas formas resulta positiva, pues abarca casos que involucran delitos de mayor gravedad que previamente no habrían podido ser acogidos a una mediación.

Por otro lado, resulta negativo que el impulso de la Mediación excepcional esté restringido solamente a un eventual impulso por parte de

---

procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado”.

<sup>178</sup> Principios Básicos, *Op. cit.*, p. 12.

<sup>179</sup> *Ídem*, p. 14.

la víctima<sup>180</sup>. Estamos de acuerdo con la opinión de que sería conveniente que el imputado también debería contar con el derecho de accionar la mediación, en los mismos términos que la víctima.

Al hacer aquello, el legislador limita el potencial que puede llegar a tener la mediación penal en la resolución de conflictos. La mediación queda restringida, en especial, si consideramos que la lógica de las salidas alternativas no opera bajo un contenido restaurativo, sino “bajo las ópticas de la negociación en el contexto del sistema adversarial o de descongestión<sup>181</sup>”. Resulta mejor contar con una regulación de la mediación más abierta y flexible, pudiendo ser ésta aplicable a más situaciones y no solo a aquellas que el actual proyecto señala.

En esta misma línea, diversos expertos han señalado que “sería deseable una regulación más amplia de la mediación como vía alternativa, la cual dé cuenta de una política pública que introduzca, más que modificaciones a la ley, una idea más acabada de justicia restaurativa, fundamental para la impartición de justicia juvenil<sup>182</sup>”.

Interesante habría sido contar con derivaciones “no excepcionales” al proceso de mediación penal a lo largo de todo el procedimiento, durante toda su tramitación, e incluso durante la ejecución de las penas. Comparte esta opinión MERA al señalar que “la mediación debería insertarse adecuadamente durante todo el proceso de justicia penal juvenil, tanto en el espacio pre judicial como durante el procedimiento, e incluso como parte del contenido de una sanción específica”<sup>183</sup>.

A su vez, en cierres de investigación muy tempranos, la restricción temporal de la mediación al cierre de la investigación, también limita aún más la posibilidad de utilizar este instrumento<sup>184</sup>.

---

<sup>180</sup> BERRÍOS, Gonzalo, 2019: “Mediación, el otro rostro de la justicia en Chile”, *Seminario*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 30 de mayo de 2019.

<sup>181</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 59.

<sup>182</sup> Observatorio legislativo, *Op. cit.*, p.13.

<sup>183</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 68.

<sup>184</sup> Observatorio legislativo, *Op. cit.*, p. 10.

Ya señalábamos como los Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal y la Recomendación del Consejo de Europa (99) 19 relativa a la mediación penal, instan a los Estados a utilizar los programas en cualquier etapa del sistema de justicia penal.

Lo más preocupante, y que en nuestra opinión requiere de una urgente revisión, es la restricción de la mediación, aún incluso después de las modificaciones introducidas en marzo de 2018, a cierta clase de delitos. Como vimos, el proyecto establece un filtro mediante la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento, el principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios.

Cierra el paso a un desarrollo de la mediación entre el joven y la víctima orientado a la desjudicialización de otros supuestos, dado el gran potencial que ostenta la mediación respecto de medidas privativas de libertad<sup>185</sup>.

Pero además el proyecto, no contento con esta limitación inicial, agrega un listado amplio de exclusión de delitos, lo cual restringe considerablemente la aplicación de un proceso de mediación.

El proyecto debería propender a que no sean derivados a mediación los delitos de bagatela. La mediación tomada en serio por el legislador debería permitir el ingreso de todo tipo de delitos, y no de aquellos que ni siquiera debieran ser judicializados. Es recomendable que el proyecto en materia de mediación penal no se limite a cierta clase de delitos, pues en estos casos los efectos de este tipo de mecanismos restaurativos son menos eficaces y, en muchas ocasiones, la mejor respuesta del sistema será simplemente la no intervención. Incluso se afirma que cuanta más efervescencia emocional hay durante el encuentro entre ofensor y víctima dentro de la mediación, mayores efectos preventivos de reincidencia se producen<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> CRUZ, Beatriz, *Op. cit.*, p. 18.

<sup>186</sup> CUADRADO, Carmen, 2015, *Op. cit.*, p. 19.

De ser así, la justicia restaurativa puede correr el riesgo de ampliar la red de control del sistema penal y no, en cambio, ofrecer vías de solución de conflicto alternativas a éste<sup>187</sup>, lo cual es diametralmente contrario a los objetivos que se buscan en materia de justicia penal adolescente.

