

**Asistencia Técnica para el diseño de un modelo de atención especializado en  
materia de mediación penal en Chile**

---

**MODELO UNIFICADO DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA EN  
MATERIA DE MEDIACIÓN PENAL DE ADULTOS**

**Autores**

**Dr. Josep M Tamarit Sumalla  
Dra. Maria Jesús Guardiola Lago**

**Josep M. Tamarit Sumalla** es catedrático de Derecho penal de la Universidad de Lleida y de la Universitat Oberta de Catalunya. Es asimismo investigador principal del Grupo consolidado de investigación "Sistema de justicia penal" y en los últimos años ha centrado su actividad investigadora en la victimología y la justicia restaurativa.  
jmtamarit@dpub.udl.cat

**Maria Jesús Guardiola Lago** es profesora de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona y Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Lleida. Licenciada en Derecho (2000) y Doctora en Derecho (2005) por la Universidad de Lleida, ha realizado una estancia de investigación post-doctoral de dos años de duración (2006-2008) en la Université de Liège (Bélgica), en la que se dedicó al estudio de la justicia restaurativa y la mediación penal. Es autora de diversas publicaciones en materia de justicia restaurativa y mediación penal, habiendo participado y dirigido proyectos de investigación sobre esta materia.  
mjguardiola@dpub.udl.cat

# ÍNDICE

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1.- INTRODUCCIÓN .....</b>   | <b>1</b>  |
| 1.1 OBJETIVOS DEL TRABAJO .....   | 2         |
| 1.2 METODOLOGÍA DEL TRABAJO .....   | 2         |
| <b>2.- ANTECEDENTES Y DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN CHILE .....</b>   | <b>3</b>  |
| 2.1.- CAJ DE LA REGIÓN METROPOLITANA .....  | 4         |
| 2.2.- CAJ DE LA REGIÓN DE VALPARAÍSO .....  | 7         |
| 2.3.- CAJ DE LA REGIÓN DEL BIO BIO .....  | 10        |
| 2.4.- CAJ DE LA REGIÓN DE TARAPACÁ Y ANTOFAGASTA .....  | 14        |
| <b>3.- LA MEDIACIÓN PENAL: MARCO TEÓRICO .....</b>  | <b>18</b> |
| 3.1.- INTRODUCCIÓN CONCEPTUAL .....   | 18        |
| 3.2.- ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL .....   | 20        |
| 3.3.- LA MEDIACIÓN PENAL Y SU DELIMITACIÓN RESPECTO DE OTROS PROCESOS O MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS .....                     | 22        |
| 3.3.1.- <i>Elementos de la mediación penal</i> .....  | 22        |
| 3.3.2.- <i>Mediación y arbitraje</i> .....  | 23        |
| 3.3.3.- <i>Mediación y conciliación</i> .....   | 24        |
| 3.3.4.- <i>Mediación y negociación</i> .....  | 25        |
| 3.4.- TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA .....   | 26        |
| 3.4.1.- <i>Aparición y propuestas teóricas</i> .....  | 26        |
| 3.4.2.- <i>Desarrollo de la justicia restaurativa en el ámbito internacional</i> .....  | 29        |
| 3.5.- CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO RESTAURATIVO .....  | 32        |
| 3.6.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA .....  | 34        |
| 3.7.- NORMATIVA INTERNACIONAL .....   | 38        |
| 3.7.1.- <i>Naciones Unidas</i> .....  | 38        |
| 3.7.2.- <i>Ámbito regional</i> .....  | 41        |
| 3.8.- LA IMPORTANCIA DE CONOCER LOS RESULTADOS MEDIANTE LA EVALUACIÓN .....   | 44        |
| 3.8.1.- <i>Encuestas de satisfacción a víctimas y ofensores</i> .....   | 44        |
| 3.8.2.- <i>Evaluación de la reincidencia</i> .....  | 47        |
| 3.8.3.- <i>La evaluación del impacto en las víctimas</i> .....  | 48        |
| 3.8.4.- <i>Evaluación de los programas de mediación en España</i> .....   | 50        |
| <b>4.- LA INTERACCIÓN ENTRE LA MEDIACIÓN PENAL Y EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.....</b>  | <b>54</b> |
| 4.1 ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS .....   | 54        |
| 4.1.1- <i>Mediación y presunción de inocencia</i> .....   | 55        |
| 4.1.2.- <i>Confidencialidad y prueba en el proceso penal</i> .....  | 57        |
| 4.2.3.- <i>Privatización de la justicia penal</i> .....   | 58        |
| 4.2.- EFECTOS DE LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.....  | 61        |
| <b>5.- POSIBILIDADES Y LÍMITES DEL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN PENAL EN CHILE EN EL CONTEXTO DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL-PENAL.....</b> | <b>65</b> |
| 5.1.- INTRODUCCIÓN .....  | 65        |
| 5.2.-MARCO LEGAL CHILENO .....  | 66        |
| 5.2.1.- <i>La mediación penal en asuntos que no han sido formalizados</i> .....   | 66        |
| 5.2.2.- <i>La mediación penal en asuntos formalizados y antes del Juicio Oral</i> .....   | 69        |
| 5.2.2.1.- <i>Los acuerdos reparatorios</i> .....  | 70        |
| 5.2.2.2.- <i>La suspensión condicional del procedimiento</i> .....  | 77        |
| 5.2.3.- <i>La mediación penal antes de la sentencia condenatoria</i> .....  | 80        |
| <b>6.- CRITERIOS DE DESARROLLO DEL PROGRAMA DE MEDIACIÓN PENAL.....</b>   | <b>80</b> |
| 6.1.- INTRODUCCIÓN .....  | 80        |
| 6.2.- OBJETIVOS DEL PROGRAMA DE MEDIACIÓN PENAL LLEVADO A CABO POR LOS CAJ .....  | 82        |
| 6.3.- METODOLOGÍA DEL PROCESO DE MEDIACIÓN .....  | 82        |

|   |            |
|---|------------|
| 6.3.1.- Sistema de derivación de casos .....                                      | 82         |
| 6.3.2.- Valoración de la viabilidad de un proceso de mediación penal .....        | 85         |
| 6.3.3.- El proceso de mediación .....   | 87         |
| 6.3.4.- Finalización del proceso: el acuerdo reparatorio y su monitorización..... | 89         |
| 6.4.- EL ESTATUTO DEL MEDIADOR.....   | 91         |
| 6.4.1.- Funciones del mediador durante el proceso .....                           | 91         |
| 6.4.2.- La formación del mediador.....  | 92         |
| 6.5.- EL PAPEL DEL ABOGADO EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN.....                        | 94         |
| 6.6.- EVALUACIÓN DEL PROGRAMA.....  | 95         |
| 6.6.- DIFUSIÓN Y SENSIBILIZACIÓN .....  | 96         |
| <b>7.- BIBLIOGRAFÍA .....</b>   | <b>98</b>  |
| <b>8. ANEXOS .....</b>  | <b>101</b> |

