



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

LA MEDIACIÓN PENAL EN LA REFORMA A LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

DANIXA TORRES GONZÁLEZ

Profesor guía: Gonzalo Berríos Díaz

Santiago de Chile
2024

TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	4
Introducción.....	5
1. Bases teóricas y conceptuales.....	8
1.1 Sistema penal juvenil en Chile.....	8
1.2 Justicia restaurativa.....	10
1.3 Mediación penal.....	16
1.4 Mediación penal en la justicia juvenil.....	19
1.4.1 Calidad de la mediación penal juvenil.....	21
1.4.2 Rol del mediador.....	23
2. Legislación y experiencias en el ámbito nacional.....	24
2.1 Experiencias de mediación penal en el contexto nacional.....	24
2.2 Contextualización a partir de la Reforma Procesal Penal y la Nueva Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente	31
3. Análisis y perspectivas de la Ley N°21.527 en materia de mediación penal.....	39
3.1 Ámbito de aplicación.....	40
3.2 Principios.....	43
3.3 Intervinientes	44
3.4 Efectos procesales.....	46
3.5 Mediación excepcional.....	47
3.6 Programa especial de mediación penal.....	49
Conclusiones.....	52
Bibliografía.....	54

RESUMEN

Luego de la aprobación de la Ley N°21.527 que Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e Introduce Modificaciones a la Ley N°20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes , y a otras normas que indica, por primera vez en Chile se reconoce y regula legalmente la mediación penal juvenil. Dicho texto en su mensaje establece que la justicia restaurativa es una teoría afín y siendo la mediación una de sus prácticas más representativas cabe preguntarse en qué medida la redacción final del texto que finalmente se aprobó se ajusta o no a sus lineamientos. Para dar respuesta a dicho cuestionamiento este trabajo aborda las bases teóricas de la cuestión, realiza un estudio de la legislación y las experiencias que se han desarrollado en el ámbito nacional, para luego abordar las modificaciones que sufre el texto la Ley N°21.527 durante su tramitación legislativa.

Palabras clave: mediación – mediación penal – justicia restaurativa – responsabilidad penal adolescente

INTRODUCCIÓN

El Sistema Penal Juvenil se instaura inéditamente en Chile luego de la entrada en vigencia de la Ley N°20.084 que establece la responsabilidad penal de los adolescentes y con ella se deja atrás el modelo condicional de imputabilidad que existía hasta ese entonces. En el transcurso de la implementación de este cuerpo legal se advirtieron falencias asociadas principalmente a su indiferenciación con el sistema penal de adultos y con ello su inadecuación a los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile en materias de infancia.

A la luz de este escenario surge por iniciativa presidencial el proyecto Boletín 11174-07, que el año 2017 ingresa a tramitación por iniciativa del Ejecutivo y crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil como servicio público, descentralizado y altamente calificado, cuyo objeto es la administración y ejecución de las medidas y sanciones contempladas en la Ley N°20.084, la implementación de políticas de carácter intersectorial y el desarrollo de programas –según enuncia el mensaje– que contribuyan a la modificación de la conducta delictiva y favorezcan la integración social de los jóvenes sujetos de atención.

El mensaje enuncia también los nudos críticos de la normativa vigente en materia penal juvenil, los que se caracterizan como antecedentes de la creación del proyecto. En primer término, el sistema no logra la reinserción de los adolescentes, es ineficaz en términos preventivos, existe una total ausencia de contenidos realmente disuasivos en las sanciones dispuestas, algunas de las modalidades de reacción son desproporcionadas y facilitadoras de la desocialización de los jóvenes; en lo que refiere a las condiciones de los centros privativos de libertad, se los caracteriza como inadecuados para los menores de edad; en cuanto a la especialización del sistema penal juvenil, se señala que el sistema actual no ofrece criterios en esa línea.

A propósito de los desafíos que implicó hacerse cargo del diagnóstico de las falencias con las que estaba operando el sistema penal juvenil es que el proyecto Boletín 11174-07 asumió la tarea de generar una política nacional de reinserción social juvenil. Dicha tarea implicó reformar la Ley N°20.084, la especialización de los actores

del sistema penal juvenil, la creación de un modelo único de intervención y la escisión del SENAME para la creación del Servicio de Protección Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes y el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.

Luego de su aprobación la Ley N°21.527 fue publicada en el Diario Oficial el 12 de Enero del año en curso, trayendo consigo, por primera vez, el reconocimiento y regulación legal de la mediación en el sistema penal chileno, específicamente en su rama juvenil. El proyecto enuncia a través de su mensaje que la justicia restaurativa es una teoría afín y siendo la mediación una de sus prácticas más representativas cabe preguntarse en qué medida la redacción final del texto se ajusta o no a sus lineamientos.

Así, este trabajo aborda las bases teóricas de la cuestión dando cuenta de los hitos del establecimiento del sistema penal juvenil en Chile junto con una caracterización de la justicia restaurativa a través de sus definiciones, la singularización de sus programas, bases, principios, los elementos básicos de sus procesos, valores y metas. Del mismo modo se caracteriza a la mediación penal como un mecanismo restaurativo que se relaciona íntimamente con fenómenos tales como los cuestionamientos a la legalidad de la pena, el reposicionamiento de la víctima en el conflicto penal, el etiquetamiento, la responsabilización del infractor de ley y la reparación del daño. Para luego distinguir la mediación penal que se da dentro del contexto de la justicia juvenil, caracterizando a sus usuarios, desarrollando la relación que existe con la diversificación de respuestas ante el conflicto penal, para luego desarrollar la incorporación e implementación de este mecanismo en los ordenamientos jurídicos nacionales y el consecuente proceso de adecuación de éstos. Finalmente, se detallan los valores que inciden en la calidad de la mediación penal juvenil y el rol que tiene el mediador en el desarrollo de este proceso.

Posteriormente se realiza un estudio de la legislación y las experiencias que se han desarrollado en el ámbito nacional. Se da cuenta de la adopción de la mediación como práctica en el Derecho de Familia, Civil y Laboral para contrastarla luego con la consecuente adopción de ésta en Derecho Penal. Posteriormente se desarrollan las diferentes iniciativas prácticas que se han dado lugar en el país en esta sede sin

reconocimiento legal mencionando las principales características de su puesta en funcionamiento. Se realiza una contextualización a partir de la Reforma Procesal Penal, su vinculación con la recepción de la justicia restaurativa en el ámbito nacional y sus manifestaciones, la consecuencial aprobación de la Ley N°20.084 y sus procesos y resultados restaurativos asociados.

Finalmente la Ley N°21.527 contiene modificaciones a dicho cuerpo legal e introduce a la mediación penal como una vía de alternatividad al proceso penal juvenil, por lo que se da cuenta de la regulación específica de este mecanismo, las modificaciones que sufrió o no dicha institución durante la tramitación del proyecto en sus aspectos regulados, a saber, su ámbito de aplicación, principios, intervinientes, efectos procesales, mediación excepcional y el programa especial de mediación penal.

1. BASES TEÓRICAS Y CONCEPTUALES

1.1 Sistema penal juvenil en Chile

La Ley N°20.084 entró en vigencia el año 2006 como una de las bases de un vasto conjunto de reformas a las políticas de Estado y leyes relativas a la infancia y a la adolescencia en Chile. Inédita, en tanto establece por primera vez la responsabilidad penal de jóvenes menores de 18 años por infracciones a la ley penal. Las motivaciones que explican su nacimiento son diversas.

Desde un punto de vista jurídico, según se enuncia en su mensaje, su formulación se fundamenta en que la legislación que hasta entonces se encontraba vigente entraba en contradicción o derechamente vulneraba tanto la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño –en adelante CIDN–, que había sido ratificada en el año 1990, como disposiciones constitucionales, tanto infantes como adolescentes imputados estaban sometidos a un “modelo condicional de imputabilidad, caracterizado por la discrecionalidad judicial para apreciar la concurrencia de los elementos subjetivos relativos a la capacidad de culpabilidad”¹. A lo antedicho se suma la concurrencia de “procesos sin forma de juicio; aplicación de medidas sin participación de abogados defensores y dictadas por tiempo indeterminado; sanciones privativas de libertad que vulneran el principio de legalidad a través de la utilización de fórmulas abiertas tales como la irregularidad, los desajustes conductuales o el peligro material o moral”, como también enuncia el mensaje en comentario.

Desde un punto de vista político-social, había quienes instaban por la modificación del sistema tutelar de menores por necesidades de ley y orden², al tiempo que en los medios de comunicación proliferaban noticias donde menores de edad cometiendo delitos eran los protagonistas, aquello derivó en que parte de la ciudadanía apareciera

¹ Cillero, <<Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes>>, *Anuario de Derechos Humanos* 2 (2006): 189. doi:10.5354/0718-2279.2011.13386.

² Berríos, <<El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes>>, *Revista de Estudios de la Justicia* 6, (2005): 162. doi: 10.5354/0718-4735.2011.15079.

legitimando la posibilidad de un aumento en la severidad de la respuesta penal³, lo que se tradujo en el establecimiento de la responsabilidad penal de los adolescentes cuya edad estuviese entre los 14 y 17 años.

El escenario que venimos describiendo representa la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico nacional a las obligaciones contraídas en el ámbito internacional y a su vez intenta dar respuesta al temor de la ciudadanía ante el virtual incremento de la criminalidad juvenil; también generó amplio debate social y parlamentario y tuvo como corolario la divergencia que existe entre el proyecto presentado y la ley que finalmente se aprobó. Diferencias que tienen su inspiración principalmente en los “argumentos relativos a necesidades de prevención del delito y al convencimiento de algunos legisladores de que el rigor punitivo y la mayor simetría entre el Derecho Penal de adultos y el de adolescentes, tendrían como resultado la disminución de la delincuencia juvenil”⁴. Estas dos corrientes finalmente convergen en el mismo cuerpo normativo lo que finalmente se tradujo en un derecho penal juvenil de dos velocidades⁵, que por una parte busca adecuar el ordenamiento a garantías otorgadas a nivel internacional al tiempo que consagra un modelo criminal de corte más punitivo para la infancia.

Ha transcurrido más de una década desde que comenzara a operar el nuevo sistema de responsabilidad penal adolescente y es posible señalar que ha sido insuficiente para alcanzar los objetivos que con su instauración se pretendían, principalmente porque “no logra reinsertar ni se muestra eficaz en términos preventivos”⁶ y con ello queda en cuestión su efectiva adecuación a la normativa internacional.

Así se ha llegado a la constatación de que aún queda por hacer en miras a lograr implementar un sistema de justicia juvenil especializado, que esté eficazmente

³ Villegas, <<Juventud, pobreza y marginalidad: La ley de responsabilidad penal adolescente en Chile y su “inadecuación” a los Tratados Internacionales>> en *Responsabilidad Penal Adolescente Ley N° 20.084*, (Santiago: El Jurista, 2013), 21-23.

⁴ Cillero, <<Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes>>, 190.

⁵ Amante et al., *La mediación en el Derecho Penal de menores*, 72-3.

⁶ Mensaje, Proyecto Boletín 11.174-07

adecuado a los tratados internacionales en la materia. Como respuesta a dicha necesidad es que en el año 2017, por iniciativa presidencial, se ingresa para su tramitación legislativa el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Juvenil (Boletín 11174-07), con el objeto de profundizar la implementación de la CIDN, reformulando tanto la administración como la ejecución presente en la normativa vigente relativa a los delitos cometidos por menores de edad, modificando las sanciones alternativas a la internación y las medidas alternativas al procedimiento penal.

Para ello el proyecto propone un modelo único de intervención y, según se enuncia en su mensaje, asume una postura teórica de criminología evolutiva y del ciclo vital y destaca como afines las prácticas derivadas de la justicia restaurativa, entre otras. En esta misma línea, se contemplan modificaciones a las salidas alternativas al procedimiento y se incluye en su texto, por primera vez, a la mediación como una vía de este tipo.

1.2 Justicia restaurativa

Hace más de 40 años que la justicia restaurativa viene desarrollándose en diversos países y es en Canadá donde se sitúa usualmente su nacimiento. En el año 1974 *el Mennonite Central Committee* introdujo la mediación penal como mecanismo para dar solución a algunos casos, en un espacio otorgado por ciertos tribunales del mencionado país⁷. Sin perjuicio de lo dicho, también ha sido sindicada como el “modelo de justicia criminal dominante en la historia de la humanidad y que las tradiciones pertenecientes a esta corriente se han perpetuado hasta nuestros días”⁸. Dada la disparidad que existe a la hora de situar su nacimiento⁹ –una data de cuatro décadas o una que la posiciona como una práctica histórica con incidencia en diferentes territorios y épocas–, se ha sugerido que la justicia restaurativa puede caracterizarse

⁷ Mera, <<Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades>>, *Revista Ius Et Praxis* 15, n.º2 (2009): 169.

⁸ Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 5-7.

⁹ La posición dominante es aquella que propone un marco temporal más temprano.

de mejor forma como “un movimiento nuevo, que lejos de ser unívoco, reúne diferentes tendencias”¹⁰.

La literatura ofrece distintas definiciones de justicia restaurativa, esto se debe a la diversidad y a la naturaleza evolutiva de los enfoques con que se la estudia. Una definición comúnmente aceptada en el ámbito internacional y enunciada por Tony Marshall es aquella que caracteriza a la justicia restaurativa como “un proceso por medio del cual las partes involucradas en un delito específico, resuelven colectivamente cómo lidiar con las consecuencias de la ofensa y las implicancias que ésta tenga a futuro”¹¹. En el mismo sentido, Zehr la define como un “proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan interés en una ofensa en particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivadas de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”¹².