La investigación comparada ha señalado constantemente que los procesos restaurativos son más efectivos en delitos de mayor gravedad y la razón que explicaría esto tiene que ver con el factor emocional que envuelve ese tipo de criminalidad y el potencial reparador de un encuentro restaurativo en ese contexto, en comparación con la respuesta del sistema de justicia tradicional<sup>188</sup>.

Usualmente vemos como la figura de la víctima es usada por diversos discursos políticos, comunicacionales u otros, pero sin otorgarle ventaja alguna como persona. La mediación viene a corregir aquello, al proporcionarle a ésta herramientas y espacios de diálogo para ser ella quien en conjunto con el infractor arribe a soluciones en que ambos queden satisfechos. Las víctimas de toda clase de delitos realmente contarían con la oportunidad de manifestar menor temor y rabia hacia el ofensor, y superar el trauma que deja el delito.

La justicia restaurativa precisamente se concibe como una forma de tratar de manera constructiva tanto a las víctimas como a los delincuentes, dejando de lado el discurso populista, que cree que lo que ayuda a la víctima debe herir necesariamente al delincuente<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 71.

<sup>188</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 70.

<sup>189</sup> HUDSON, Barbara, 2003: Victims and Offenders en VON HIRSCH, Andrew, V. ROBERTS, Julian and BOTTOMS, Anthony, (Edits.): *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms*, Oxford y Portland: Hart Publishing, p. 178.

### 4.3.2 Valoración crítica de los Intervinientes

Otro punto relevante es la regulación dentro del proyecto de la participación de los abogados en el proceso de mediación. Como adelantábamos, en general ésta se desalienta en el contexto de la justicia restaurativa, pues la mediación se trata del acercamiento directo entre las partes sin la intervención a través de un portavoz que pueda tener interés en mantener o acentuar el conflicto. Esto no impide que los abogados puedan ser consultados durante el proceso, al contrario, éstos deberían incentivarlo cuando corresponda, lo importante será no sustituir la participación directa del adolescente ni de la víctima<sup>190</sup>. Como vimos en la parte inicial, los Principios Básicos del uso de programas de Justicia Restaurativa en Materia penal en el párrafo 13 al referirse a las salvaguardias básicas en materia de procedimiento, destacan precisamente el derecho de consulta de la víctima y del delincuente con un asesor letrado en relación con el proceso restaurativo.

Puede ocurrir que adolescentes no quieran participar de procesos de mediación y sientan presión a involucrarse en ellos, lo que hace necesario entonces que exista un adecuado asesoramiento por parte de un abogado antes de que presten su consentimiento a acceder a participar en una mediación<sup>191</sup>. Por tanto, es importante que se regule de una manera más detallada dentro del proyecto el rol que deben tener los abogados en el proceso de mediación, asegurando el asesoramiento jurídico que correspondiere, en particular en lo que se refiere a la revisión de que la mediación se aplique cuando hay evidencia de la comisión de un delito y de que el imputado haya admitido participar de manera libre y voluntaria.

---

<sup>190</sup> MERA, Alejandra, 2009, *Op. cit.*, pp. 193-194.

<sup>191</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 69.

### 4.3.3 Valoración crítica de los Efectos procesales

Otra crítica a la regulación, dice relación con el efecto del archivo provisional en caso de una mediación exitosa previa a la formalización. El archivo provisional busca descongestionar el sistema al existir una numerosa cantidad de delitos denunciados que no tienen posibilidad de ser aclarados, por lo que es necesario archivarlos, sin perjuicio de que los datos y antecedentes que contengan las respectivas denuncias son procesados para acumularlos a otras de similares características y así eventualmente lograr el esclarecimiento futuro de algunos de ellos. El archivo provisional se caracteriza por ser reversible ante nuevos antecedentes lo cual no parece armonizar con los objetivos de la mediación<sup>192</sup>. Por tanto, que el efecto de una mediación exitosa sea el archivo provisional, resulta bastante curioso, dado que eventualmente podría revivir la causa generándose un problema jurídico al respecto<sup>193</sup>. El efecto procesal de una mediación exitosa debiese ser siempre el sobreseimiento. Compartimos lo señalado por MERA en este sentido, al señalar que la solución a la que se arribe en un procedimiento restaurativo debería implicar un cierre definitivo de la causa<sup>194</sup>, lo cual no ocurriría en este caso en los términos que establece la actual redacción del proyecto.