## 1.- INTRODUCCIÓN

EUROsociAL II es un programa de la Comisión Europea para Latinoamérica, que promueve el diálogo birregional sobre políticas públicas, para contribuir al aumento de la cohesión social en Latinoamérica a través del intercambio de experiencias, conocimientos y buenas prácticas. Pretende acompañar procesos de diseño, reforma o implementación de políticas públicas, siendo uno de los sectores claves el ámbito de la justicia.

En este marco, en el encuentro de identificación de proyectos celebrado en Bogotá en noviembre de 2011, se priorizaron tres grandes objetivos que han dado lugar a tres proyectos diferenciados, aunque conectados entre sí. Uno de estos objetivos es el del *Fortalecimiento de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos* (en adelante, MASC), para lo cual se ha desarrollado el Proyecto de “Fortalecimiento de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos”, cuya ejecución es asignada a la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) y al Consejo General del Poder Judicial.

El Proyecto de “Fortalecimiento de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos” incorpora las siguientes líneas de acción:

- A) Difusión y visibilidad de los MASC.
- B) Mejora del servicio ofertado por los MASC.
- C) Articulación de la justicia formal y los MASC.
- D) Promoción de la cultura de la paz.

El Proyecto se inicia mediante la elaboración de Planes Estratégicos Nacionales en materia de MASC y en la promoción específica de la aplicación de los MASC en el ámbito penal.

Ello se concreta en los siguientes objetivos específicos:

- (1) Incorporar una planificación estratégica en el diseño y elaboración de programas MASC.
- (2) Reforzar e impulsar los programas de justicia comunitaria implementados en los países participantes.

- (3) Potenciar la implementación de los MASC en el ámbito penal.

### **1.1 Objetivos del trabajo**

El OBJETIVO PRINCIPAL de este trabajo consiste en la *creación de un modelo de atención especializado en materia de mediación penal de adultos, que podrá ser empleado en los Centros de Mediación de las distintas Corporaciones de Asistencia Jurídica de todo el país.*

Son objetivos específicos de este trabajo:

- (1) Mejorar la oferta pública de los Servicios de Solución Colaborativa de Conflictos en el ámbito penal de adultos.
- (2) Elaborar un marco conceptual aplicable a la mediación penal de adultos que se desarrolle en los Centros de Mediación de las distintas Corporaciones de Asistencia Jurídica chilenas.
- (3) Elaborar un modelo de atención especializado en mediación penal en adultos.
- (4) Potenciar la implementación y desarrollo de programas de mediación penal de adultos.

### **1.2 Metodología del trabajo**

Se han seguido tres etapas en la elaboración de este Proyecto:

- (1) Diseño de un modelo de atención especializado en mediación penal de adultos, elaborado de forma coordinada con los responsables del Ministerio de Justicia de Chile.
- (2) Revisión y validación de este modelo de atención especializado de mediación penal de adultos, para lo cual la Dra. M<sup>a</sup> Jesús Guardiola se desplazó a Chile y contrastó el modelo junto con los profesionales de las Corporaciones de Asistencia Jurídica en las cuatro cabeceras de las Direcciones Generales de Justicia.
- (3) Teniendo en cuenta los datos recogidos por la experta en Chile, se ha elaborado el documento final del modelo de atención especializado en mediación penal de adultos.

## 2.- ANTECEDENTES Y DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN CHILE

La mediación se ha desarrollado fundamentalmente en los ámbitos de familia y laboral y, en menor medida en el ámbito vecinal, comunitario y penal (DÍAZ GUNDE, 2010). La mediación ha sido aplicada con apoyo institucional a través, fundamentalmente, de las Corporaciones de Asistencia Judicial (en adelante, CAJ), las cuales son entidades públicas que tienen por objeto proporcionar asistencia jurídica gratuita a las personas de escasos recursos.

En Chile, desde comienzo de la década de los 90, se ha seguido un proceso de modernización de la justicia, siendo una de las líneas prioritarias la facilitación del acceso de las personas a su administración. Esta accesibilidad, particularmente de las personas económicamente más vulnerables, se materializó a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial, que fueron potenciadas en este proceso de modernización. Se produce un cambio de orientación respecto a las funciones de las CAJ, pasando de un modelo de representación judicial a un modelo más amplio de atención. Ello implica que no sólo se focaliza el servicio en ofrecer una asistencia jurídica a las personas que lo precisen, sino que se incorporan nuevos servicios, como la Atención Social y la Solución Colaborativa de Conflictos (SCC) toda vez que algunos de los problemas presentados por los ciudadanos podían ser resueltos sin necesidad de acudir a la vía judicial. Así, las CAJ incorporaron formalmente desde el año 2000 la resolución alternativa de conflictos como una de sus líneas de actuación.

En este contexto, se desarrolla la mediación, de manera que ésta se erige como un instrumento alternativo de resolución de conflictos para aquellos usuarios que, de forma libre, consideren que es la forma que más se acomoda para solucionar las controversias presentadas. Siendo el objetivo principal de la mediación lograr una solución al conflicto que satisfaga a las partes implicadas (en la lógica, apuntada en la doctrina anglosajona de *win-win*), no pueden desconocerse algunos efectos colaterales de la utilización de estos procesos restaurativos, como es la reducción de litigios judiciales -que contribuye a descongestionar la Administración de Justicia-.