Algunas definiciones enfatizan la dimensión participativa del proceso, los encuentros y la participación activa a través del diálogo. Otras, ponen el acento en los resultados restaurativos como la reparación, la recuperación de la víctima y la reintegración del infractor. Sin embargo, según la ONU se pueden establecer elementos comunes presentes en gran parte de las definiciones, a saber, la puesta en foco del daño causado por la acción delictiva; voluntariedad en la participación de la víctima y el ofensor y, en algunos procesos, sus cercanos o familiares, miembros de la comunidad o profesionales del área; preparación de las partes y facilitación del proceso por capacitados en justicia restaurativa; diálogo entre las partes para lograr un entendimiento de lo sucedido, sus consecuencias y un acuerdo sobre lo que debe hacerse a futuro. Los resultados de un proceso restaurativo varían y pueden incluir la muestra de remordimiento y/o el reconocimiento de responsabilidad por parte del autor, el compromiso del mismo de efectuar alguna acción en favor de la víctima o la comunidad, la oferta de apoyo a la víctima para ayudarla en su recuperación y al

¹⁰ Mera, <<Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades>>, 169.

¹¹ Marshall, *Restorative Justice* (London: Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999), 5.

¹² Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*. (Intercourse, PA: Good Books, 2007). En: Ulf Christian Eiras Nordenstahl, <<La mediación en la Justicia Penal Juvenil>>, *Revista CREA* 6, n.º6, (2009): 49

ofensor para propiciar su reintegración y el desestimiento de la actividad delictiva¹³.

La justicia restaurativa así caracterizada se erige como un proceso que otorga nueva significación a la posición de la víctima, al agresor y a la comunidad como parte del conflicto penal. Luego, contempla la reparación como el fruto de una serie de procesos reflexivos que tienen por objeto lograr, en primer término, reconocer cuáles son las consecuencias perniciosas de la ofensa, como también, establecer las vías por medio de las cuales se pretende enmendarlas.

Otros autores, otorgan una visión maximalista de la justicia restaurativa donde estarían incluidos tanto los procesos restaurativos, tales como la mediación o las conferencias comunitarias, como los resultados reparadores, entre los cuales se cuentan las disculpas públicas o la compensación¹⁴.

La definición que entrega la ONU en su Manual sobre programas de justicia restaurativa es útil en tanto se ocupa de esta división, de modo tal que define tanto los procesos como los resultados restaurativos. Los primeros son “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 las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”¹⁵. Mientras que el resultado restaurativo es “un acuerdo alcanzado como resultado de un proceso restaurativo”¹⁶, éste puede incluir derivaciones a programas de reparación, restitución y servicios comunitarios; en casos que involucran ofensas serias, puede combinarse con otras medidas, todo ello encaminado a atender las necesidades y responsabilidades de las partes y a lograr la reintegración de víctima y ofensor.

Dicha organización también se ocupa de singularizar los programas de justicia restaurativa y los define como “todo programa que utilice procesos restaurativos e

¹³ ONU, Handbook on Restorative Justice Programmes, (Viena: 2020), https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf

¹⁴ Walgrave, <<Extending the Victim Perspective Towards a Systemic Restorative Justice Alternative>> en: *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice*, ed. Adam Crawford, Jo Goodey. Citado por: Alejandra Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, *Política Criminal* 5, n.º 9, (Julio 2010): 3. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf.

¹⁵ ONU, Handbook, 7.

¹⁶ ONU, Handbook, 7.

intente lograr resultados restaurativos”¹⁷, caracterizados por ser respuestas flexibles a las circunstancias del delito que permiten considerar cada delito de forma particular. Los programas restaurativos se perfilan así como procesos donde se respeta tanto la dignidad como la igualdad de los involucrados, al tiempo que se desarrolla el entendimiento entre ellos y se promueve la armonía social por medio de la reparación de víctimas, ofensores y comunidades. Estos programas se instauran como alternativa, en muchos casos, al sistema de justicia penal formal y a los efectos estigmatizantes que éste tiene en los infractores de ley. A su vez, presentan la versatilidad suficiente como para conferir la posibilidad de ser utilizados de manera conjunta con los procesos y sanciones de la justicia penal tradicional. Así también constituyen un método que incorpora la solución de los problemas que se suscitan con el delito y están dirigidos a las causas subyacentes del conflicto penal.

La justicia restaurativa, en palabras de Tony Marshall, “no es, por lo tanto, una teoría académica única del crimen o la justicia, sino que representa, de una manera más o menos ecléctica, el acrecentamiento de la experiencia real en el trabajo exitoso con problemas criminales particulares”¹⁸, contempla, por tanto, variedad de programas en los diversos lugares en que ésta ha logrado desarrollarse.

Las bases¹⁹ de la justicia restaurativa, según Karen Strong y Daniel Van Ness, son la inclusión, encuentro, reparación y reintegración. La inclusión en este contexto ha sido definida como la oportunidad directa y activa de participación que tienen víctimas, ofensores y miembros de la comunidad en los procedimientos que se derivan de la ocurrencia de un delito. Los programas restaurativos brindan a las partes involucradas la posibilidad de enfrentarse entre sí y de encontrarse, humanizando la relación que entre ellos devino y permitiendo un espacio de creatividad para idear soluciones y proyectar el futuro de las partes. Algunas de las prácticas que donde este valor es central son la mediación víctima-ofensor, las conferencias, círculos y paneles de impacto. La reparación es enunciada como otro de los cimientos de la justicia restaurativa y, en este afán constructivo, prima la diversidad de respuestas a la ofensa

¹⁷ ONU, Handbook, 7.

¹⁸ Marshall, *Restorative Justice*, 7.

¹⁹ Strong y Van Ness, *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice* (Massachusetts: Anderson, 2015), 63-131.

antes que la consideración de la cárcel como exclusiva vía de castigo. Por último, la reintegración o reinserción tanto de la víctima como del ofensor se consigue por medio del cuidado, el respeto y la reafirmación de su dignidad, ayuda práctica para enfrentar los desafíos más inmediatos que estas posiciones suponen, orientación y cuidado espiritual y moral, consolidando la idea de que el futuro no debe necesariamente estar determinado por el momento que circunscribe el delito y los procedimientos que ante su ocurrencia se suceden. Lograr los objetivos que plantea la reinserción no sólo fortalece a las víctimas y a los ofensores, sino que también sirve para reforzar los valores y la capacidad de recuperación de la comunidad toda.

En la misma línea descrita, resultan útiles también, los principios que Marshall desarrolla: “el crimen como un problema compartido que necesita una solución; la aceptación de las negociaciones y el compromiso; involucrar a todas las partes afectadas; valoración de la reparación por encima del castigo; escuchar a la víctima y al infractor; oportunidad de rehabilitación y reconciliación; búsqueda de elementos positivos en el infractor; atención a las emociones y aspectos materiales del conflicto, y creatividad en la búsqueda de soluciones”²⁰.

La ONU enuncia cuatro elementos básicos²¹ para que un proceso restaurativo alcance sus objetivos, a saber, una víctima identificable, su participación voluntaria, que el ofensor acepte su responsabilidad en la actividad delictiva y su participación voluntaria²². El objetivo es generar una dinámica interactiva específica entre las partes para crear un ambiente en que los intereses y necesidades de los participantes y la sociedad puedan ser satisfechos.

Asimismo declara que los programas de justicia restaurativa y el tipo de resultado que buscan generar han permitido la elaboración de valores del proceso²³ que se ven manifestados en diferentes intensidades en cada una de las formas que tiene la justicia restaurativa. Así los procesos restaurativos se caracterizan por un trato respetuoso

²⁰ Marshall. Restorative Justice. Nueva York: Editorial Overview, 1999. 36 p. Citado por: *María Soledad Fuentealba Martínez e Isabel González Ramírez, <<Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile>>, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 4, n°3 (2013): 189, doi: <http://dx.doi.org/10.7770/rchdycp-V4N3-art639>.*

²¹ ONU, Handbook, 8.

²² ONU, Handbook, 8.

²³ ONU, Handbook, 8-9.

hacia las partes fomentando su participación, funcionan de mejor modo cuando permanecen claros y predecibles pero al mismo tiempo flexibles ante las circunstancias particulares de cada caso. Además en ellos existe un trabajo tendiente a lograr un compromiso genuino de las partes en dar cumplimiento al acuerdo alcanzado privilegiando los resultados consensuales por sobre los resultados impuestos

En la misma línea, señala las metas a las que se debe advenir en el proceso restaurativo²⁴ entre las cuales se encuentra que las víctimas que consientan estar involucradas en el proceso, que su participación sea segura y consigan satisfacer sus intereses. Así también, que los infractores consigan entender cómo la acción delictiva afectó a las víctimas, se responsabilicen de las consecuencias de ésta y adquieran compromiso en la reparación y en resolver los factores que provocaron su comportamiento. Por último, que las partes comprendan la dinámica de la conducta delictual y la obtención de un sentido de cierre y reintegración a la comunidad.

De la necesidad de ampliar las formas de respuesta al conflicto penal se deriva la exigencia de modernizar los sistemas penales imperantes, así pues, vienen promoviéndose reformas legales que tienen por objeto diversificar las posibilidades de solución a la cuestión penal con programas colaborativos que favorezcan y garanticen mayor participación, colaboración y satisfacción de los involucrados. Es este plano, ya más práctico, que involucra el diseño y la puesta en marcha de dichos programas en los diferentes territorios nacionales es donde las bases, principios, elementos básicos, valores y metas que enunciamos precedentemente tienen una importancia relevada, ya que sirven como directrices para la caracterización de los programas de justicia restaurativa, son éstos los que “permiten el diseño de agendas progresivas de incorporación de valores restaurativos en los sistemas legales, lo cual adquiere especial relevancia tratándose de sistemas de justicia que se encuentran en una fase inicial de implementación de la justicia restaurativa”²⁵.

²⁴ ONU, Handbook, 9.

²⁵ Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 3.

1.3 Mediación Penal

Dentro de la diversidad de mecanismos o procedimientos restaurativos que “comparten en esencia una mirada alternativa en el tratamiento y abordaje del delito”²⁶ encontramos a la mediación penal, cuyo surgimiento está profundamente emparentado con el de la justicia restaurativa y es su práctica más fecunda en el ámbito internacional. Las primeras apariciones de este procedimiento surgieron a propósito del cuestionamiento que hacen de la legalidad pena los movimientos abolicionistas, así como la creciente importancia que va adquiriendo el reposicionamiento de la víctima y la reparación en el ámbito penal²⁷. Así también, la mediación penal ha sido validada como mecanismo por recomendaciones de diversos organismos internacionales tales como Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, la Unión Europea y el Consejo de Europa.

La atribución de responsabilidad se ha erigido como piedra angular del Derecho Penal, lo que explica la relevancia eclipsante que ha tenido la confrontación entre autor y norma jurídica vulnerada en detrimento de otras aristas que tiene el conflicto social que implica el delito, en particular, la posición e intereses de la víctima. La desposesión del conflicto al que se ha sometido a las víctimas en pos del monopolio estatal sobre éste es consecuencia de un sistema donde “el Estado trata de responder únicamente a la cuestión relativa a *‘qué hacer’* con el delincuente que ha desobedecido la norma y *‘a cómo’* estabilizar el mandato normativo defraudado”²⁸ y en esa ecuación las necesidades de la víctima lisa y llanamente no son consideradas en las respuestas que desde el Estado surgen, relegando a los afectados a un rol de meros espectadores de los procedimientos que comienzan a operar una vez que se ha verificado la infracción, donde se les priva de una posición protagónica y a su vez se les niega una reparación integral.

El conflicto social que implica la infracción a la norma penal, al ser abordado de la forma que venimos describiendo genera una respuesta que se torna meramente

²⁶ Eiras, <<La mediación en la Justicia Penal Juvenil>>, *Revista CREA* 6, n.º6, (2009): 49.

²⁷ Ríos, Pascual y Bibiano, *La mediación penal y penitenciaria* (Madrid: Editorial Colex, 2006), 32.

²⁸ Amante et al., *La mediación en el Derecho Penal de menores*, 59.

punitiva logrando, antes que la solución real y efectiva de éste, el etiquetamiento de los infractores junto con el desenfoco de la naturaleza y los contornos del conflicto que nace con el delito²⁹, esto porque “la abstracción jurídica tiende a desplazar el terreno del conflicto a la norma, de modo que puede decidir de forma justa según norma, pero sin resolver necesariamente el conflicto”³⁰. Es así como en la implementación de un mecanismo que busque dar una solución satisfactoria a estas problemáticas habrá que necesariamente hacerse cargo del reposicionamiento de la víctima en las causas penales. Lo antedicho tiene especial significación en miras a la implementación de la mediación penal, que a diferencia de la mediación en otros ámbitos, confronta a la víctima que ha sido menoscabada en sus derechos con un ofensor que para estar en dicha posición debió infringir una norma que la protegía³¹.

Otra de las consecuencias perjudiciales de las respuestas penales con enfoque punitivo, es que no otorgan incentivos a la responsabilización ya que tanto el infractor como su defensa concentran sus esfuerzos en lograr eximir a éste de una posible condena y en caso de que ésta sea inevitable, conseguir su atenuación. Ante esta realidad, el modelo Restaurativo y con él, la mediación penal, al tener su base en el diálogo y confrontación entre víctima y victimario en pos de conseguir reparar las consecuencias generadas a partir de la infracción penal, tiene mayor capacidad resocializadora, al propender la asunción voluntaria de responsabilidad del infractor, antes que el castigo a quien es sindicado como culpable, una respuesta restaurativa presupone a un “sujeto libre, capaz de dialogar y adoptar decisiones morales y, sobre todo, perfectible”³².