Y respecto de los efectos procesales de la mediación excepcional exitosa, este trabajo sostiene que también debería incluirse el sobreseimiento, y no simplemente limitarse ésta a servir como antecedente para la determinación o suspensión de la imposición de la pena, en la imposición o mantención de medidas cautelares y en las audiencias de sustitución y remisión de condena.

---

<sup>192</sup> *Ídem*.

<sup>193</sup> BERRÍOS, Gonzalo, 2018: “Análisis del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de la Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084”, *Jornadas de Responsabilidad Penal Adolescentes*. Defensoría Penal Pública, 20 de junio de 2018.

<sup>194</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 56.

#### **4.3.4 Valoración crítica del Programa especial de mediación penal y Registro de Mediadores Penales**

Por otra parte, el proyecto de ley no cuenta con una política pública resuelta. Diversos aspectos no son regulados, como quiénes serán los mediadores y cómo se seleccionarán; si serán públicos o licitados; capacitaciones de los actores involucrados; seguimiento del acuerdo restaurativo, entre otros aspectos. Dejar entregado a un Reglamento, el procedimiento, requisitos de ingreso y permanencia, supervisión, sanción y las causales de eliminación del Registro, puede resultar riesgoso para aspectos que son sensibles, y que repercuten directamente en la eficacia de la implementación y desarrollo de procesos de mediación.

Por tanto, sería más conveniente dejar estos aspectos ya zanjados en la ley. Es necesaria una exigencia de parte de la ley de que los mediadores sean efectivamente capacitados en materias como la especialidad de la justicia juvenil y los principios de la justicia restaurativa.

Todo esto, con el objeto de proporcionar una base más sólida y autónoma a la regulación de la mediación dentro del proyecto de ley, que no opere en el futuro con la lógica adversarial del sistema actual.

Puede ser útil contar con una institucionalidad que se haga cargo de estos aspectos. MERA por ejemplo sugiere la creación de una Unidad Nacional de Justicia Restaurativa dentro del nuevo servicio<sup>195</sup>, que no sólo estaría encargada de promover la capacitaciones de los diversos actores que intervienen en el proceso, sino que estaría a cargo entre otros aspectos, de diseñar y evaluar procesos de intervención, establecer estándares de mejores prácticas basados en la evidencia y de evaluar el desempeño de los programas.

---

<sup>195</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, pp. 74 y ss.

#### **4.3.5 Valoración crítica de los Principios de la mediación**

Escasos son los principios básicos que deben regir a la mediación según el proyecto de ley. Fuera de los principios de voluntariedad, gratuidad, igualdad de condiciones e imparcialidad, que sí son escuetamente mencionados en el proyecto, nada se dice de la confidencialidad, flexibilidad, buena fe, bilateralidad, profesionalidad, entre otros.

En particular, la exigencia de informar “sobre el desarrollo técnico de la mediación” establecida en el artículo 35 septies, entra en completa colisión con el principio de confidencialidad propio de toda mediación. Principio de suma relevancia en Derecho Comparado y consagrado en los instrumentos internacionales que hemos revisado. Por lo que sería conveniente eliminar dicha exigencia que de aprobarse distorsionaría dicho principio, que reiteramos, resulta básico a la luz de los principios más básicos de la justicia restaurativa<sup>196</sup>.

El hecho de que el proyecto en muy pocas ocasiones realice referencias a los principios de la justicia restaurativa, es un certero indicativo de la falta de profundidad en los postulados de la misma dentro del proyecto, lo cual sin duda se ve reflejado en los diversos articulados.

Es imprescindible contar con un catálogo claro de los principios de la mediación dentro del proyecto, con el fin de poder interpretar adecuadamente la normativa y hacer operativa en definitiva la mediación.

#### **4.3.6 Otros aspectos a considerar**

A modo de incentivar el uso de la mediación penal, puede ser conveniente la consideración de manera explícita en el proyecto de ley de

---

<sup>196</sup> Observatorio legislativo, *Op. cit.*, p. 10.



medidas reparatorias no taxativas con un contenido diverso al estrictamente pecuniario. Una forma adecuada de llevar a cabo esto, sería la realización de un proceso restaurativo entre víctima y ofensor adolescente, que se aleje de la sola idea de un cálculo negociador y que promueva tipos de reparación diversos a la sola reparación económica. De lo contrario se arriesga a que el uso de este tipo de salidas alternativas se utilice de una manera discriminatoria, al hacerla posible solamente para aquellos imputados que puedan solventar económicamente la reparación. Ya decíamos que esto generó la inquietud de los parlamentarios en su momento en la tramitación del proyecto de ley de la Ley 20.084, al considerar la mediación como un mero mecanismo de compensación económica de quienes disponían más recursos.