Con todo, la Solución Colaborativa de Conflictos, entre los cuales se encuentra la

mediación, ha sido implementada en Chile a distintos ritmos temporales y se contienen algunas especificidades en los servicios dependiendo de los distintos CAJs y del territorio donde éste presta sus servicios. De ahí que, para proponer un modelo unificado de atención especializada, resulte preciso antes exponer brevemente los antecedentes y el desarrollo de la mediación en Chile por estas instituciones.

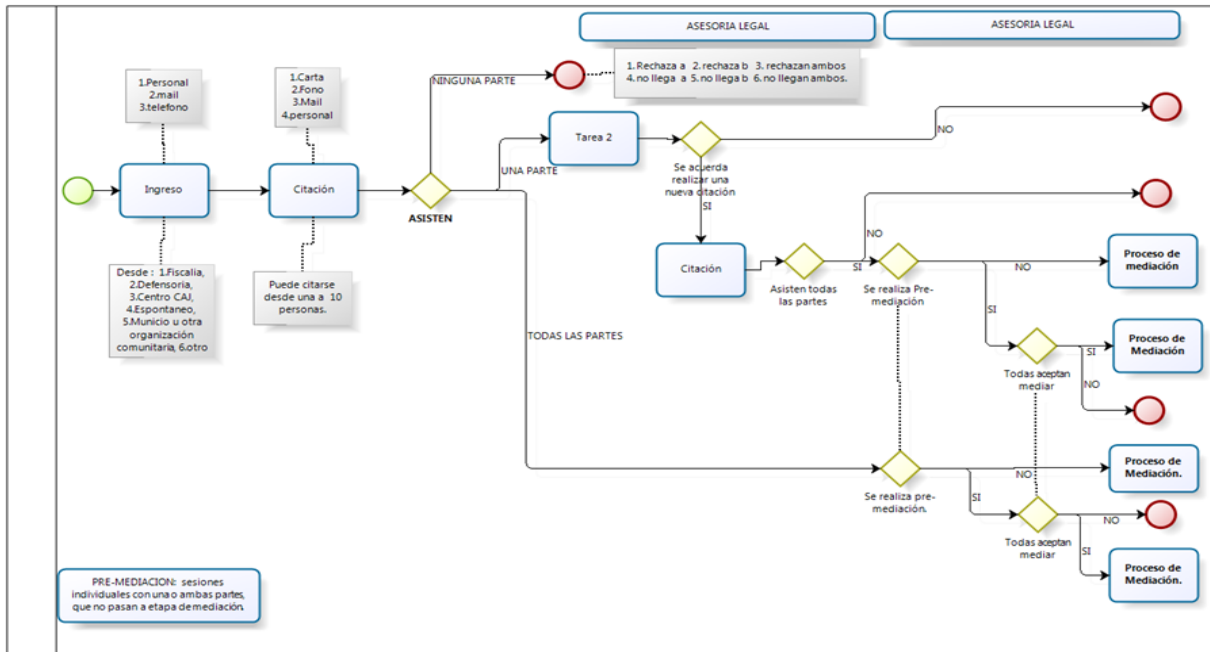
Cabe advertir, sin embargo, que la exposición que a continuación se realiza versa en algunos casos sobre la práctica de la mediación en sentido genérico, es decir, como técnica de solución de conflictos, no centrada únicamente en el ámbito penal. Ello se debe a que, como se ha indicado más arriba, los CAJs ofrecen servicios de mediación en diversas áreas, siendo las más desarrolladas las que atañen a los ámbitos de familia y laboral. Con independencia de que el procedimiento pueda tener puntos en común con la mediación penal, y que los principios sobre los cuales se sustenta la mediación penal puedan, en algunos casos, ser también compartidos con otras clases de mediación llevadas a cabo en otros ámbitos, se quiere destacar en este trabajo de la especificidad de la mediación penal respecto de otros tipos de mediaciones en otras áreas, pues la mediación penal parte de la distinta posición jurídica entre el ofensor y la víctima del delito. Por ello, se vincula la mediación penal a la justicia restaurativa, tal y como se desarrollará en el siguiente apartado de este trabajo.

## **2.1.- CAJ de la Región METROPOLITANA**

La Solución Colaborativa de Conflictos (SCC) es un servicio prestado por las Corporaciones de Asistencia Judicial a través de herramientas como la negociación, la conciliación y la mediación. Los objetivos de esta línea de intervención en la Región metropolitana han ido variando en el tiempo según las indicaciones en el contexto de los programas y los proyectos coordinados a través del Ministerio de Justicia. Por lo que se refiere a los Servicios de Mediación de la Región Metropolitana, se encuentran preparados para intervenir en diversas materias, como conflictos patrimoniales, de familia, vecinales o penales, entre otras.