La mediación penal es un “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”³³, también se la ha definido como “un proceso de comunicación en el que la víctima y el infractor llegan a un acuerdo, con ayuda de un tercero, que supone la reparación de los daños causados, materiales e

²⁹ Amante et al., *La mediación en el Derecho Penal de menores*, 59.

³⁰ Morales, << Análisis de la conveniencia de la mediación penal en la Ley N° 20.084 de responsabilidad penal adolescente>>. *Revista del Ministerio Público*, n.º37 (2008): 254.

³¹ Eiras, <<La cuestión de la Victimología en la Mediación Penal>>, *Revista CREA* 5, n.º 5, (2004): 149.

³² Amante et al., *La mediación en el Derecho Penal de menores*, 70.

³³ María Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002)

inmateriales”³⁴. Así caracterizada, podemos considerarla como una herramienta práctica relevante a la hora de hacerse cargo de los intereses de las víctimas, un “mecanismo de integración de la víctima al sistema”³⁵ y una forma eficaz de vincular la justicia restaurativa con programas estatales, “la mediación en el campo penal se nutre profundamente de los principios y propósitos de estas prácticas, tales como la responsabilización por los actos realizados, la reparación del daño y la participación y protagonismo de las partes y la comunidad”³⁶.

Para que la responsabilización ocurra se requiere la voluntariedad de los participantes y antes de ésta el reconocimiento Estatal de procedimientos que la contemplen. Es así como en materia penal, la voluntariedad no basta por sí para lograr dichos objetivos, “las posibilidades de su existencia dependen, también, de la legislación y de su aplicación institucional”³⁷, es necesario que el poder legislativo cree los mecanismos necesarios para conseguir la responsabilización y el perdón, y les otorgue el enfoque restaurativo, como base teórica que guíe su aplicación³⁸.

La participación de la comunidad, lo hemos dicho, tiene un rol importante que cumplir en miras a implementar un mecanismo restaurativo. A este respecto las Reglas de Tokio, en su Capítulo VII refuerzan la relevancia gravitante que ésta debe tener. Según este instrumento desde el Estado deberá promoverse, debido a que es considerada un recurso fundamental a la hora de fortalecer nexos entre los infractores, sus vínculos más cercanos y la comunidad, y además se considera una oportunidad para que sea la sociedad civil quien promueva y contribuya con su protección. Así pues, habrá que dirigir acciones concretas para su promoción, tales como alentar tanto a los organismos estatales como al sector privado y a la comunidad toda para que brinden su apoyo a organizaciones que tengan como objeto lograr la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad en causas penales. Asimismo, plantea el deber de organizar en forma regular instancias académicas y de divulgación para

³⁴ Varona, <<La mediación reparadora como estrategia de control social Una perspectiva criminológica>> (tesis doctoral, Universidad del País Vasco, 1997), 9.

³⁵ Amante et al., *La mediación en el Derecho Penal de menores*, 66.

³⁶ Eiras, <<La mediación en la Justicia Penal Juvenil>>, 49.

³⁷ Ríos, <<Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia>> (Madrid: 2008): 19. <https://docplayer.es/amp/2082982-Justicia-restaurativa-y-mediacion-penal-una-apuesta-por-el-dialogo-y-la-disminucion-de-la-violencia.html>

³⁸ Ríos, *La mediación penal y penitenciaria*, 36.

formar a la población en estos aspectos, como también propone el uso de los medios de comunicación para fortalecer una actitud constructiva de la comunidad en relación a la aplicación de medidas no privativas de libertad y la reinserción de los infractores.

Lo antedicho cobra especial interés ante el fortalecimiento de ideas neopunitivistas³⁹ tales como el fomento de ideas de venganza, la institucionalización de la inseguridad, la necesidad de ciertos sectores políticos de obtener réditos electorales de ésta y el descrédito al que se ven sometidas las instancias de protección. Estas ideas traen como consecuencia, muchas veces, el endurecimiento de los marcos penales. Ante ese escenario es necesario, como respuesta, promover un cambio de perspectiva en el enfrentamiento de las problemáticas que venimos describiendo, generar acciones tendientes a poner luz en el conjunto de falsas creencias que se difunden sobre el fenómeno delictual e instar a la ciudadanía que se haga parte del conflicto social que trae consigo el delito⁴⁰.

1.4 Mediación penal en la justicia juvenil

Entre el sistema de responsabilidad penal de adultos y de adolescentes, en relación a los presupuestos que sirven para su establecimiento, no existen diferencias notables⁴¹. Lo antedicho no obsta para que ciertas divergencias existan entre ambos estatutos, aunque éstas deriven más bien de la “aplicación de principios jurídicos especiales, establecidos por los instrumentos jurídicos internacionales que protegen derechos de los adolescentes imputados o condenados”⁴².

Desde el campo de la psicología evolutiva o del desarrollo se ha caracterizado a la población adolescente como una que posee menor capacidad cognitiva para razonar y entender, menor capacidad de juicio y autocontrol, tienen mayor sensibilidad a la

³⁹ Amante et al., *La mediación en el Derecho Penal de menores*, 71.

⁴⁰ Barboni, <<Prácticas Restaurativas: Otra Mirada a la respuesta penal a los adolescentes en infracción>>, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º35 (2014): 62.

<http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/180>.

⁴¹ Couso, <<La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo>>, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º38 (2012): 269.

⁴² Couso, <<La especialidad del Derecho penal de adolescentes >>, 269.

pena y vulnerabilidad frente a los efectos perjudiciales de la cárcel⁴³. Es en atención a estas diferencias que resulta fructífero replantear las respuestas penales a este segmento de la población. Si el sistema penal de adultos no ofrece oportunidades concretas para que el infractor se responsabilice por el mal causado y junto con ello reparare el daño que de sus acciones se coligen, propiciando así el etiquetamiento éste y la imposibilidad correlativa de reinsertarse en la sociedad; en el caso de los adolescentes y en función de su etapa evolutiva⁴⁴ las consecuencias del sometimiento a este tipo particular de efectos es especialmente negativo.

Es así como la diversificación de las respuestas ante el conflicto penal adquiere especial interés en el ámbito juvenil, donde debe existir mayor cuidado en evitar las consecuencias negativas de la prisión como respuesta. En atención a estas consideraciones, es que se ha ido abriendo el paso a la implementación de diversas medidas que la evitan. En la misma línea, se ha señalado que para conseguir una efectiva puesta en marcha de programas de mediación se requiere también “una apuesta decidida de parte del mundo político y social que priorice, antes que la sanción, la respuesta responsabilizadora y reparadora”⁴⁵.

A la hora de enfrentar el conflicto penal, cuando quienes vulneran el mandato legal son adolescentes, la mediación se alza como una respuesta deseable, debido a que junto a responsabilizar al menor contribuye a “incrementar la competencia personal y social del autor, favoreciendo su autonomía y desarrollo del juicio moral, estimulando un cambio de conducta, y facilitando canales para que pueda afrontar los conflictos de forma responsable, promoviendo la reflexión sobre las propias acciones y creando las condiciones para que prevea las consecuencias de las mismas”⁴⁶.

Así, se ha sugerido⁴⁷ que en el proceso de adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales al texto contenido en los instrumentos internacionales sobre niñez y adolescencia no se puede obviar la conveniencia práctica de implementar la mediación como parte de las respuestas que se vienen dando en este ámbito al

⁴³ Couso, <<La especialidad del Derecho penal de adolescentes>>, 276-80.

⁴⁴ Eiras, <<La mediación en la Justicia Penal Juvenil>>, 48.

⁴⁵ Morales, << Análisis de la conveniencia de la mediación penal>>, 254.

⁴⁶ Morales, << Análisis de la conveniencia de la mediación penal>>, 256.

⁴⁷ Eiras, <<La mediación en la Justicia Penal Juvenil>>, 46.

conflicto penal, ya que ésta “se ofrece como un verdadero puente entre la individualidad juvenil, su entorno y la autoridad judicial como órgano de control social”⁴⁸.

Propiciar desde los ordenamientos nacionales instancias que, a través del diálogo, permitan a las partes involucradas entender el conflicto penal y a su vez proyectar soluciones al conflicto en que se vieron inmersas, generar canales de comunicación que sirvan para acercarse, con la asistencia de profesionales que instan por el respeto y la reparación, a la postre, genera mayores efectos positivos en los involucrados que la mera imposición de una pena. En el caso que la mediación sea exitosa, puede tener como corolario la posibilidad de “modificar posiciones y actitudes en los participantes, en vistas a una nueva manera de enfrentar los problemas, nuevos métodos para relacionarse con el otro y una revalorización de la palabra y el discurso como herramientas básicas para la convivencia”⁴⁹.

1.4.1. Calidad de la mediación penal juvenil

La implementación de un proceso restaurativo como la mediación penal juvenil, no basta por sí para la obtención de resultados positivos, éstos dependen principalmente de la calidad de dicha implementación. Se ha entendido por calidad el respeto a los principios de neutralidad, confidencialidad y voluntariedad de la participación⁵⁰.

La neutralidad está dada cuando un facilitador durante el desarrollo del proceso da igual voz y posibilidad de participación a las partes, de modo tal que no se configure un sesgo por parte de éste. Debido a que la mediación no es una negociación que ocurra entre partes iguales, sino un diálogo que existe a propósito de que una persona

⁴⁸ Eiras, <<La mediación en la Justicia Penal Juvenil>>, 50

⁴⁹ Eiras, <<La mediación en la Justicia Penal Juvenil>>, 51.

⁵⁰ Miranda et al., <<La mediación penal restaurativa juvenil en el marco del nuevo Servicio nacional de reinserción social juvenil en Chile: principios y fundamentos de una norma técnica>>, *Polít. Crim.* Vol. 17, n° 33 (jul. 2022): 236

comete una acción delictiva en contra de otra, hay autores que prefieren hablar de imparcialidad⁵¹.

En relación a la confidencialidad podemos decir que es una manifestación de que cualquier procedimiento que se inserte dentro de un proceso penal tiene que estar en consonancia con el debido proceso⁵², en ese mismo sentido, la información que no se ventile en público en un proceso de mediación debe ser confidencial y no debe ser divulgada con posterioridad pudiendo excepcionarse en caso de haber acuerdo entre las partes. Lo anteriormente dicho también está en consonancia con lo prescrito en el artículo 16 de la CIDN que señala que los niños tienen el derecho a que la ley proteja su privacidad y la confidencialidad de los procedimientos en los que estén involucrados⁵³.

En cuanto a la voluntariedad, ésta implica que las partes acceden someterse al procedimiento sin que medie coerción. La derivación a mediación supone la participación voluntaria tanto de la víctima como del ofensor, ambos otorgan su consentimiento de forma libre e informada y deben existir mecanismos para asegurar y controlar que dicha participación reúna estas características⁵⁴.

Entre los factores externos que, se han identificado, promueven la calidad del servicio de mediación están la relación que tiene éste con el sistema penal y la relación con las redes institucionales, y cómo éstas puedan aportar a su desarrollo. En esta categoría es necesario relevar la importancia de una adecuada y suficiente derivación, que exista un acceso real al procedimiento, que los usuarios tengan información adecuada y oportuna, así como la disponibilidad del servicio⁵⁵.

⁵¹ Miranda et al., <<La mediación penal restaurativa juvenil>>, 236-37.

⁵² Miranda., <<La mediación penal restaurativa juvenil>>, 237.

⁵³ ONU, Handbook, 9.

⁵⁴ ONU, Handbook, 25-105.

⁵⁵ Miranda et al., <<La mediación penal restaurativa juvenil>>, 237.

1.4.2. Rol del mediador

El papel que desempeña el mediador es central para garantizar el éxito de las intervenciones ya que su labor está dirigida no sólo a ayudar a preparar a los participantes para el proceso y la realización de una evaluación de idoneidad sino que también son responsables de gestionar las expectativas de los participantes y garantizar la imparcialidad y equidad en el proceso⁵⁶.

Se ha dicho que el proceso debe ser guiado por un mediador capacitado, que debe desarrollar un estilo de mediación no directivo, de modo tal que no debe encausar de forma directa a las partes a conseguir un acuerdo sino que debe propender que exista un diálogo entre ellas⁵⁷.

La capacitación de los mediadores es esencial para garantizar que tengan experiencia para llevar a cabo su función y de ese modo conseguir la protección de los derechos de los participantes y mantener la integridad del proceso. En esa misma línea, se ha hecho especial hincapié en que debe ser imparcial en el desarrollo de sus funciones, manteniendo el debido respeto a la dignidad de las partes y debiendo volcar sus esfuerzos en conseguir un acuerdo que aborde tanto los intereses de la víctima, como del infractor, el sistema de justicia y la comunidad⁵⁸.

En el mismo sentido, se ha sugerido el establecimiento de normas de competencia y directrices de conducta, como también que se establezca una estructura y un proceso para certificar a los mediadores, además de establecer sistemas que permitan su evaluación, regulación y supervisión⁵⁹. El mediador debe “solicitar supervisión cuando lo necesita; tomar decisiones en equipo y tener la capacidad de identificar puntos éticos críticos⁶⁰”.

⁵⁶ ONU, Handbook, 58.

⁵⁷ Paula Miranda et al., <<La mediación penal restaurativa juvenil>>, 237.