Pero también porque otros tipos de reparación, como las disculpas, explicaciones, la realización de un trabajo a favor de la víctima o la comunidad, la reparación del objeto dañado, tienen un sentido más restaurativo y muchas veces son preferidas por las víctimas en el marco de la justicia penal adolescente<sup>197</sup>, y desconocer esto significaría acotar enormemente las posibilidades de llegar a efectivas soluciones restaurativas.

Una política pública que regule de forma adecuada y vasta la mediación es fundamental, para así evitar el contacto de jóvenes con el sistema penal. Por tanto, es necesario que el proyecto mejore en la introducción de una idea más profunda en justicia restaurativa que puede resultar muy beneficiosa para el sistema de justicia juvenil en aquellos objetivos que la actual ley no ha podido satisfacer.

Si bien es cierto que se podrían introducir determinados mecanismos o procesos restaurativos en el contexto de la legislación actual -como pretende hacer el actual proyecto de ley- tales iniciativas se verían muy limitadas desde el punto de vista de obtener los resultados restaurativos

---

<sup>197</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 65.

esperados<sup>198</sup>. Los resultados serían relegados por un sistema que hasta ahora opera en una lógica que se opone teóricamente a los objetivos y postulados de la justicia restaurativa. Y como hemos dicho, todo esto, en un sistema que aún no cuenta con la debida especialización que se requiere. Por tanto, junto con una regulación adecuada y amplia de la mediación penal en el proyecto de ley, es necesario seguir avanzando en materia de especialización. De lo contrario, continuaremos operando en un sistema de justicia juvenil que no cumple la obligación legal de especialización de los actores.

Sobre esto, los expertos han señalado que en materia de especialización institucional el proyecto de ley implica un avance<sup>199</sup>, pero que lamentablemente quedan dudas acerca de si estos cambios pueden considerarse suficientes o no, en términos de la cobertura especializada de causas que el sistema alcanzaría, de aprobarse el proyecto de ley<sup>200</sup>.

Respecto de la especialización técnica se ha señalado que no existen avances que permitan un grado mayor a nivel de cortes de apelaciones, de policías o de exigencias para los funcionarios de Gendarmería que trabajan en el ámbito penal adolescente y que no se establecen incentivos para que los profesionales se especialicen y trabajen en el sistema juvenil<sup>201</sup>.

Lo anterior, no deja de preocupar si miramos el pasado y nos percatamos de que se trata de un desafío muchas veces ya denunciado y que urge de sobremanera abordar. Sobre todo, si se busca contar con una mediación operativa y que se ajuste a las exigencias necesarias de especialidad que se requiere por parte de los actores que en ella participan.

---

<sup>198</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 3.

<sup>199</sup> MERA, Alejandra, 2018, *Op. cit.*, p. 12.

<sup>200</sup> Observatorio legislativo, *Op. cit.*, p. 12.

<sup>201</sup> Observatorio legislativo, *Op. cit.*, p. 12.

## Conclusiones

Este trabajo se ha propuesto analizar las distintas disposiciones –y la evolución que han sufrido las mismas en el trámite legislativo- del proyecto de ley que incorpora la mediación penal a la justicia juvenil en nuestro ordenamiento, bajo los lentes de la justicia restaurativa. Analizadas las disposiciones, se realizó una valoración crítica de aquellos aspectos que deben ser conservados y aquellos que merecen ser reevaluados.

En ese sentido, se destaca que el legislador esté consciente de la necesidad de incorporar herramientas restaurativas, que vienen a complementar nuestro sistema de justicia penal juvenil tradicional, pero sin duda hay aspectos que merecen ser modificados en la regulación para lograr así los objetivos que promulga la justicia restaurativa. Esto es sin perjuicio, de los avances necesarios en materia de especialidad que se encuentran aún pendientes.

Como dijimos, para que el proyecto de ley realmente genere los efectos que se propone, es necesario abordar la regulación de la mediación de una forma autónoma, abierta y flexible, y que, en su aspecto más crítico y urgente, incluya toda clase de delitos, en especial, aquellos más graves, sin previas exclusiones. De lo contrario, nuevamente contaremos con una medida alternativa a la privación de libertad, que tendrá nula aplicación práctica. Pero no solo ello, pues es necesario, además, profundizar en la regulación, abordar los aspectos operativos, ampliar los efectos de la mediación, señalar qué rol tendrán los abogados, definir los principios de la mediación, entre otros aspectos.