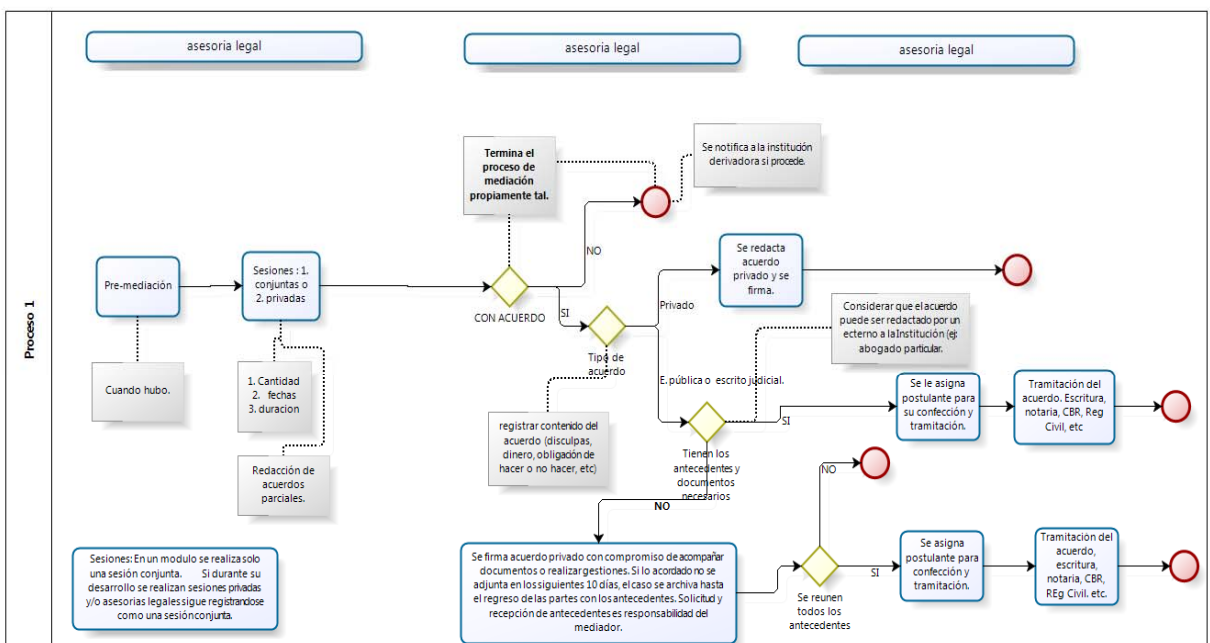
Las etapas del proceso de mediación prestado en la Región Metropolitana pueden resumirse esquemáticamente de la forma que sigue:





Powered by  
bizagi  
Modeler

Fuente: CAJ Región Metropolitana: “Estructura modelo de atención de solución colaborativa de conflictos”, julio, 2013.



Powered by  
bizagi  
Modeler

Fuente: CAJ Región Metropolitana: “Estructura modelo de atención solución colaborativa de conflictos”, julio, 2013.

Específicamente, en cuanto a la mediación penal se informa desde la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana que desde el año 2007 llevan a cabo mediaciones en materia penal. Aun cuando el porcentaje de mediaciones penales respecto al total de casos mediados en el resto de materias es bajo, se aportan datos del año en curso (2013) en el que se derivaron de enero a octubre 233 casos por parte de la Fiscalía Norte y 20 casos por parte de la Fiscalía Sur. La diferencia entre uno y otro organismo derivador se explica por la distinta configuración de las Fiscalías y su división de trabajo interna, de modo que en algunos casos la Fiscalía trabaja por especialización en tipologías delictivas, cosa que facilita la derivación. De los casos que reciben los servicios de mediación, entre un 40 y un 48% no se consigue contactar con las partes ni realizar una entrevista previa con las mismas. Algunos motivos son la falta de información detallada sobre los datos personales del ofensor y la víctima, el hecho de tratarse de asuntos con altas probabilidades de que sean archivados o haber transcurrido bastante tiempo desde los hechos hasta que el asunto llega al Servicio de Mediación. Con todo, de los casos que han sido atendidos por el Servicio de mediación, entre el 75% y el 80% de ellos se llegó a un acuerdo reparatorio.

Desde el Servicio de Mediación se informa de que existen convenios y protocolos de trabajo con diferentes Fiscalías Regionales de las cuatro Regiones donde tiene presencia la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, y con la Defensoría Penal Pública de Punta Arenas. También existen convenios con la Municipalidad con el objetivo de lograr una mayor difusión de la mediación. Estos convenios han construido ciertos vínculos entre las distintas instituciones, que pueden ser reforzados para una cooperación más eficaz<sup>1</sup>.

La CAJ de la Región Metropolitana apunta la necesidad de establecer un vínculo con el Ministerio Público, a través de cada Fiscalía, para concretar en la derivación de casos, pues este aspecto repercute directamente en la prestación del servicio de mediación penal. Se apunta como antecedentes que en los casos en los que las Fiscalías han derivado delitos de cierta envergadura y no archivados existe una alta adhesión de los usuarios, de forma que puede llevarse a cabo procesos de mediación penal

---

<sup>1</sup> Fuente: CAJ Región Metropolitana: "Estructura modelo de atención solución colaborativa de conflictos", julio, 2013.

satisfactorios para las partes. En cambio, menor repercusión parecen tener las derivaciones por parte de las Fiscalías de asuntos que ya se encuentran archivados o en proceso de serlo, pues constata el Servicio una menor adhesión al proceso de mediación, cosa que frustra en muchos casos la finalidad de la misma<sup>2</sup>. En el mismo sentido, se apunta la necesidad de suscribir convenios con otras instituciones, como la Defensoría, los Carabineros o el Centro de Atención de Víctimas de Delitos Violentos y la Red de Atención de Víctimas.

## **2.2.- CAJ de la Región de VALPARAÍSO**

El primer Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso se crea en 1996, con financiación municipal y derivación interna de los Consultorios Jurídicos. Estos Servicios han experimentado una expansión en la que se identifican tres etapas: Una primera en la que las experiencias en Solución Colaborativa de Conflictos (SCC) se centra en la labor del equipo profesional del Centro de Mediación de Valparaíso (1996-1999); una segunda etapa en la que se produce una expansión espontánea de este tipo de servicios, ya fuera por iniciativa propia de las asistentes sociales de los Consultorios o bien por iniciativas propias de las Subdirecciones (1999-2002) y una tercera etapa en la cual se institucionalizan estos servicios a través de un proyecto de desarrollo técnico de los mismos, que contempla la creación de una coordinación general de mediación y un modelo de intervención y evaluación homogéneo en toda la cobertura territorial de la Región (del año 2002 en adelante). Con todo, desde la CAJ de la Región de Valparaíso se informa que la mayor dificultad que ha presentado la consolidación de la Solución Colaborativa de Conflictos en el tiempo es la ausencia de una política pública en la materia que de cuenta de los objetivos que se persiguen con su implementación, lo cual ha generado un desarrollo poco uniforme de esta área, carente de parámetros técnicos generales por los cuales medir sus resultados o proyectar su crecimiento<sup>3</sup>.