⁵⁸ ONU, Handbook, 19.

⁵⁹ ONU, Handbook, 91.

⁶⁰ Miranda et al., <<La mediación penal restaurativa juvenil>>, 237.

2. LEGISLACIÓN Y EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO NACIONAL

2.1 Experiencias de mediación penal en el contexto nacional.

En el ámbito nacional la recepción de algunas ideas y teorías permiten comprender el surgimiento de la mediación como procedimiento para dar solución a diversas problemáticas. En particular, el Movimiento por la Resolución Alternativa de Conflictos –en adelante RAC–, y la incorporación de las necesidades e intereses de las víctimas en el proceso penal junto con la recepción en Chile de la justicia restaurativa⁶¹ posibilitan explicar el surgimiento de iniciativas tendientes a diversificar el espectro de respuesta a los conflictos, dando lugar a programas estatales y a otros surgidos desde la sociedad civil para la implementación de la mediación en el territorio nacional.

En la década del 90 del siglo pasado el sistema de justicia experimentó un proceso de modernización, que se manifestó fundamentalmente en diversos proyectos de ley dirigidos a perfeccionar e incentivar el empleo de mecanismos de solución extrajudicial de controversias y en la ampliación del espectro de conflictos susceptibles de ser resueltos por éstos. En este contexto, ya hacia el final de la misma década se generan diversos proyectos de mediación en diferentes áreas del derecho a nivel nacional.

La mediación en Chile se ha desarrollado fundamentalmente como método RAC⁶², adoptando sus formas y modelos⁶³; principalmente en derecho de familia, civil y laboral. Lo antedicho se manifiesta en el reconocimiento y regulación legal que tiene en estas áreas. En contraposición, el desarrollo de la mediación penal ha sido residual, sin reconocimiento legal y bajo la forma de proyectos piloto⁶⁴. El despliegue menos significativo de la mediación en el derecho penal ha favorecido una falta de comprensión de las particularidades propias del tipo de conflicto a la que está

⁶¹ Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 16.

⁶² Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 18.

⁶³ Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 19.

⁶⁴ Alfaro et al., *La Mediación en Chile*, (Chile, 2012), <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/53LaMediacionenChile.pdf>

circunscrita y la necesidad de dar solución a esta incompreensión es lo que ha marcado la pauta de los desafíos en el área.

Dado que la mayor parte de las iniciativas en materia de mediación se han desarrollado en otras áreas del derecho, la relevancia que tiene el estudio de éstas en la comprensión del fenómeno en el área penal radica en que se consideran base teórica y práctica para el surgimiento e implementación posterior de la mediación penal. Las experiencias en mediación previas posibilitaron la incorporación conceptual de la mediación en una cultura jurídica que se ha caracterizado históricamente por su marcada inclinación a la judicialización de los conflictos⁶⁵. Asimismo, generaron la necesidad de su implementación práctica y contrahegemónica, al tiempo que permitieron acumulación de experiencia y la capacitación de profesionales en el área⁶⁶.

En los albores del proceso de modernización descrito, el trabajo que venía haciendo la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ) en materia de conciliación prejudicial fue objeto de análisis mediante un estudio que cristalizó los buenos resultados obtenidos y se constituyó como el antecedente directo del surgimiento posterior del Centro de Mediación dependiente de la CAJ metropolitana, primero como proyecto piloto y luego como instancia permanente⁶⁷. Dicho centro contaba con un equipo interdisciplinario, que centró su labor en causas de familia, civiles y laborales; en menor cantidad causas vecinales; y residualmente algunas causas penales, las que se circunscribieron principalmente a negligencias médicas y cuasidelitos. Se ha destacado su labor en la sistematización y transferencia de conocimientos, a través de estudios y la realización de pasantías y talleres⁶⁸ y la influencia que ejerció en la creación de otros centros e iniciativas en mediación.

Ya en el año 1998 tiene lugar otra experiencia relevante en la materia, en la medida que permite explicar cómo el acervo teórico y práctico que deja el desarrollo de la mediación en otras áreas del derecho, permea y da razón del surgimiento y despliegue

⁶⁵ Díaz y Valencia, <<El proyecto Centro de Resolución Alternativa de Conflictos-CREA>>, *Revista Crea* 1, nº1(2000): 7.

⁶⁶ Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 20-21.

⁶⁷ Burgos, <<Centro de Mediación de Santiago, experiencias y desafíos futuros>> *Revista Crea*, nº 3 (2002): 185-190.

⁶⁸ Burgos, <<Centro de Mediación de Santiago>>, 186.

de la mediación penal como mecanismo que va ganando cierta singularidad. El Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA, se instituye por iniciativa de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco (UCT) con financiamiento de la misma casa de estudios y del Ministerio de Educación, con el objetivo de fomentar el adecuado acceso a la justicia por medio de la promoción de medios alternativos de resolución de conflictos. Lo antedicho se tradujo no sólo en la prestación de servicios de mediación, sino que también en labores de investigación, difusión y capacitación en el área⁶⁹, tales como la publicación de una revista especializada, la impartición de pasantías, clínicas y la organización de congresos y seminarios. Luego de los primeros años de cofinanciamiento, el centro se independiza y queda como un Centro perteneciente a la Escuela de Derecho de la UCT. En sus inicios el trabajo del Centro de Mediación, que cuenta con un equipo multidisciplinario de mediadores –asistentes sociales, psicólogos, abogados–, estuvo focalizado en mediación familiar y accesoriamente trataron controversias laborales, vecinales e indígenas. Luego, con el advenimiento de la Reforma Procesal Penal, se inicia su labor en mediación penal con un desarrollo no tan notable y sin el empleo de un modelo de mediación penal singular; circunscrito al marco de la justicia restaurativa y empleando los marcos normativos del principio de oportunidad, la facultad de no iniciar investigación del fiscal, el archivo provisional y las salidas alternativas⁷⁰.

Esta iniciativa también ha sido relevada por haber sido la primera a nivel universitario, para luego ser replicada en otras casas de estudio y diera paso en Temuco al proyecto piloto en Mediación Penal implementado por el Centro de Mediación de Temuco y el Centro de Atención Integral de Víctimas de Delitos Violentos (CAVID) dependientes de la CAJ de la Región del Biobío y el Ministerio Público a través de la División Nacional de Atención a Víctimas y Testigos y la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos de la Araucanía. Se ha dicho sobre este último que, aunque de duración breve, logró influir en los lineamientos adoptados por la Fiscalía en el uso institucional de la mediación penal debido a sus resultados positivos, lo que

⁶⁹ <<CREA: Más que un centro de Mediación>>, *Boletín UC Temuco en los medios*, 19 de abril de 2004, https://3w.uct.cl/boletin/index.php?op=ver_noticia&idn=252

⁷⁰ Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 28-29.

se materializó en la dictación por parte de este organismo de instructivos generales⁷¹ para dirigir la implementación de ésta. El Ministerio Público en conjunto con la Defensoría Penal Pública dispusieron modificaciones al modelo que venían implementando, para optimizar la derivación de casos⁷².

En la misma línea, el año 2005 la Fiscalía Metropolitana Sur en conjunto con el Instituto Profesional Carlos Casanueva publicó un Manual de Procedimientos en Mediación Penal con el objetivo de estandarizar la práctica de este procedimiento entre la Fiscalía y los Centros de Mediación Penal⁷³, al que se arribó luego de instaurada una Mesa de Trabajo de Implementación de la mediación penal entre el Instituto y algunos fiscales de la mencionada institución.

Entre 2006 y 2007 surge un proyecto por iniciativa del Ministerio Público a través de la División Nacional de Víctimas y Testigos y la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Regional Centro Norte y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales que tomó como marco teórico la justicia restaurativa, llevando a cabo las mediaciones en casos susceptibles de ser resueltos mediante acuerdos reparatorios⁷⁴.

De forma paralela al escenario descrito para adultos y en la antesala de la reforma que dará paso a la instauración de la Ley que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (LRPA) se inicia la puesta en marcha de Programas de Medidas Reparatorias a cargo del Servicio Nacional de Menores y ejecutados por medio de organizaciones privadas sin fines de lucro en las regiones II, III, IV, VII y IX. Se ha dicho que su objetivo fue preparar el camino para la llegada de la LRPA y así poder evaluar y corregir los modelos que luego serían implementados en el marco de las salidas alternativas y las sanciones de contenido reparatorio contempladas en dicho instrumento; como también “generar las condiciones para una participación activa de los actores del conflicto penal, e

⁷¹ Fuentealba y González, <<Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile>>, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 4, n°3 (2013): 189, doi: <http://dx.doi.org/10.7770/rchdycp-V4N3-art639>.

⁷² Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 46-47.

⁷³ Fuentealba y González, <<Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile>>, 182.

⁷⁴ Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 47-48.

incorporar elementos compensadores y restauradores⁷⁵ en las soluciones a éste. Particularmente, en la vertiente de la reparación, se contempló el desarrollo de mediación penal entre jóvenes infractores y sus víctimas⁷⁶. Esta iniciativa, no se logró cristalizar en una política estatal luego del advenimiento de la LRPA, no obstante, se ha relevado su influencia en la acumulación de experiencia en el campo específico de la mediación penal con jóvenes. Algunas de las conclusiones relevantes que pudieron extraerse de la aplicación de ésta son: la eficacia que tienen las entrevistas individuales con las partes previas a la realización de la mediación; la importancia de comunicarse sin intermediarios con la víctima; la evaluación positiva de hacer parte a los padres en el proceso; y la relevancia que tiene el identificar tempranamente los factores que podrían obstaculizar el proceso y el éxito del mismo⁷⁷.

En el período de tiempo comprendido entre el año 2000 y el 2015 se llevaron a cabo al menos una veintena de iniciativas dirigidas a implementar proyectos de mediación penal, de las cuales sólo 3 estuvieron enmarcadas en el ámbito de la justicia juvenil⁷⁸. En el mismo sentido, cabe señalar que Chile no contaba con centros que abordaran de forma específica la mediación en el sistema de justicia penal juvenil⁷⁹, estas iniciativas, en general, han supuesto la búsqueda de reparación del daño a la víctima principalmente en casos asociados a delitos de bagatela y aquellos en que no existen los medios de prueba suficientes para perseverar en la persecución penal⁸⁰.

A propósito de la Nueva Política Nacional de la Niñez se inicia la tramitación de la ley que crea el Servicio de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la criticada Ley N°20.084 y consecuentemente, tanto la justicia restaurativa como la mediación penal, se han alzado como ejes prioritarios a la hora de enfrentar las infracciones en el marco de la justicia penal juvenil para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJYDH). Desde el año 2015 que se vienen ejecutando acciones

⁷⁵ Fuentealba y González, <<Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile>>, 182.

⁷⁶ Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 53.

⁷⁷ Mera, *Reforma a la justicia penal adolescente: ¿Por qué no dar un giro hacia la justicia restaurativa?* (Santiago: Anuar Quesille UNICEF, 2008), 74.

⁷⁸ Díaz y Navarro, *Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia Restaurativa en Chile*, (Santiago: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015), 12.

⁷⁹ Reyes-Quilodrán, Labrenz y Donoso-Morales et al, <<Justicia Restaurativa en Sistemas de Justicia Penal Juvenil Comparado- Suecia, Inglaterra, Italia y Chile>>, *Política Criminal* 13, n°25 (Julio 2018): 640, http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25D2.pdf.

⁸⁰ Fuentealba y González, <<Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile>>, 184.

tendientes a debatir posibles reformas a la LRPA y se han instaurado mesas de trabajo para estos efectos. Una de estas instancias tuvo como eje la mediación penal y estuvo constituida por integrantes del MJYDH, representantes de la Unidad de RPA de la Fiscalía Nacional, la División de Estudios de la Corte Suprema, la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Nacional. Como resultado de esta iniciativa nace un proyecto piloto de mediación en el contexto de la justicia juvenil⁸¹ denominado Proyecto Capacitación y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil –en adelante Estudio Práctico–, que comenzó a operar oficialmente con la firma de un convenio entre las tres instituciones antes mencionadas en diciembre de 2016 y obtuvo su primera mediación con acuerdo en agosto del año 2017⁸².

El Estudio Práctico brindó servicios de mediación guiados, monitoreados y evaluados en su implementación por un equipo de investigación dependiente de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile (FACSO). Se formularon tres objetivos centrales para esta iniciativa, los que contaron con metodología específica para su evaluación. En primer lugar, brindar asesoría y capacitación tanto al equipo de mediación como al equipo encargado de la coordinación del proyecto; luego, evaluar el proceso de implementación en atención a los estándares internacionales y calidad de servicio a través de procesos participativos de observación y reflexión; y finalmente, evaluar el programa desde la experiencia de quienes han hecho uso de él⁸³.

Durante el período de implementación del proyecto se seleccionaron un total de 97 casos que fueron sometidos a una evaluación mediante un sistema de consulta inter-institucional, luego del cual se rechazaron 70 casos. En los 27 casos que fueron finalmente derivados, hubo 9 ofensoras y 20 ofensores involucrados con un promedio de edad situado en los 16 años. En el mismo grupo de casos, el delito de lesiones corresponde al 44,44% de los casos, mientras que los robos representan el 18,51% y los hurtos el 11,11%. Del total de casos derivados, hubo 5 en que no se pudo iniciar

⁸¹ Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, *Informe Final Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil*, (Santiago: Universidad de Chile, 2017), 8.