En definitiva, urge que el proyecto de ley se aleje de la lógica adversarial propia del sistema de adultos e incorpore una mirada restaurativa y autónoma en la regulación.

Teniendo en consideración los beneficios para el infractor adolescente y la víctima que conlleva la participación en un proceso de solución colaborativa de los conflictos penales, como la mediación, y el poder lograr

en éstos una efectiva responsabilización y una verdadera reparación, respectivamente, el país enfrenta un enorme desafío y oportunidad para mejorar la justicia penal adolescente.

Las reformas al sistema penal y las leyes se basan en buenas intenciones y pueden generar altas expectativas en la ciudadanía, por ello, es necesario aprender de los errores del pasado y de aquellas falencias con las que cuenta nuestra actual regulación, para así finalmente lograr los objetivos propuestos.

## Bibliografía

### Autores

AERTEN, Ivo and WILLEMSSENS, Jolien, 2001: “The European forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice”, *European Journal on Criminal Policy and Reserch* 9, 291-300.

ALBRECHT, Peter-Alexis, 1990: *El Derecho Penal de Menores*, (trad.) Colección El Sistema Penal, Barcelona, PPU.

BARATTA, Alessandro, 2004: “Principios de Derecho Penal Mínimo” en BARATTA, Alessandro: *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires: Editorial B de F.

BERRÍOS, Gonzalo, 2005: “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, *Revista de Estudios Jurídicos de la Justicia*, n° 6.

\_\_\_\_\_, 2008 “Cuatro consideraciones acerca del Derecho Penal Juvenil y los Derechos de la Infancia” en MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA – DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN: *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*, III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, Buenos Aires: La Ley.

\_\_\_\_\_, 2011: “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”, *Polít. crim.*, Vol. 6, n° 11.

\_\_\_\_\_, 2018: “Análisis del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de la Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084”, *Jornadas de Responsabilidad Penal Adolescentes*. Defensoría Penal Pública, 20 de junio de 2018.

\_\_\_\_\_, 2019: “Mediación, el otro rostro de la justicia en Chile”, *Seminario*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 30 de mayo de 2019.

BUSTOS, Juan, 1990: *El Derecho Penal de Menores*, Barcelona: PPU.

\_\_\_\_\_, 2004: *Obras completas Tomo II, Control Social y otros estudios*, Lima: Ara Editores.

CANO, Miguel, 2004: “Posibilidades de “diversión” por parte del Ministerio Fiscal en el Derecho penal juvenil alemán”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, n° 13.

CENTRO UC POLÍTICAS PÚBLICAS, Observatorio legislativo, Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, marzo 2018 n° 36.

CILLERO, Miguel, 1998: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño” en GARCÍA, Emilio & BELOFF, Mary (Comps.): *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Colombia: Temis/Depalma.

CUADRADO, Carmen, 2015: “La mediación: ¿Una alternativa real proceso penal?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, RECPC 17-01.

CRUZ, Beatriz, 2005: “La mediación en la ley orgánica 5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-14.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, 1993: *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires: Depalma.

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Unidad De Defensa Juvenil, 2006: Documento de Trabajo N° 3/2006: Principales Aspectos de la Teoría del Desarrollo Adolescente: Guía para Defensores Penales Juveniles.

DÍAZ, Alejandra, 2010: “La Experiencia de la Mediación Penal en Chile”, *Polít. crim.*, Vol. 5, n° 9.

DÍAZ, Juan, 2011: “Propuestas para la práctica de la mediación penal”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 3-2011.

DUCE, Mauricio, 2010: “El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno”, *Polít. crim.*, Vol. 5, n° 10.

DUFF, R.A, 2001: *Punishment, Communication and Community*, Nueva York: Oxford University Press.

DUFF, Antony, 2002: *Punishing the Young*, en DUFF, Antony y WEIJERS, Ido (Edits.): *Punishing Juveniles Principle and Critique*, Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing.

DUFF, Antony and WEIJERS, Ido (Edits.), 2002: *Punishing Juveniles Principle and Critique*, Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing.

EIRAS, Ulf, 2001: “La mediación en la Justicia Penal Juvenil”, *Revista CREA*, N° 2, Año 2.

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil, Resumen Ejecutivo, octubre 2017.

FACULTAD DE CIENCIAS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil, Informe Final, octubre 2017.