Se parte de la premisa de que la SCC y, entre ellas, la mediación penal, constituye una forma de diversificar la tutela estatal de los derechos del ciudadano, de modo que la mediación sea un mecanismo más que ofrezca una solución al conflicto. Por lo tanto, su

---

2 Ob. cit.

3 Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso: "Modelo de atención. Solución Colaborativa de Conflictos", julio, 2013.

inserción y utilización en la asistencia jurídica obedece a la opción por mejorar la calidad de respuestas que el sistema jurídico puede ofrecer y no a la idea de su utilización como un recurso paliativo de las dificultades que puedan existir en orden al acceso a la jurisdicción por parte de los ciudadanos, siendo una obligación del Estado la de garantizar en condiciones de igualdad el acceso a la jurisdicción, con independencia de la existencia de alternativas a la solución del conflicto.

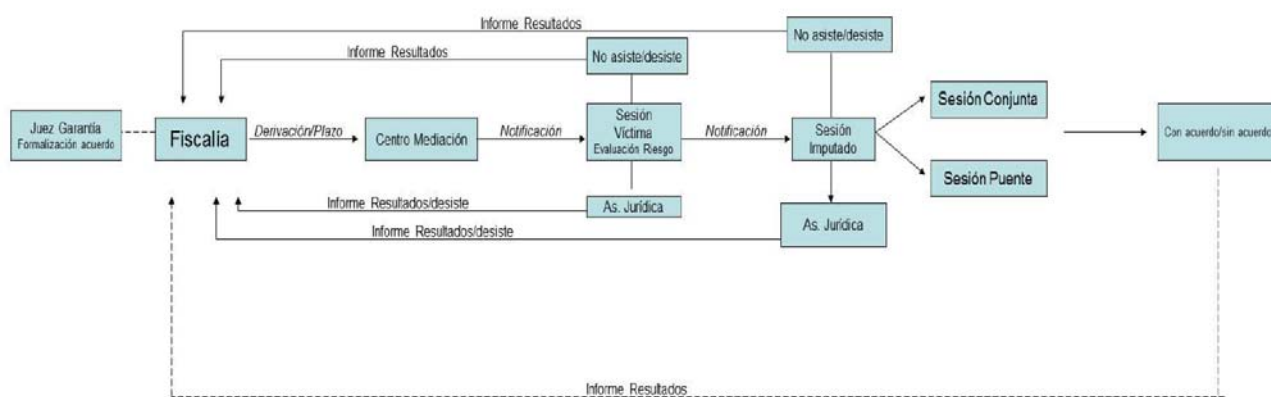
El acceso a los servicios de SCC en los Centros de Mediación es universal, de modo que no se realiza una calificación social previa para el ingreso del caso. Los servicios incluidos en la línea de SCC son los de conciliación, negociación y mediación.

En lo que atañe a la mediación en materia penal, la CAJ de la Región de Valparaíso estima que no es susceptible de ser considerada un modelo global de SCC en las Corporaciones, ya que este tipo de servicios requiere de la participación directa de la Fiscalía para la derivación de casos. Además, la mediación penal se enmarca en el marco de la justicia restaurativa, debiendo por ello contar con sus propios parámetros técnicos operativos que difiere de la lógica de los servicios de mediación civil.

En esta Región se han desarrollado experiencias de mediación penal, especialmente en el Centro de Mediación de Valparaíso, con derivación de casos de la Fiscalía de Valparaíso a través de sucesivos convenios de colaboración suscritos.

Según la experiencia en materia de mediación penal en esta Región, se consideran asuntos derivables desde la Fiscalía aquellos que sean susceptibles de acuerdo reparatorio y/o suspensión condicional del procedimiento, básicamente vinculados a delitos de amenazas (excepto violencia intrafamiliar), daños, cuasidelitos, lesiones, estafas, etc.

Las etapas del proceso de mediación penal seguido en la Región de Valparaíso pueden resumirse esquemáticamente de la forma siguiente:



Fuente: Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso: “Modelo de atención. Solución Colaborativa de Conflictos”, julio, 2013.

De la consulta con los distintos Centros de Mediación dependientes de la CAJ de la Región de Valparaíso se desprende una distinto origen y desarrollo de la mediación penal. Así, mientras que en el Centro de Valparaíso y en Coquimbo-La Serena se iniciaron en la mediación penal a partir del proyecto AXI entre los años 2002 a 2009, no ocurrió así en el Centro de Mediación de Copiapó. La procedencia de los casos derivados también es variada en los distintos Centros. Tanto en Valparaíso como en La Serena han existido convenios formales con la Fiscalía y la Defensoría, aun cuando se han detectado fluctuaciones en el nivel de derivaciones de casos a lo largo de los años y un mayor o menor seguimiento de los convenios suscritos. En el caso del Centro de Mediación de La Serena se producen derivaciones por parte de Abogados que solicitan el servicio para su cliente así como demandas espontáneas. En cambio, en Copiapó existe una mayor conexión con el Centro de Atención de Víctimas de Delitos Violentos, de modo que las mediaciones penales conocidas por el Centro de Mediación principalmente se nutren de este Centro, aunque por el momento se trata de pocos casos.

Se suelen producir derivaciones por parte de las Fiscalías en etapas muy tempranas del proceso penal, normalmente antes de la formalización de la causa y en la práctica, después de haber logrado un acuerdo reparatorio en la mediación, el Fiscal solicita audiencia de formalización al efecto de obtener la aprobación judicial del acuerdo alcanzado en el proceso de mediación. Se indica que los casos derivados a mediación suelen terminar mediante suspensión condicional o acuerdo reparatorio, mientras que no

se suele derivar utilizando el principio de oportunidad del Fiscal en la persecución de delitos. Por otra parte, se informa de que en la actualidad no se reciben derivaciones por parte del Juez de Garantía, que podrían efectuarse en la audiencia de formalización, hecho que podría ser explicado por una falta de regulación legal y una política pública que respalde la mediación penal.