⁸² Aguirre, <<Realizan primera mediación de nuevo proyecto para la reinserción social de adolescente>>, *Sala de Prensa de la Defensoría Penal Pública*, 30 de Agosto de 2017, http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/8001/realizan-primer-mediacion-de-nuevo-proyecto-para-la-reinsercion-social-de-adolescentes

⁸³ FACSO, *Informe Final*, 9-16.

proceso alguno por la imposibilidad de contactar a alguna de las partes y 8 fueron considerados no mediables, por lo que 14 fueron efectivamente intervenidos y 6 de éstos últimos finalizados con acuerdo⁸⁴.

En la evaluación de satisfacción de los usuarios del servicio de mediación, éstos manifestaron altos índices de satisfacción en relación a la voluntariedad del proceso, donde se concluyó que ésta debe manifestarse en cada etapa del mismo; la imparcialidad del proceso, donde se reconoce la labor de la mediadora y se plantea el desafío de obtener un enfoque que balancee de mejor forma los intereses de la víctima y el ofensor; y la confidencialidad de éste, donde expresaron confiar en esta característica del proceso se verificaba en la práctica. Las altas tasas de satisfacción también se manifestaron en otros aspectos del proceso tales como la convocatoria, información obtenida, libre expresión, proceso justo y nivel satisfacción con el acuerdo⁸⁵.

Dentro del convenio suscrito por estos 3 actores institucionales, se incluyó un protocolo para la derivación de casos donde se definen criterios generales y procedimientos para ésta, cuyo espíritu fue establecer marcos amplios⁸⁶ para propender la inclusión de delitos graves, por lo que al momento de su formulación se optó por la exclusión de ciertos tipos penales⁸⁷ en lugar de establecer una lista con categorías de delitos derivables. No obstante, finalmente se acordó que sólo serían objeto de derivación casos susceptibles de ser terminados mediante suspensión condicional del procedimiento. Esto en la práctica significó que los infractores debían tener irreprochable conducta anterior y que en la comisión del delito no existiera violencia o intimidación en las personas; no podían tener condenas pendientes ni encontrarse pendiente el cumplimiento de una suspensión condicional; y quedaron excluidos también aquellos casos en que el infractor tuviese un arma al momento de cometer el delito. La baja cobertura en la que se traduce el establecimiento de estas

⁸⁴ FACSO, *Informe Final*, 58-68

⁸⁵ FACSO, *Informe Final*, 122-125, 140-141, 143-4.

⁸⁶ El foco del estudio práctico estaría en: faltas o simples delitos en general, crímenes con algunas excepciones y casos que pudiesen encontrarse en diferente etapa procesal

⁸⁷ Delitos dolosos contra la vida, delitos contra la libertad ambulatoria, delitos contra la libertad sexual cometidos contra personas menores de edad y delitos y faltas tipificados en la Ley N°20.000 con exclusión de los previstos en sus artículos 4, 8 y 50.

restricciones⁸⁸ y el alto porcentaje de rechazo inter-institucional de casos⁸⁹ ha llevado a considerar el proceso de selección de los mismos como “uno de los aspectos críticos de la implementación del Estudio Práctico”⁹⁰ y a concluir que abordar las creencias personales de fiscales y defensores sobre qué constituye un caso mediable y abordar las restricciones impuestas a este respecto⁹¹ es clave para el adecuado funcionamiento de un proyecto de esta índole. Se concluye que el Estudio Práctico no logró posicionar a la mediación como una estrategia de aplicación en una gama amplia de delitos y tipos penales. Se advierte que circunscribir los casos susceptibles de derivación a aquellos en que proceda alguna salida alternativa o el principio de oportunidad, si bien puede disminuir las resistencias de los operadores también trae consigo el riesgo de instalar concepciones que son difíciles de remover⁹².

2.2 Contextualización a partir de la Reforma Procesal Penal y la Nueva Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente

En el contexto nacional, la apertura hacia la recepción de la justicia restaurativa en el plano legislativo del derecho penal ocurre al tiempo en que comienza la implementación la Reforma Procesal Penal. El Nuevo Código Procesal Penal (NCP) abre la gama de respuestas al conflicto penal incorporando las salidas alternativas al procedimiento, por considerarse éstas socialmente más satisfactorias para los actores directamente involucrados en el hecho delictivo, en especial víctimas y personas civilmente afectadas.

Las salidas alternativas al procedimiento pueden ser subsumidas, desde una perspectiva teleológica, dentro del concepto de justicia restaurativa⁹³. La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios vienen así a morigerar la

⁸⁸ Porcentaje de rechazo por incumplimiento de requisitos del protocolo: 31% de los casos.

⁸⁹ Porcentaje de rechazo por institución: MJYDH, 40%; Ministerio Público, 24%; Defensoría Penal, 4,28%.

⁹⁰ FACS, *Informe Final*, 114.

⁹¹ FACS, *Informe Final*, 115, 119-121.

⁹² FACS, *Informe Final*, 114.

⁹³ Morales Peillard, <<Las salidas alternativas y las sanciones no privativas de libertad de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes infractores de de la ley penal>>, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 7 (2006): 163.

indisponibilidad de la persecución penal que tienen los directamente afectados por el delito una vez que este entra en conocimiento de órganos estatales. Indisponibilidad que, según enuncia el mensaje del NCPP, evitaría la posibilidad de soluciones satisfactorias para los involucrados y la comunidad. Las salidas alternativas, en Chile como en el resto de Latinoamérica, se instituyen como respuesta a las crisis en la administración de la justicia penal y excepciones al principio de legalidad, “toda vez que apuntan a reducir la actividad procesal y evitar la aplicación de la respuesta tradicional del derecho penal: la pena”⁹⁴.

Algunos años después de que la Reforma Procesal Penal se instaurara en la totalidad del territorio nacional, e íntimamente ligada a su establecimiento⁹⁵, comienza a regir la LRPA que, aunque gestada con el objeto de constituirse como un sistema penal especializado para los menores infractores de ley y así ajustar la legislación nacional a los imperativos emanados de la CIDN, ha sido evaluada más bien como una nueva forma de remisión al derecho penal de adultos⁹⁶, que sólo constituyó un conjunto de adecuaciones de las normas procesales y penales vigentes⁹⁷.

En consecuencia, normativamente el procedimiento penal juvenil es análogo al de adultos y cuenta con su misma estructura orgánica; la categorización de las infracciones también se remite a las establecidas para mayores de edad y la forma de determinación de las sanciones a aplicar cuenta con las bases de su establecimiento en el Código Penal. Las divergencias que existen entre ambos se nutren especialmente de los tipos de sanciones y su forma de determinación, los derechos y garantías que asisten a niños y adolescentes en particular, y que la institución a cargo de la ejecución de las sanciones es el Servicio Nacional de Menores.

La LRPA es caracterizada así, como una ley que establece un sistema formalmente especial, pero no autónomo de derecho penal⁹⁸, tributario del sistema penal de adultos en su dimensión institucional, procesal y sustantiva. Éste último, caracterizado como

⁹⁴ Bovino y Hurtado, Principio de Oportunidad y proceso de reforma en América latina. Algunos problemas de política criminal. Editorial Astrea. Buenos Aires, pp. 7. Citado en: Morales, <<Las salidas alternativas>>, 163.

⁹⁵ Mera, *Reforma a la justicia penal adolescente*, 35.

⁹⁶ Cortés, <<Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes dentro de las transformaciones de largo plazo en el ámbito del control social punitivo>>, *El Observador*, n°5 (Dic. 2009): 66.

⁹⁷ Morales, <<Las salidas alternativas>>, 159.

⁹⁸ Cortés, <<Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes>>, 66.

un sistema adversarial, no incluyó una perspectiva de justicia restaurativa en su formulación, lo que consecuentemente fue comunicado a la LRPA, aunque en la historia del establecimiento de ésta hayan surgido versiones y voces tendientes a darle mayor cabida a esta forma de concebir el conflicto penal, éstas se fueron silenciando a lo largo de su tramitación, lo que significó la supresión de innovaciones tendientes a ampliar la procedencia de soluciones de corte restaurativo.

En esta línea, el proyecto⁹⁹ presentado por el Ejecutivo en su artículo 58 contenía una regulación más amplia de los acuerdos reparatorios, que no sólo consagraba su establecimiento, sino que excluía las limitaciones establecidas en el 241 del Código Procesal Penal en sus incisos 2 y 3 como también la posibilidad de que el juez pudiese rechazar su aprobación en presencia de interés público prevalente. Durante el tiempo que se extendió la tramitación legislativa, esta institución fue modificándose, hasta incluso considerar la incorporación procedimientos de mediación en consonancia con la justicia restaurativa, en atención a los favorables resultados observados en materia comparada¹⁰⁰. Esta modificación que buscaba la regulación expresa de la mediación como un mecanismo autónomo fue desestimada por considerar que el estatuto del Código Procesal Penal, supletorio a este respecto, ya permitía la aplicación de este mecanismo a través de la regulación de los acuerdos reparatorios. Al mismo tiempo que se reconocía que la incorporación de la mediación podía ser útil para la solución de determinadas controversias se sostuvo también, que al aceptar regularla se corría el riesgo de que la misma se desnaturalizara en el caso de ser utilizada por quienes disponen de recursos y se convirtiera así en un mero mecanismo de compensación económica, también se puso en tela de juicio que una labor tal fuera de competencia del Servicio Nacional de Menores¹⁰¹.

En el período de discusión también, y en el mismo sentido, la Defensoría Penal Pública planteó la necesidad de potenciar la justicia restaurativa como directriz a la hora de idear respuestas al conflicto penal con adolescentes, por considerar que era terreno fértil para su utilización y que la evidencia a nivel comparado así lo

⁹⁹ Boletín 3021-07: Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal.

¹⁰⁰ Informe comisión mixta de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento, 11 octubre de 2005, 11.

¹⁰¹ Informe comisión mixta de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento, 11 octubre de 2005, 12.

demostraba¹⁰². No obstante, en la ley finalmente aprobada no existe mención alguna a esta forma de justicia ni a la mediación penal, tampoco se amplió el marco de aplicación de los acuerdos reparatorios. En cuanto a la regulación de la suspensión condicional del procedimiento, en lo que dice relación con la forma de cálculo de las penas en materia penal juvenil, permitió ampliar la gama de delitos a la que le es aplicable si la comparamos en el estatuto de adultos.

Pese a que la Reforma del Sistema Procesal Penal derivó en la instauración de un modelo acusatorio, igualmente se abrió paso a la incorporación de ciertos procesos y resultados restaurativos a través de la regulación de las salidas alternativas – suspensión condicional del procedimiento, acuerdos reparatorios– y el principio de oportunidad.

La suspensión condicional procede una vez que existe acuerdo entre el fiscal y el imputado para que el juez decreta la detención del procedimiento y la imposición de formas de control de baja intensidad, sin que se requiera de parte del imputado la aceptación de culpabilidad. Dada su oportunidad procesal evita los efectos estigmatizantes del proceso o una eventual prisión preventiva. Y aunque la condición podría consistir en algún tipo de reparación a favor de la víctima, ésta se encuentra en la posición tradicional que ocupa en el conflicto penal, una tangencial.

La decisión de poner término al juicio mediante la celebración de un acuerdo reparatorio, en cambio, supone el reconocimiento de la centralidad del interés de la víctima, la que con su anuencia evita la prosecución del procedimiento a cambio del objeto del acuerdo, que puede ser tanto una suma de dinero como la reparación simbólica, la realización de acciones a favor de la víctima o bien la omisión de éstas¹⁰³. La centralidad que tiene el interés de la víctima, ha llevado a sindicarse a esta institución como único antecedente de “la evolución de nuestro sistema retribucionista a uno con elementos restauradores”¹⁰⁴.

¹⁰² Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 51.

¹⁰³ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 572.

¹⁰⁴ Osorio y Campos, <<Justicia Restaurativa y Mediación Penal en Chile>>, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n° 10 (2003): 156.

El principio de oportunidad es la facultad que tienen quienes ejercen como fiscales de no dar inicio a la persecución penal o bien cesar la que ya se hubiere iniciado cuando se trate de un hecho que no comprometa de forma grave el interés público – con exclusión de los casos en que la pena mínima asignada al delito exceda la de reclusión o presidio menor en su grado mínimo y los delitos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones– y obtener por este medio la extinción de la acción penal. La decisión de hacer uso de esta facultad deberá ser fundada y comunicada al respectivo juez de garantía y éste, a su vez, la comunicará a los intervinientes, en caso de existir. Luego de transcurridos 10 días sin que el juez procediere a dejarla sin efecto, se abre un término de 10 días para efectuar reclamación de la decisión del fiscal ante el Ministerio Público, una vez vencido o rechazada la reclamación la acción penal queda extinta respecto del hecho que versare.

Se ha señalado que la inserción de esta institución dentro del sistema penal es una respuesta útil a algunas de las problemáticas que lo aquejan, instituida por decisión de política criminal con el fin de hacer frente a la crisis del principio legalidad, la aplicación del principio de oportunidad ha resultado útil para alcanzar principalmente dos objetivos¹⁰⁵, por un lado, la descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación de la reacción penal ahí donde no resulte necesaria o bien favoreciendo el empleo de otras formas de respuesta con mejor resultado; y la eficiencia del sistema penal, debido a que su empleo procura el descongestionamiento del mismo en pos del tratamiento preferente de aquellas causas donde la aplicación del derecho penal resulta indiscutible en un empeño por disminuir la desigualdad implícita que conlleva la afirmación rígida del principio de legalidad.