FISCALÍA JUDICIAL CORTE SUPREMA, Informe sobre los principales problemas que aparecen relevantes respecto de las visitas realizadas, por los Fiscales Judiciales a los Recintos Penitenciarios durante el año 2017.

FRANCÉS, Paz y SANTOS, Eduardo, 2010: “La mediación penal, ¿un modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal?”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, n° 75.

GARCÍA-BORÉS, Josep, 2003: El impacto carcelario, en BERGALLI, Roberto (Coord.): *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

GAVRIELIDES, Theo, 2007, *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the discrepancy*, Helsinki, European Institute for Crime Prevention and Control (HEVNI), Publication Series 52.

GUZMÁN, José Luis, 2017: “Sentido de la pena y reparación”, *Polit. crim.* Vol. 12, n° 24.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ, Francisco, 1989: *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

HERNÁNDEZ, Héctor, 2007: “El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “Teoría del delito””, *Revista de Derecho*, Vol. XX, n° 2.

HOLLINGSWORTH, Kathryn “Teorizando los derechos de los niños dentro de la justicia juvenil: el significado de la autonomía y los derechos fundacionales”. *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil V*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Estudio de las condiciones carcelarias en Chile, diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la integridad personal en 2016-2017, 2019.



MAÑALICH, Juan Pablo, 2007: “La pena como retribución”, *Estudios Públicos*, 108.

\_\_\_\_\_, Juan Pablo, 2005: “Pena y Ciudadanía”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Año 2005, n° 6.

\_\_\_\_\_, Juan Pablo, 2010: “Retribución como coacción punitiva”, *Derecho y Humanidades*, Vol. 1, n° 16.

MARSHALL, Tony, 1999: *Restorative Justice An Overview*, London: Home Office.

MERA, Alejandra, 2009: “Justicia restaurativa y proceso penal. Garantías procesales: Límites y posibilidades”, *Revista Ius Et Praxis*, Año 15, n° 2.

\_\_\_\_\_, 2018: *Reforma a la justicia penal adolescente: ¿Por qué no dar un giro hacia la justicia restaurativa?*, Santiago: Anuar Quesille (UNICEF).

MINISTERIO PÚBLICO, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS Y DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Convenio de Colaboración para la derivación de casos a Mediación Penal Juvenil y Estudio Práctico entre el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Defensoría Penal Pública, 26 de diciembre de 2016, Santiago, Chile.

NACIONES UNIDAS, Manual Sobre Programas de Justicia Restaurativa (2006).

NACIONES UNIDAS, Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 10 (2007).

NACIONES UNIDAS, Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 12 (2009).

ROXIN, Claus, 1976: *Sentido y Límites de la Pena Estatal*, Madrid: Reus.

SALINERO, Sebastián, 2012: “¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal”, *Revista Ius et Praxis*, Año 18, n° 1.

VON HIRSCH, Andrew, 1993: *Censure and Sanctions*, Oxford: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_, “Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencia con la de los adultos?”. Estudios en Derecho Penal Juvenil III. Disponible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/d8afd5444df3c97fb2b64cfb3692d79d.pdf>

VON HIRSCH, Andrew, V. ROBERTS, Julian and BOTTOMS, Anthony, 2003: *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford y Portland: Hart Publishing.

VON HIRSCH, Andrew and ASHWORTH, Andrew, Co-author: Clifford Shearing, 2005: *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford: Oxford University Press.

WALGRAVE, Lode, 2002: Not Punishing Children, but Committing Them to Restore en DUFF, Antony y WEIJERS, Ido (Edits.): *Punishing Juveniles Principle and Critique*, Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing.

WALGRAVE, Lode, 2003: Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to the Crime en VON HIRSCH, Andrew, V. ROBERTS, Julian and BOTTOMS, Anthony, 2003: *Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford y Portland: Hart Publishing.

## Instrumentos

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (2012) por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Directrices de la Comisión Europea (2007) para la mejor implementación de la Recomendación relativa a mediación penal para la eficiencia de la justicia.

Directrices del Consejo de Europa (2010) sobre justicia adaptada a los niños.

Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning mediation in penal matters (2007), European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ).

Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. Mensaje N° 68-347, 2 de agosto de 2002, en Sesión 24, Legislatura 347.

Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal (2002) ECOSOC, I. 1, 2, 3.

Promoviendo la Justicia Restaurativa para los niños (2013), Documento de la Representante Especial de la Secretaría General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los niños.

Recomendación CM/Rec (2018) 8, del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal.

Recomendación N° R (99) (1999), del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, relativa a la mediación en materia penal.