### **2.3.- CAJ de la Región del Bío Bío**

La Corporación de Asistencia Judicial de la Región del Bío Bío surge históricamente en el seno del Colegio de Abogados, con el objetivo de “brindar asesoría judicial a personas de escasos recursos que no cuentan con medios económicos para procurársela por sí mismos”. Presta servicios tanto en el campo de la prevención de conflictos -a través del Servicio de Prevención de Conflictos y Promoción de Derechos- como cuando éstos comienzan a desvelarse -a través del Servicio de Orientación e Información socio-jurídica-. Además, se interviene una vez el conflicto se ha manifestado, momento en el cual no sólo se ofrece una orientación jurídica sino también una solución colaborativa.

La Solución Colaborativa de Conflictos (SCC), inspirada en los principios de voluntariedad, autodeterminación de las partes, flexibilidad, imparcialidad y acuerdo informado, puede adoptar diversas modalidades, como son la mediación, la negociación, la conciliación o el arbitraje. Por lo que respecta a la mediación, es un servicio reservado a los Centros de Mediación, aun cuando éstos, partiendo de su origen como “Centros de Resolución Alternativa de Conflictos con énfasis en Mediación”<sup>4</sup>, también pueden realizar cualquier forma de SCC y no exclusivamente mediación.

Se informa de que actualmente la CAJ de la Región del Bío Bío cuenta con tres Centros de Mediación<sup>4</sup>, que se ubican:

- Región del Bío Bío emplazado en la comuna de Concepción.
- Región de la Araucanía, Centro emplazado en la comuna de Temuco, con una cobertura hasta las ciudades más próximas y cuyos vecinos pueden acceder a él.

---

<sup>4</sup> Corporación de Asistencia Judicial de la Región Bío Bío: “Documento elaborado en el marco del cumplimiento de la Meta de Gestión 2013”, junio, 2013.

- Los Lagos, Centro ubicado en la ciudad de Puerto Montt y con una cobertura a las comunas aledañas.

Estos Servicios de Mediación están compuestos por mediadores de profesión de origen diverso: abogados, asistentes sociales y psicólogos. Se prevé la figura de un Coordinador del centro de mediación. Además, conforman el equipo de trabajo funcionarios administrativos, esto es, secretarias y auxiliares de servicios. A los mediadores se les exige contar con un título de una carrera profesional de lo menos 8 semestres de duración y contar con un Postítulo o Diplomado en Mediación de a lo menos 180 horas de duración y contar preferentemente con experiencia en mediación en cualquiera de las materias.

La oferta de SCC es obligatoria, de modo que se informa a todo usuario de la existencia de esta prestación y de sus ventajas comparativas respecto de la acción judicial. Constituye una prestación universal, pues no contempla la calificación socioeconómica de los usuarios.

Las etapas del Servicio de Mediación son las siguientes:

#### *1.- Recepción del caso en el Centro de Mediación.*

Esta etapa se desarrolla generalmente en la Secretaría Técnica del Centro de mediación, en la que se realiza una entrevista preliminar con los consultantes. Tiene como objetivo general recepcionar los casos en el Centro, visualizar los requerimientos y recopilar información que permita evaluar las siguientes etapas a seguir. En esta etapa, se pueden producir las siguientes situaciones:

a) No aceptación del conflicto para el proceso de mediación. Ya sea porque se evalúa que el conflicto presentado tendría una mejor solución para el usuario con la utilización de la vía judicial, ya sea porque el consultante evidencia limitaciones para participar en el proceso. Ante esta situación:

- Se reasigna el caso al área judicial
- Se deriva a otra institución
- Se desiste del caso

b) La aceptación del usuario a participar en el proceso de mediación. En este caso, se define la forma de invitación que se empleará para la otra parte del proceso.

## *2.- Ingreso del caso*

- Se evalúa la viabilidad del caso para ser mediado, tanto en relación con el cumplimiento de los principios que rige este proceso (voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, igualdad de poder de las partes, entre otros) como la materia sobre la que versa el caso. El Servicio de mediación se ocupa de las materias de familia, civil, civil-contencioso, policía local y penal. En este último caso, se informa que en virtud de un convenio Inter-Institucional (CAJ- Ministerio Público- Defensoría penal Pública), las materias derivadas e intervenidas corresponden generalmente a:
  - Cuasidelito de lesiones (menos grave, grave y leves)
  - Lesiones leves, menos graves
  - Daños, daños simples
  - Hurtos, hurto simple, hurto falta
  - Amenazas
  - Receptación
  - apropiación indebida
  - violación de morada
  - Usurpación no violenta

## *3.- Invitación/ citación a las partes.*

- Ésta se concreta en coordinación con el usuario, tanto la fecha concreta para llevar a cabo el proceso como la vía de citación a la otra parte (invitación telefónica, por medio de correo, personal -en este caso, el propio consultante inicial lleva una carta de invitación para ser entregada a la otra parte)- en la que en funcionamiento calificado del Centro de mediación acude al domicilio a entregar la invitación-.

## *4.- Sesiones de mediación*



Éstas pueden ser tanto conjuntas como individuales.

Puede darse el caso de que con anterioridad al proceso de mediación se lleve a cabo una pre-mediación, que consiste en una invitación directa a las dos partes del conflicto de forma previa al proceso. El objetivo de esta pre-mediación es iniciar y encuadrar el proceso de intervención, estableciendo las reglas del proceso, a la vez que se recogen las percepciones de las partes sobre la SCC y lo que esperan obtener de ella, de modo que ya en la pre-mediación se comprometan en el proceso.

Informa la Corporación de Asistencia Judicial de la Región del Bío Bío<sup>5</sup> que cerca del 70% de las personas que son entrevistadas por primera vez en el Centro de Mediación, y a los cuales se les ofrece la mediación como forma alternativa de resolución de su conflicto, aceptan el proceso. A su vez, de esta cantidad de personas, alrededor del 47% cursa el proceso. Cerca de un 70% de los casos intervenidos a través del proceso de mediación logran un acuerdo satisfactorio. La duración de los casos puede durar hasta tres meses, básicamente por el tiempo que media entre la citación y la primera sesión, lo cual ocurre especialmente en los casos penales. Si sólo se cuantificara el tiempo que propiamente dura la mediación, se informa de que en promedio llega a unas seis semanas.