En los términos del procedimiento que hemos descrito, se ha dicho, que el principio de oportunidad es un mecanismo más simple para la aplicación de la mediación penal que los acuerdos reparatorios¹⁰⁶, ya que no requiere la institución de una audiencia especial para efectos de aprobar su aplicación y sus hipótesis de procedencia abarcan

¹⁰⁵ Maier, *Derecho procesal penal argentino* (Buenos Aires, Hammurabi, 1989), 556. Citado en: Morales, <<Las salidas alternativas>>, 168. y Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 48-49.

¹⁰⁶ Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 1.

los delitos más habituales. No obstante lo dicho, los acuerdos reparatorios presentan ciertas ventajas, en primer término, cubren un más amplio espectro de delitos, pues no cuentan con la limitación de la entidad de la pena; en segundo lugar, cuentan con control judicial donde se evalúa tanto la voluntariedad como la legalidad de los acuerdos, a lo que se suma el efecto simbólico asociado a dicho control, “las personas otorgan mayor validez a los acuerdos cuando son aprobados por una autoridad judicial, o a lo menos, cuando poseen un mecanismo eficiente para exigir su cumplimiento”¹⁰⁷.

En el nuevo sistema de justicia penal juvenil, en el mismo sentido señalado, tienen cabida procesos y resultados restaurativos no sólo en el ámbito de los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del procedimiento y el principio de oportunidad, como ocurre en adultos, sino que también a través de las penas no privativas de libertad establecidas en la LRPA, en particular las de servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño a la víctima, esto es, una vez terminado el juicio. Algunas autoras han puesto el acento en visibilizar que la condición de sanción, por su naturaleza, se interpondría a los fines restaurativos que podrían otorgársele, debido a que emana de una acción punitiva y no deja de ser una forma de penalizar al adolescente por la infracción a la norma¹⁰⁸.

La sanción de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad sin percibir remuneración y para su imposición se requiere la anuencia del condenado. En general proceden en el evento de faltas y delitos menores y de mediana gravedad, aunque eventualmente podría proceder en delitos graves, a propósito de la concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

La sanción de reparación del daño a la víctima consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción mediante el pago de una cantidad de dinero, la reposición o restitución de la cosa o bien la realización de un servicio no remunerado a favor de la víctima, en cuyo caso, se requerirá la aceptación tanto del condenado como de la víctima. La aplicación de esta sanción procede respecto de los

¹⁰⁷ Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 16.

¹⁰⁸ Reyes-Quilodrán, A Labrenz, Donoso-Morales, <<Justicia Restaurativa>>, 640.

delitos de menor y mediana gravedad.

Con la regulación legal de la sanción de reparación del daño a la víctima se inaugura en Chile el establecimiento de penas con contenido reparatorio como sanciones de aplicación general sin símil en el sistema penal de adultos¹⁰⁹ y aunque no existía regulación expresa sobre la posibilidad de llegar al contenido de dicha reparación por medio de un proceso de mediación, se ha sostenido que esta sanción, por su naturaleza, es la que mejor se aviene con la incorporación de este tipo de procedimientos, mientras que la sanción de servicios en beneficio de la comunidad habilita sólo la inclusión de algunos de los principios rectores de la justicia restaurativa¹¹⁰.

Si bien los mecanismos legales que hemos descrito han abierto el espectro de las respuestas ante el conflicto penal en el ámbito nacional, éstos han sido de menor utilización que mecanismos más tradicionales como la sentencia definitiva. Ya en el año 2011 se hacía notar que el funcionamiento de la justicia penal juvenil era análogo al funcionamiento de la justicia para adultos, sin diferencias notables, lo que resultaba particularmente notorio en el uso de las salidas alternativas al proceso¹¹¹, donde la falta de especialidad en su regulación normativa permitió que en muchos casos su aplicación resultara en la práctica más gravoso incluso que la imposición de una sanción¹¹².

Según las cifras entregadas por el Ministerio Público en su boletín estadístico del año 2021, referentes a la responsabilidad penal adolescente del universo de salidas judiciales, la suspensión condicional del procedimiento representa el 11,05% y el acuerdo reparatorio representa el 2,17% donde la sentencia definitiva condenatoria sigue siendo la regla general con un 23,40%, cabe destacar que en la justicia penal de adultos el porcentaje de sentencias definitivas condenatorias sólo alcanza el 10,29%. Debido a la rebaja de la pena que ocurre en sede penal juvenil, el porcentaje de

¹⁰⁹ Díaz, <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>, 52.

¹¹⁰ Díaz, La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados, Ponencia presentada en III Encuentro Iberoamericano sobre Resolución Alternativa de Conflictos, CEJA-JSCA, Viña del Mar, 22 al 24 de Septiembre, 2004, <http://www.acuerda.cl/articulos.html>.

¹¹¹ Berríos, Gonzalo. <<La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas>>. *Revista Política Criminal* 6, N° 11 (Junio 2011): 163-191.

¹¹² Berríos, Gonzalo. <<La ley de responsabilidad penal del adolescente>>, 178.

utilización de la suspensión condicional es más alto que en el sistema de adultos donde representa sólo un 5,55% del total de términos judiciales, ya que hay más casos son susceptibles de ser terminados por esta vía.

Los marcos regulatorios de las instituciones descritas, “solo ofrecen el espacio institucional para la integración de procesos y resultados restaurativos, pero no constituyen el reconocimiento expreso de mecanismos restaurativos”¹¹³. Así la utilización de la mediación penal ha sido marginal y exigua, circunscrita principalmente a la puesta en marcha de proyectos piloto. La falta de reconocimiento y regulación legal también ha insidido en que haya sido un mecanismo no siempre eficaz para los involucrados, en este mismo sentido se ha dicho que “la ausencia de norma legal expresa que regule dichos mecanismos colaborativos, ha impedido que sean un recurso conocido y utilizado por la víctima, el imputado y los operadores jurídicos para alcanzar soluciones reparadoras¹¹⁴”. Las condiciones en que se ha desarrollado la mediación penal en Chile se han traducido también en la imposibilidad de generar estudios acabados en la materia y consecuentemente la inexistencia de un modelo de mediación singular y de aplicación general para el sistema penal nacional¹¹⁵.

¹¹³ Mera, *Reforma a la justicia penal adolescente*, 36.

¹¹⁴ Fuentealba y González, <<Mediación penal como mecanismo>>, 180.

¹¹⁵ Fuentealba y González, <<Mediación penal como mecanismo>>, 180.

3. ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DE LA LEY N°21.527 EN MATERIA DE MEDIACIÓN PENAL.

Desde su formulación como proyecto la ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social y Juvenil establece como una reforma a la Ley N°20.084 la introducción en su regulación de la mediación penal juvenil como nueva vía de alternatividad al proceso¹¹⁶.

La antedicha regulación sufrió diversos cambios y adiciones a su texto durante el tiempo que duró su tramitación, los que serán desarrollados en lo sucesivo, y que luego de su aprobación podemos encontrar su formulación definitiva en los artículos 35 ter y siguientes de la Ley N°20.084.

El texto del proyecto no contaba con una definición precisa de mediación que permitiera dar luz sobre el sentido y alcance de la institución, en sus primeros incisos sólo se aludía a las hipótesis de procedencia y quienes podían ordenarla, así pues, durante el primer trámite constitucional, el Senado realiza reparos al texto del artículo 35 ter por estas razones.

En sesión posterior, se retomó el debate en torno a esta disposición, el Ejecutivo somete a consideración una propuesta de inciso segundo que versa como sigue: “Se entiende por mediación la realización de un proceso restaurativo y especializado, en virtud del cual la víctima y el imputado acuerdan determinar conjuntamente la reparación real o simbólica del daño ocasionado con la comisión del delito, asistidos por un mediador.”, definición que fue aprobada en dicha instancia y se conserva íntegra en el texto final de la ley.

El texto original del proyecto plantea que será el fiscal quien realice la derivación en caso de no existir formalización y el juez a petición de las partes si la hubiere.

¹¹⁶ Centro UC Políticas Públicas, <<Observatorio legislativo. Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Análisis del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y otras normas que indica>>, n°36 (2018): 9.

Luego de las indicaciones formuladas por el Ejecutivo y parlamentarios durante la discusión general en primer trámite constitucional –en adelante Indicaciones 05.03.18– se adiciona a esta última hipótesis el requisito de que el caso susceptible de ser derivado a mediación deba cumplir con las condiciones que establezca el protocolo¹¹⁷ para dar curso al requerimiento.

Durante el primer trámite constitucional, el Ejecutivo presenta una propuesta de redacción para este inciso adicionando el plazo de duración de la mediación y su prórroga. El proceso de mediación tendrá una extensión de 90 días a lo sumo, contados éstos desde su derivación y su prórroga se podrá extender por la misma cantidad de tiempo y para que proceda deberá existir una solicitud fundada del mediador. En esta misma instancia se sustituye la palabra juez por tribunal, que será quien realice la derivación al proceso de mediación en caso de existir formalización del imputado.

3.1 Ámbito de aplicación

Durante la tramitación de la Ley N°21.527 se dio paso una nueva regulación de la suspensión condicional del procedimiento, manteniendo como base la regulación general e introduciendo algunas modificaciones que amplían considerablemente el ámbito de su aplicación y consecuentemente el de la mediación, como veremos.

En relación a la suspensión condicional del procedimiento, luego de las indicaciones las Indicaciones 05.03.18 se excluye la aplicabilidad de la letra a) del artículo 237 del Código Procesal Penal¹¹⁸, esto es, la limitación a causas cuya pena aplicable fuere menor a 3 años de privación de libertad, a menos que el cálculo de la extensión de la pena exceda los 5 años de privación de libertad¹¹⁹, en cuyo caso se determinará la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social¹²⁰. Se establece que su imposición no podrá ser decretada por un plazo inferior a los 6 ni

¹¹⁷ Ver 3.1 Ámbito de aplicación.

¹¹⁸ Ley N°20.084, artículo 35 bis, numeral 1.

¹¹⁹ Ley N°20.084, artículo 21.

¹²⁰ Ley N°20.084, artículo 23, numeral 1.

superior a los 12 meses¹²¹. Finalmente, excluye la imposición de las condiciones pago de determinada suma de dinero a título de indemnización de perjuicios, no residir en un lugar determinado, acudir periódicamente ante el Ministerio Público y posibilidad de la creación de alguna condición por parte del Ministerio Público¹²²; al tiempo que adiciona las siguientes condiciones aplicables: la obligación de reparar a la víctima, prestar un servicio a la comunidad o de asistir a programas de entrenamiento cognitivo, terapia familiar, de tratamiento de alcohol u otras drogas, de intervención en violencia o abuso sexual u otra similar.

Como consecuencia de las indicaciones que recayeron en la regulación de la suspensión condicional del procedimiento, la mediación penal es aplicable ya no sólo a los simples delitos, sino también a los delitos graves.

La primera redacción del artículo 35 ter, señala que son causas susceptibles de ser derivadas a mediación aquellas en que sean procedentes la suspensión condicional del procedimiento, o el principio de oportunidad, con la concurrencia de los demás requisitos legales. El texto que fue finalmente aprobado contiene la inclusión del acuerdo reparatorio¹²³ como tercera hipótesis de caso susceptible de ser derivado a mediación.

Ya desde su primera redacción se señala que en caso de no existir formalización será el fiscal quien realice la derivación, en tanto el juez¹²⁴ será quien la ordenará en caso contrario. Posteriormente en el texto aprobado por el Senado luego de las Indicaciones 05.03.18 y que pasó íntegro al texto de la ley, se abre la posibilidad de que en la hipótesis de no existir formalización, el tribunal, a petición de la víctima y el imputado y con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el protocolo, será quien deberá realizar la derivación.

Ya en el proyecto, el protocolo, cuya redacción queda encargada al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio Público y a la Defensoría Penal Pública; contiene las condiciones personales y procesales que hacen procedente la mediación,

¹²¹ Ley Nº20.084, artículo 35 bis, numeral 2. El artículo 237 del Código de Procedimiento Penal establece una duración de entre 1 y 3 años para la imposición de la suspensión condicional del procedimiento.

¹²² Código Procesal Penal, artículo 238, letras e), f) y h).

¹²³ Indicaciones 05.03.18.

¹²⁴ El texto definitivo dice tribunal en vez de juez.

dichos contenidos deberán ser reevaluados anualmente. Del mismo modo, prescribe que han de establecerse condiciones particulares y excepcionales para la derivación de casos que sean constitutivos de violencia intrafamiliar. Con todo, deberá darse estricto cumplimiento a los incisos segundo y tercero del artículo 2 de la Ley N°20.609, a saber, no podrá invocarse alguna de las categorías¹²⁵ del inciso primero del mismo artículo para justificar, validar o exculpar actos contrarios a derecho, exceptuándose aquellos casos en que dichos actos estén justificados por el ejercicio de otro derecho fundamental.

Desde el proyecto también quedan establecidas las causales de improcedencia de la mediación, a saber, la declaración del cierre de la investigación y aquellos casos que traten sobre delitos dolosos contra la vida, la libertad ambulatoria, contra la libertad sexual cometidos contra personas menores de edad, los tipificados en la Ley N°20.000 con excepción de la posesión, transporte, guarda o porte pequeñas cantidades de sustancias, drogas estupefacientes o psicotrópicas sin la competente autorización¹²⁶; la adquisición, transferencia, suministro o facilitación a cualquier título de pequeñas cantidades de estas sustancias o sus materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro; así como el consumo de estas sustancias en lugares públicos o abiertos al público o en establecimientos educacionales o de capacitación. En la propuesta de texto que realiza la comisión mixta se elimina la causal de improcedencia de la mediación en procesos que versen sobre delitos que fueren constitutivos de violencia intrafamiliar por unanimidad, esto porque se ha observado en la práctica que es un ámbito donde la mediación puede ser provechosa.

En el texto que surge luego de las Indicaciones 05.03.23 se incluye la posibilidad de que el fiscal regional tenga la facultad de autorizar la derivación en forma excepcional mediante resolución fundada aunque las causas versaren sobre los delitos descritos precedentemente. Luego, se extiende esta posibilidad de derivación por intermedio del fiscal regional a los casos en que no fuere procedente a su respecto la

¹²⁵ Raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ella, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, orientación sexual, identidad y expresión de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

¹²⁶ Ley N°20.000, artículo 4.

suspensión condicional del procedimiento, el acuerdo reparatorio o el principio de oportunidad, con la obligación de dictar una resolución fundada para ello¹²⁷. En el texto propuesto y aprobado por la comisión mixta¹²⁸ se decide eliminar este inciso completo de forma unánime, debido a que con la reordenación de contenidos que sufrió el artículo 35 ter¹²⁹ acaeció la pérdida de claridad de éste.

A partir de las Indicaciones 05.03.18 se introduce en la regulación del proyecto la mediación excepcional¹³⁰, que supone una ampliación al ámbito de aplicación de la mediación debido a que la hace procedente en casos que por regla general no son susceptibles de derivación.

3.2 Principios

Tras las Indicaciones 05.03.18 se establece un artículo que contiene los principios esenciales de la mediación¹³¹, texto que hoy encontramos sin modificaciones en el artículo 35 quáter.

El primero de ellos es la igualdad, principio rector que compromete la labor del mediador a la tarea de cerciorarse de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones durante el proceso y la toma de acuerdos. En caso de que advierta lo contrario propondrá o adoptará las medidas necesarias para lograr el equilibrio entre las partes. Si ello no fuere posible le cabe declarar el término de la mediación.

El segundo, también descrito en el texto del artículo 35 quáter, es la imparcialidad, principio que se comunica al actuar del mediador con los participantes. Éste se deberá abstener de promover actuaciones que comprometan este principio, si la imparcialidad se viere afectada por alguna razón, deberá abstenerse de realizar el proceso.

¹²⁷ Indicaciones del Ejecutivo, 30 de septiembre de 2020.

¹²⁸ Informe Comisión Mixta, 12 de agosto de 2022.

¹²⁹ Ver 3.3 Intervinientes.

¹³⁰ Ver 3.5 Mediación excepcional.

¹³¹ Texto ubicado en el artículo 35 octies.

En el articulado que regula la mediación se puede advertir la presencia de otros principios que tienen cabida durante el desarrollo de la mediación.

En primer lugar, la libertad y la voluntariedad, que deben estar presentes tanto en la decisión, como en la participación y permanencia en el proceso de mediación. Luego la confidencialidad, ninguna actuación y/o comunicación, sea verbal o escrita, que las partes realicen en un proceso de mediación, frustrada o exitosa, podrá ser comunicada a terceros, sin previo consentimiento expreso y por escrito de ambas partes, encontrándose el mediador resguardado por el secreto profesional. En el mismo sentido, se establece también, que se encuentran especialmente sujetos al principio de confidencialidad todo documento cuyo contenido esté relacionado con la forma, contenido y datos de las intervenciones que formen parte del proceso de mediación penal.

Existen excepciones a este principio, en primer lugar, cuando la mediación sea frustrada por algún motivo que no fuere atribuible al imputado y sea posible constatar signos concretos de responsabilización, el mediador deberá dejar constancia de los mismos en el acta respectiva, de modo tal que puedan ser evaluados por el tribunal con el objeto de atenuar su responsabilidad penal si se llegare a imponer una condena, los que también podrán servir como antecedentes en las audiencias de sustitución y remisión de condena. Asimismo, el mediador queda relevado del deber de confidencialidad en aquellos casos en que se constatare un riesgo inminente respecto de la integridad física y/o psíquica de infancias, adolescentes o personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

3.3 Intervinientes

La primera versión del proyecto contempla un artículo sobre los intervinientes, artículo 35 quáter¹³², el que establece expresamente que en el proceso de mediación participarán la víctima y el imputado personalmente y su actuación será siempre

¹³² Luego de las Indicaciones 05.03.08 el texto quedó contenido en el artículo 35 quinquies.

voluntaria. A continuación, se indica que, si el proceso trata sobre delitos de carácter general o contra intereses colectivos, el lugar de la víctima podría ser ocupado por un representante de una entidad u organismo público o privado sin fines de lucro que represente el interés de la colectividad, el tribunal decide en caso de existir controversia al respecto.

Durante el trabajo de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento¹³³ se propuso incluir el texto del artículo 35 quinquies en el artículo 35 ter inciso 1, pues ahí quedará finalmente contenido el marco general de la regulación sobre mediación y resulta natural que contemple sus principales características, como la voluntariedad, para luego desarrollar sus aspectos procedimentales¹³⁴. Así las cosas, la mención al imputado y la víctima como intervinientes que concurren libre y voluntariamente al proceso de mediación queda en esta ubicación hasta el texto final.

En la misma instancia se se estimó adecuado eliminar la referencia a la representación del interés de la colectividad¹³⁵. Se emitieron críticas en torno a lo conflictivo que podría resultar que una entidad privada, cuyos intereses se desconocen, ocupe la posición de víctima lo que podría derivar en la eventual creación de una industria de representantes de intereses colectivos; también, que la redacción del artículo proponía un escenario demasiado abierto sobre el modo en que finalmente se determinaría que una entidad representa o no intereses colectivos¹³⁶ y con ello la necesidad de limitar de mejor manera la posibilidad de participación de estas entidades. El Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, comprometió el estudio de una nueva propuesta de redacción, lo que no se concreta finalmente.

Como vimos, la Ley N°21.527 no regula en su texto la participación en la mediación entidades u organismos público o privado, como tampoco, la participación de la comunidad, la familiares o abogados, sólo menciona la necesidad de la participación voluntaria de la víctima y el imputado.

¹³³ Segundo Informe de Comisión de Constitución del Senado. Fecha 25 de noviembre de 2019.

¹³⁴ Segundo Informe de Comisión de Constitución del Senado. Fecha 25 de noviembre de 2019.

¹³⁵ Segundo Informe de Comisión de Constitución del Senado. Fecha 25 de noviembre de 2019.

¹³⁶ Segundo Informe de Comisión de Constitución del Senado. Fecha 25 de noviembre de 2019.

3.4 Efectos procesales

Luego de las indicaciones 05.03.18 el proyecto comienza a regular el efecto que tendrá en el proceso la derivación a mediación, a saber, suspender su curso. Y agrega, que si en la causa existiere pluralidad de imputados o víctimas el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido a la mediación¹³⁷.

Ya desde que se expide el Boletín N°11.174-07 el plazo para declarar el cierre de la investigación¹³⁸ y la prescripción de la acción penal se suspende en caso de haberse derivado el conflicto a una mediación por el tiempo que ésta dure¹³⁹.

Los efectos procesales del acuerdo cumplido por parte del imputado en la mediación se encuentran regulados desde la redacción original del proyecto. En la primera versión se contemplaba el archivo definitivo o el sobreseimiento, lo que fue tempranamente evaluado de forma positiva¹⁴⁰. Luego de las modificaciones introducidas por las Indicaciones 05.03.18 son el archivo y el sobreseimiento y a partir de las Indicaciones 30.09.20¹⁴¹ realizadas por el Ejecutivo en segundo trámite constitucional aprobadas por la Comisión de Constitución en discusión particular se considera el archivo provisional y el sobreseimiento, redacción que se cristaliza en la ley finalmente aprobada¹⁴². Todo ello sin perjuicio de los acuerdos alcanzados respecto a los efectos civiles del delito.

El acuerdo cumplido por parte del imputado en una mediación excepcional¹⁴³, 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.

Respecto de los efectos que tiene la mediación frustrada por una causa no atribuible al imputado, desde la primera redacción del proyecto, quedó establecido que

¹³⁷ Su redacción final quedó contenida en el artículo 35 ter, inciso 4.

¹³⁸ Ley N°20.084, artículo 38, inciso final.

¹³⁹ Ley N°20.084, artículo 5, inciso 3.

¹⁴⁰ Centro UC Políticas Públicas, <<Observatorio legislativo>>, 9.

¹⁴¹ Indicaciones formuladas por el Ejecutivo durante la discusión general en primer trámite constitucional.

¹⁴² Ley N°20.084, artículo 35 ter, inciso 5

¹⁴³ Inserta tras las Indicaciones 05.03.18.

el mediador dejará constancia de ello. El acta que se genere con dicha información, si se llegare a imponer una condena, podrá servir para atenuar su responsabilidad penal. Del mismo modo, según el contenido de ésta, podrá servir como antecedente en las audiencias de sustitución y remisión de condena.

En el segundo informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se menciona la propuesta del Ejecutivo para la redacción del asunto en comento, agregando como requisito para que el acta sirva como antecedente para la atenuación de la responsabilidad penal, que sea posible constatar signos concretos de responsabilización por parte del imputado y que ésta sea evaluada por el tribunal. El asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos explicó que la proposición acoge las observaciones que en su oportunidad realizó el Ministerio Público, en orden a rechazar que la mera frustración formal del proceso pudiere también dar lugar a la configuración de una potencial atenuante. Por lo mismo, además de una actitud favorable por parte del imputado para llevar adelante la mediación, también se requerirá la presencia de signos concretos de responsabilización¹⁴⁴.

3.5 Mediación excepcional

La Ley N°21.527 contempla un mecanismo para que casos donde no se cumplen las exigencias para la derivación puedan acceder a esta instancia, a saber, hipótesis donde no fuere procedente la suspensión condicional del procedimiento, ni el acuerdo reparatorio o el principio de oportunidad¹⁴⁵, como también aquellos casos que versen sobre delitos dolosos contra la vida, contra la libertad ambulatoria, contra la libertad sexual cometidos contra personas menores de edad y aquellos contenidos delitos y faltas establecidos en la Ley N°20.000 o bien aquellos en que se hubiese declarado el cierre de la investigación¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Segundo Informe de Comisión de Constitución, 25 de noviembre 2019.

¹⁴⁵ Artículo 35 ter, inciso 1.

¹⁴⁶ Artículo 35 ter, inciso 6.

El texto que surge luego de las Indicaciones 05.03.18 contiene la redacción original de la mediación excepcional, donde se establece que, para que se pueda acceder a este mecanismo, se requiere la solicitud de la víctima y una vaga referencia al cumplimiento de las demás exigencias que procedan. Agrega que, en dicho caso, la derivación no suspende en forma necesaria el curso del proceso.

Durante el trabajo de la Comisión Mixta, se expuso que la redacción podría llevar a confusión respecto de los requisitos necesarios para que la mediación excepcional fuere procedente, por lo que el Ejecutivo propuso, como sugerencia de redacción y con el objeto de que exista control jurisdiccional, agregar que deba incluirse como requisito el consentimiento expreso del imputado y que exista además un control por parte del juez de garantía y, de ese modo, asegurar que el consentimiento sea entregado en forma libre y voluntaria por parte de la víctima. El Ejecutivo también sugirió que la redacción del artículo contuviera la indicación de que, en dichos casos, la derivación no suspenda necesariamente el curso del proceso.

Del mismo modo, los efectos procesales de la mediación exitosa con acuerdo cumplido son diferentes. Ya desde su primera formulación, ésta 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.

En la misma sesión se expresó que, donde se avisora que esta herramienta recibirá mayor uso, no será en los casos contemplados en el inciso 6 del artículo 35 ter, sino en los del inciso 1 del mismo, por ejemplo, “una reiteración delictiva de un ilícito de menor entidad, donde no se tenga acceso al principio de oportunidad, ni acceso a la suspensión condicional del procedimiento”.

El asesor del Ministerio de Justicia propuso agregar a la disposición la indicación de que el consentimiento que se brinde sea libre e informado y que la derivación sea autorizada por un juez de garantía, ambas propuestas pasaron al texto final. En último término sugirió agregar que “la derivación no suspende el curso del proceso, salvo en los delitos del inciso 6° del artículo 35 ter, donde no podrá suspenderse dicho procedimiento”, redacción confusa y redundante tendiente a reafirmar la idea de que

ante la concurrencia de delitos excluidos del ámbito general de aplicación de la mediación y luego incluidos en éste régimen de excepción, no se podrá, en ningún caso, suspender el curso del procedimiento, el que deberá llegar a término.

De este modo, el texto aprobado establece una regulación excepcional para la utilización de la mediación en casos en que, en principio, no procede, debido a que no se cumplen los presupuestos que habilitan su uso, contenidos ellos en el artículo 35 ter. Sin perjuicio de lo que ahí se preceptúa, la víctima puede solicitar la mediación, solicitud que puede realizarse incluso en la etapa de ejecución, la que en todo caso no suspenderá el curso del procedimiento. El consentimiento que brinde el imputado será libre e informado y será el juez de garantía competente el conminado a autorizar dicha solicitud.