En el caso de asuntos penales, se han celebrado convenios formales de intervención y derivación en materia penal con el Ministerio Público de la IX Región. En el caso de la VIII Región existe un convenio informal de derivación entre el Centro de Mediación y la Fiscalía Local de Concepción.

De las reuniones llevadas a cabo por uno de los expertos con los distintos Centros de Mediación se observan ciertas especificidades y un desarrollo diverso de la mediación penal en los distintos Centros de Mediación de Bio Bio. Así, en el Centro de Mediación de Puerto Montt se derivan entre quince y veinte casos al año, derivados sobre todo al ámbito familia, aun cuando en algunos casos existen supuestos de maltrato simple o sospecha de maltrato, clasificados bajo el rótulo de “violencia”. También conocen de asuntos de tráfico automovilístico, lesiones y amenazas. Han derivado casos al Servicio

---

<sup>5</sup> Corporación de Asistencia Judicial de la Región Bío Bío: “Documento elaborado en el marco del cumplimiento de la Meta de Gestión 2013”, junio, 2013.

de Mediación Jueces de Garantía y también la Defensoría.

En el Centro de Mediación de Concepción se produce una fluctuación de casos derivados a lo largo de los años. En este sentido, mientras que en los años 2008 y 2009 apenas fueron derivados por la Fiscalía Regional una decena de casos, en el año 2011 se produjeron 109 derivaciones, descendiendo a 66 el número de casos en 2012 y a 31 casos en lo que va de año de 2013. Se informa de que la mayor parte de casos derivados afectan a cuasi delitos, lesiones menos graves y hurto simple. En el 49% de casos derivados no se logra contactar con las partes o alguna de ellas no desea participar. El 51% de casos derivados son mediados, de los cuales en un 80% se alcanza un acuerdo reparador. No reciben casos formalizados y generalmente se trata de casos bastante antiguos, cosa que puede dificultar en la práctica el interés de la víctima y del ofensor en llevar a cabo un proceso de mediación.

En cambio, en el Centro de Mediación de Temuco las derivaciones que se producen son todas de casos que han sido formalizados. Se conocen aproximadamente siete casos mensuales, generalmente derivados por parte de la Fiscalía en materia de cuasi delitos. Los acuerdos alcanzados fruto del proceso de mediación son siempre de carácter compensatorio.

#### **2.4.- CAJ de la Región de Tarapacá y Antofagasta**

La Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, ofrece orientación e información en la línea judicial y en la línea de Solución Colaborativa de Conflictos, entre los cuales se encuentra la realización de procesos de mediación. El Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta es el tercero creado en el país, comenzando su programa piloto en el año 2000. El servicio cubre las comunas de Iquique y Alto Hospicio, atendidas por el Centro de Mediación de Iquique. Está constituido por cuatro mediadores -de los cuales dos son trabajadores sociales, uno es psicólogo y una es abogada- y por una secretaria.

Se informa de que el Centro de Mediación ofrece servicios de mediación en el ámbito civil, comunitario y vecinal, escolar, penal y penitenciario, encargándose además

de la promoción y la educación en materia de mediación<sup>6</sup>.

Las etapas del servicio de mediación de la Región de Tarapacá y Antofagasta se configuran de la siguiente manera:

### 1.- *Recepción del caso en el Centro de Mediación*

- El usuario recibe una primera atención en el Centro, ya sea de parte de la secretaría del mismo o de algún postulante en práctica. Se solicita a este usuario sus datos personales, que son consignados en el registro diario de atención y se procede a escuchar su inquietud.
- Se deriva al usuario a la OI (Orientación e Información), que es realizada por un profesional del centro, el cual le facilita información y orientación y realiza una evaluación socio-jurídica del conflicto para evaluar si dicha problemática es susceptible de ser mediada. De ello queda constancia en el Registro diario de atención. Dependiendo de la evaluación del profesional del Centro, se puede producir uno de los siguientes resultados:
  - a) Se deriva a otra institución
  - b) Se inicia el proceso de mediación

### 2.- *Ingreso del caso*

- Se realiza un análisis de viabilidad a partir de la exposición que el usuario hace de su pretensión y de la primera orientación que realiza el funcionario o el postulante.

### 3.- *Invitación/ citación de las partes*

- Se facilita un tríptico explicativo de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos y los principios que la rigen.
- Con anterioridad a la mediación propiamente dicha, se inicia un proceso de pre-mediación en el área de ingresos del centro. La carpeta cuenta con:

---

<sup>6</sup> Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Tarapacá y Antofagasta: “Propuesta de modelo de atención de la línea de solución colaborativa de conflictos”, 2013.

- la ficha de ingreso
  - el cronograma del caso
  - la declaración y compromiso
  - ficha del proceso
- Envío de la citación a la parte solicitada: Se adjunta a la citación un tríptico explicativo de la mediación. La primera sesión se programa una semana después de la solicitud.

#### 4.- *Sesiones de mediación*

- Por lo general se informa de que el promedio es de dos sesiones conjuntas, aun cuando ello puede incrementarse si se realizan sesiones individuales o se trata de mediaciones grupales, en las que el promedio de sesiones se eleva a cuatro sesiones.
- Si durante el desarrollo de la mediación se evidencia que existen aspectos de relevancia jurídica en el conflicto o es necesario otorgar orientación socio-jurídica a las partes, se suspende la sesión y se solicita el apoyo del encargado de la orientación (abogado o postulante en práctica)
- Cuando el número de partes involucradas sea más de cuatro se puede decidir la realización de una co-mediación.

#### 5.- *Término del proceso*

- Si existe un acuerdo se procede a su formalización.
- Si el proceso concluye sin acuerdo los casos son derivados a servicios de atención jurídica gratuita pertenecientes a los Centros de Atención de la Corporación de asistencia Judicial de Iquique, al Consultorio Jurídico o Centro de Familia CAJTA u otra institución o servicio público a fin de encontrar una solución al conflicto.

#### 6.- *Ejecución y seguimiento de casos*

- Los acuerdos pecuniarios se hacen efectivos en el mismo Centro, quien actúa como fedatario.
- El seguimiento de los casos se inicia si las partes así lo solicitan, generalmente

cuando los acuerdos no se han cumplido o se han cumplido parcialmente.