3.6 Programa especial de mediación penal

El programa especial de mediación está contemplado desde el proyecto del Ejecutivo y dispone que el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil dispondrá de uno, integrado por mediadores públicos o contratados en conformidad con la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios y su reglamento. Los mediadores que lo integren deberán encontrarse inscritos en un registro de mediadores penales. Asimismo, se establece que el procedimiento, los requisitos de ingreso y permanencia, supervisión y sanción, así como las causales que habiliten la eliminación del registro quedarán establecidas a través de un reglamento. A la formulación inicial del programa especial de mediación penal y registro de mediadores penales, se le criticó que no establecía una política pública resuelta, donde varios de sus aspectos no fueron contemplados, “quienes serán los mediadores y cómo se seleccionarán; si serán públicos o licitados;

capacitación de los actores involucrados y seguimiento del acuerdo restaurativo entre otros aspectos¹⁴⁷.

En el Segundo Informe de Comisión de Constitución el Ministro de Justicia y Derechos Humanos aparece la sugerencia de disponer explícitamente el organismo que dictará el reglamento referido a los mediadores, luego de lo cual el Ejecutivo sometió a consideración la nueva propuesta de redacción en orden a incorporar una frase final en el inciso segundo del artículo 35 septies, estableciendo que el reglamento se dictará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Será éste último el que deba diseñar y administrar el registro de mediadores penales juveniles, el que deberá ser publicado en su sitio electrónico y de ese modo cumplir con las obligaciones de transparencia activas a la que está obligado por disposición de la Ley N°20.285. Mediante un reglamento expedido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se establecerán las normas que se requieran para la implementación de este registro.

Durante el trabajo de la misma comisión se incorpora la regulación del actual inciso 3 del artículo 35 septies de la Ley N°20.084 que establece los requisitos para registrarse como mediador, a saber, contar con un título profesional de una carrera universitaria que tenga al menos ocho semestres de duración y que sea otorgado por una institución de educación superior del Estado o que dicha institución esté reconocida por éste; acreditar formación especializada tanto en mediación como en materias de infancia, victimología, proceso penal juvenil y justicia restaurativa; no haber sido condenado por crimen o simple delito, por maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, conforme lo preceptuado por el artículo 8 de la Ley N°20.066, o sancionado por la Ley N°20.609.

También se incorpora un nuevo inciso que versa sobre el incumplimiento de los requisitos y de los principios por parte del mediador, lo que será considerado una falta grave y dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan. Del mismo modo, se deberán adoptar medidas sancionatorias en ejercicio de las facultades de

¹⁴⁷ Silva, <<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 de magister, Universidad de Chile, 2019), 71.

supervisión y asistencia técnica que se le reconocen al Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil y hacer uso, en su caso, de las sanciones previstas en la ley que crea dicho Servicio, a saber, disponer del pago de multas cuyo monto se mensura según la gravedad y/o reiteración del incumplimiento, establecer el término anticipado y unilateral del respectivo contrato o bien requerir la pérdida de la acreditación.

Además se incluye la indicación de que los mediadores deberán informar mensualmente¹⁴⁸ al Ministerio Público o al Tribunal, según corresponda, sobre el desarrollo del proceso técnico de la mediación. En las indicaciones formuladas por el Ejecutivo el 30 de septiembre de 2020 se reemplaza el objeto de la información que debe entregar el mediador sobre las mediaciones que estén a su cargo, debiendo indicar exclusivamente si éstas se encuentran activas.

Se mantuvo desde la formulación del proyecto hasta la versión final del mismo que el programa de mediación penal deberá ofrecer un mecanismo que permita a las partes acceder a la información necesaria para resolver su intervención en él. El programa tiene a su cargo la supervisión de los acuerdos alcanzados y de las certificaciones. También la circunstancia de que la mediación será siempre gratuita para las partes.

¹⁴⁸ En el Proyecto existía el deber de informar “periódicamente”.

CONCLUSIONES

La regulación expresa de la mediación fue desestimada en la tramitación de la Ley N°20.084 lo que causó finalmente su nula utilización, es por ello que, en primer término, la nueva regulación legal de la mediación penal en la justicia juvenil como mecanismo autónomo de alternatividad al proceso resulta positiva.

En esa línea, haber arribado a la inclusión en el texto de la ley de una definición de mediación donde se indica expresamente que es un proceso restaurativo, superando así la redacción del proyecto Boletín 11174-07 donde solo existía una vaga indicación a la justicia restaurativa como una teoría afín es un modo adecuado de vincular la justicia restaurativa con los futuros programas estatales de mediación.

En el mismo sentido, la definición de mediación a la que se arribó incluye elementos tales como la reparación del daño y establece la necesidad de la asistencia de un mediador. Siendo la reparación un resultado propiamente restaurativo y el rol del mediador uno gravitante en la mediación, resulta adecuada la inclusión de estos elementos dentro de la definición.

La nueva regulación de la suspensión condicional del procedimiento, supone también un avance en términos de adecuación a la justicia restaurativa, en tanto que amplía su ámbito de aplicación y consecuentemente amplía el ámbito de aplicación de la mediación a delitos graves donde la mediación ha resultado una herramienta eficaz. En la misma línea de lo señalado, la ampliación del ámbito de aplicación de la mediación por medio de la inclusión del acuerdo reparatorio como tercera hipótesis de derivación, así como inclusión de la mediación excepcional donde, podrán ser derivados casos donde no se tenga acceso al principio de oportunidad, ni acceso a la suspensión condicional del procedimiento. También se evalúa positivamente optar por una fórmula de exclusión de ciertos tipos penales por sobre la elaboración de una lista de delitos derivables.

La eliminación de la causal de improcedencia de la mediación en procesos que versen sobre delitos que fueren constitutivos de violencia intrafamiliar donde en la

práctica los procesos restaurativos han demostrado ser provechosos, también es un reflejo de la mayor adecuación a los estándares de la justicia restaurativa.

El establecimiento expreso de ciertos principios rectores, en términos generales, resulta adecuado. En el caso de la igualdad, resulta adecuada su inclusión porque los programas restaurativos se perfilan así, como procesos donde se respeta tanto la dignidad como la igualdad de los involucrados. En lo que dice relación con la imparcialidad o neutralidad, su inclusión expresa se evalúa positivamente debido a que es uno de los pilares fundamentales de la calidad de la implementación de la mediación penal juvenil. En el mismo sentido la inclusión de la voluntariedad de la participación. El cambio que experimenta el objeto del informe mensual que debe entregar el mediador sobre las mediaciones que estén a su cargo se evalúa de manera positiva, al circunscribirlo a la sola indicación de si la mediación se encuentra activa o no se evita una afectación al principio de confidencialidad, pilar fundamental de la justicia restaurativa.

Podría haberse regulado la participación de la comunidad, la familiares o abogados en atención a que tienen un rol importante que cumplir en miras a implementar favorablemente un mecanismo restaurativo.

En líneas generables, la especificidad de la regulación del rol de los mediadores conseguida con la aprobación de la Ley N°21.527 es adecuada a la luz de la justicia restaurativa. En esa línea el establecimiento de un registro, el procedimiento, los requisitos de ingreso y permanencia, supervisión y sanción, así como las causales que habiliten la eliminación del registro y la especificación del responsable del diseño y administración del registro. En la misma línea la incorporación de requisitos para la habilitación, tendientes a garantizar su formación especializada, es un elemento que se ha considerado esencial para garantizar la protección de los derechos de los participantes y mantener la integridad del proceso. De este modo se subsanaron gran parte de las críticas hechas a la formulación inicial del programa especial de mediación penal y registro de mediadores penales.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, Eduardo, Tomás Rojas, Consuelo Sierra y Paula Vázquez. La Mediación en Chile. Chile, 2012. <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/53LaMediacionChile.pdf>

AMANTE, Cristina, Carlos-Eloy Ferreirós Marcos, Rafael Simons Vallejo, Ana Sirvent Botella. *La mediación en el Derecho Penal de menores*. Madrid: Dykinson, 2011.

BERRÍOS, Gonzalo. <<El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes>>. *Revista de Estudios de la Justicia* 6, (2005): 161-174. doi: 10.5354/0718-4735.2011.15079.

BERRÍOS, Gonzalo. <<La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas>>. *Revista Política Criminal* 6, N° 11 (Junio 2011): 163-191.

BRAITHWAITE, John. 2002. *Restorative Justice & Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press.

BURGOS, Jorge. <<Centro de Mediación de Santiago, experiencias y desafíos futuros>>. *Revista Crea*, n° 3 (2002): 185-190.

CENTRO UC POLÍTICAS PÚBLICAS. <<Observatorio legislativo. Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Análisis del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y otras normas que indica>>. n°36 (2018).

CILLERO, Miguel. <<Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes>>. *Anuario de Derechos Humanos* 2 (2006): 189-195. doi:10.5354/0718-2279.2011.13386.

CORTÉS, Julio. <<Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes dentro de las transformaciones de largo plazo en el ámbito del control social punitivo>>. *El Observador*, n°5 (dic. 2009): 57-82.

COUSO, Jaime. <<La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo>>. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº38 (2012): 267-322.

DÍAZ, Alejandra. <<La experiencia de la mediación penal en Chile>>. *Política Criminal* 5, n.º9, (Julio 2010): 1-67. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf.

DÍAZ, Alejandra e Iván Navarro. *Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia Restaurativa en Chile*. Santiago: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015.

DÍAZ, Alejandra y Ángel Valencia. <<El proyecto Centro de Resolución Alternativa de Conflictos-CREA>>. *Revista Crea* 1, nº1(2000): 7-13.

EIRAS, Ulf. <<La cuestión de la Victimología en la Mediación Penal>>. *Revista CREA* 5, n.º5, (2004): 149-155.

EIRAS, Ulf. <<La mediación en la Justicia Penal Juvenil>>. *Revista CREA* 6, n.º6, (2009): 45-56.

DÍAZ, Alejandra y Ángel Valencia. <<El proyecto Centro de Resolución Alternativa de Conflictos-CREA>>. *Revista Crea* 1, nº1(2000): 7-13.

DÍAZ, Alejandra e Iván Navarro. *Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia Restaurativa en Chile*. Santiago: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015.

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE. *Informe Final Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil*. Santiago: Universidad de Chile, 2017.

FUENTEALBA, María e Isabel González. <<Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile>>. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 4, n.º3 (2013): 175-210, doi: <http://dx.doi.org/10.7770/rchdycp-V4N3-art639>.

HORVITZ, María y Julián López. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

MARSHAL, Tony. 1999. *Restorative Justice*. London: Home Office Research Development and Statistics Directorate.

MERA, Alejandra. *Reforma a la justicia penal adolescente: ¿Por qué no dar un giro hacia la justicia restaurativa?*. Santiago: Anuar Quesille UNICEF, 2008.

MERA, Alejandra. <<Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades>>. *Revista Ius Et Praxis* 15, n.º2 (2009): 165-195.

MIRANDA, Paula, Jorge Farah, Daniela Bolívar, Bianca Baracho, Marcela Fernández. <<La mediación penal restaurativa juvenil en el marco del nuevo Servicio nacional de reinserción social juvenil en Chile: principios y fundamentos de una norma técnica>>, *Polít. Crim.* Vol. 17, n° 33 (jul. 2022).

MORALES, Ana. <<Las salidas alternativas y las sanciones no privativas de libertad de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes infractores de de la ley penal>>, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 7 (2006): 159-182.

MORALES, Miguel. << Análisis de la conveniencia de la mediación penal en la Ley N° 20.084 de responsabilidad penal adolescente>>. *Revista del Ministerio Público*, n.º37 (2008): 253-56.

RÍOS, Julián, Esther Pascual y Alfonso Bibiano. *La mediación penal y penitenciaria*. Madrid: Editorial Colex, 2006.

OSORIO, Ximena y Héctor Campos. <<Justicia Restaurativa y Mediación Penal en Chile>>. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n° 10 (2003): 141-160.

REYES-QUILODRÁN, Claudia, Catherine Labrenz y Gabriela Donoso-Morales. <<Justicia Restaurativa en Sistemas de Justicia Penal Juvenil Comparado- Suecia, Inglaterra, Italia y Chile>>, *Política Criminal* 13, n°25 (Julio 2018): 626-642. http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25D2.pdf.

RÍOS, Julián. <<Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia>> (Madrid: 2008): 19. <https://docplayer.es/amp/2082982-Justicia-restaurativa-y-mediacion-penal-una-apuesta-por-el-dialogo-y-la-disminucion-de-la-violencia.html>

SILVA, Gabriela. <<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 de magister. Universidad de Chile, 2019.

STRONG, Karen y Daniel Van Ness. *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*. Massachusetts: Anderson, 2015.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Handbook on Restorative Justice Programmes. Vienna: 2020. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf

VARONA, Gema. <<La mediación reparadora como estrategia de control social Una perspectiva criminológica>>. Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, 1997.
Barboni Pekmezian, Lucía. <<Prácticas Restaurativas: Otra Mirada a la respuesta penal a los adolescentes en infracción>>. *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º35 (2014): 55-73. <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/180>.

VILLEGAS, Myrna. <<Juventud, pobreza y marginalidad: La ley de responsabilidad penal adolescente en Chile y su “inadecuación” a los Tratados Internacionales>>. En *Responsabilidad Penal Adolescente Ley N°20.083*. 9-75. Santiago: El Jurista, 2013.

WEBS

<<CREA: Más que un centro de Mediación>>, *Boletín UC Temuco en los medios*, 19 de Abril de 2004, https://3w.uct.cl/boletin/index.php?op=ver_noticia&idn=252.

<<Realizan primera mediación de nuevo proyecto para la reinserción social del adolescente>>, *Sala de Prensa de la Defensoría Penal Pública*, 30 de Agosto de 2017, http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/8001/realizan-primera-mediacion-de-nuevo-proyecto-para-la-reinsercion-social-de-adolescentes