Desde el Centro de Mediación de Iquique se informa que desde el año 2007 se han ocupado de doscientos asuntos penales. El 48% de ellos han sido mediados. De ellos, el 87% llegó a un acuerdo reparador. Las derivaciones del Fiscal, en la mayoría de ocasiones se producen cuando el caso aun no se encuentra formalizado, siendo que tan sólo en el 1% de los casos el ofensor se encuentra procesado. Se detectan algunos aspectos prácticos que pueden dificultar el desarrollo de la mediación penal, que son comunes, como se observará, a las experiencias puestas de manifiesto por otros Centros de Mediación. Así, en ocasiones la derivación de un caso se produce faltando datos personales básicos para el contacto con el ofensor o la víctima del delito. De otro lado, la mayor parte de casos, además de no encontrarse formalizados, están archivados o pendientes de archivo, cosa que dificulta sobremanera la implicación de las partes en el seguimiento de un proceso restaurativo.

### **3.- LA MEDIACIÓN PENAL: MARCO TEÓRICO**

#### **3.1.- Introducción conceptual**

La mediación penal consiste en un proceso de diálogo informal entre el autor y la víctima de un hecho delictivo, facilitado por un tercero imparcial. Puede ser interpretada desde diversas perspectivas teóricas. Dado que tiene elementos en común con otras formas de mediación, como la civil, familiar o comunitaria, es frecuentemente concebida como un método alternativo de resolución de conflictos (*Alternative Dispute Resolutions*). Otra perspectiva, que ha pasado a adquirir un mayor relieve en el ámbito internacional, es la que concibe la mediación como una práctica propia de la justicia restaurativa, entendida ésta como paradigma alternativo de justicia. Aunque ambos enfoques son compatibles y complementarios, deben ponerse de relieve los aspectos en que se diferencian.

Por una parte, el primer enfoque tiende a entender la mediación penal como una forma más de mediación, mientras que el enfoque restaurativo permite prestar atención a sus aspectos más característicos, como la desigualdad intrínseca de las posiciones de autor y víctima y las exigencias propias del proceso penal. Así, no puede hablarse de partes en el mismo sentido que en un litigio o un conflicto de carácter civil o comunitario, pues la comisión de un hecho delictivo, así como el hecho de la victimización, determina unas posiciones, las de autor y víctima, que jurídica, psicológica y socialmente son portadoras de un determinado significado. Por otra parte, la idea de conflicto puede ser válida para explicar algunos sucesos de relevancia delictiva, muy frecuentes en muchos ámbitos de la vida social, en que los roles de autor y víctima pueden aparecer difuminados o el delito es expresión de una situación de fondo de larga duración. Pero es evidente que no todos los hechos delictivos pueden ser comprendidos en estos términos y no tendría sentido renunciar de modo absoluto a la mediación en los supuestos en que la idea de conflicto no permite captar la realidad sustancial de lo que ha sucedido, que en algunos casos es un acto unilateral contra los bienes jurídicos de la víctima o de la sociedad. La justicia restaurativa, al enfatizar las ideas de restauración y justicia y al poner en el centro de atención las necesidades de la víctima y las de reintegración y responsabilización del victimario, constituye un marco teórico adecuado para comprender e implementar la mediación penal y otras prácticas restaurativas en hechos delictivos de naturaleza

diversa.

En este sentido, es importante tener en cuenta que la mediación penal no es la única forma de justicia restaurativa. Algunos autores, al hacer una estructuración teórica de las diversas prácticas restaurativas, han considerado que la mediación penal es en realidad una práctica *parcialmente restaurativa*, en comparación con otras formas más complejas, como las basadas en el modelo de *conferencing*, desarrollado en el ámbito anglosajón, que responderían de modo pleno a las expectativas propias de la justicia restaurativa (Mc Cold/Watchel 2003).

Una de las aportaciones más relevantes de la justicia restaurativa es que expresa a la vez la voluntad de no renunciar a la idea de justicia y la necesidad de desarrollar una concepción alternativa de ésta, al entender que es una necesidad intrínseca al ser humano en sociedad y un derecho del ciudadano que las instituciones están obligadas a respetar y a establecer garantías para su adecuada realización. Ambos aspectos, por su importancia, requieren una aclaración. En primer lugar, la idea de justicia restaurativa viene a superar la asociación, tan enraizada culturalmente, entre justicia y castigo, enviando un mensaje a la comunidad y a las personas involucradas directa o indirectamente en un hecho de carácter delictivo, que los objetivos de recomposición de las relaciones sociales, de reinstauración de la confianza y de pacificación social son también formas de hacer justicia, que pueden actuar de modo complementario o alternativo a la justicia penal convencional. En segundo lugar, no renunciar a la idea de justicia es fundamental, respecto a las diversas personas involucradas en el hecho. En relación con la víctima, sus necesidades en muchos casos no quedarán satisfechas si el mensaje que recibe es que su problema es tratado como un conflicto que debe resolverse. La experiencia de la victimización lleva asociada un sentimiento de injusticia y una defraudación de confianza, por lo que la víctima necesita un mecanismo a través del cual pueda verse restablecida su confianza en la justicia del mundo. Las víctimas también tienen necesidad de una intervención que contrarreste el riesgo de ser culpabilizada por lo que le ha sucedido, para lo cual necesita un proceso social de atribución de culpa al victimario, que puede hacerse efectivo a través de la justicia convencional, pero también mediante un proceso en el que sea el propio victimario el que asuma su responsabilidad y se disculpe. Como después podrá comprobarse, éste es un aspecto fundamental en el proceso de mediación penal y en otras prácticas restaurativas. Desde la perspectiva del

infractor, la justicia restaurativa, al poner en el centro las necesidades de la víctimas y la idea de reparación, permite que aquél asuma que su culpabilidad y, por consiguiente, su deuda respecto a la sociedad no se salda mediante su sufrimiento improductivo, sino que el esfuerzo compensatorio que se le exige por el mal causado entrafña el reconocimiento de los efectos de su actuación en la sociedad y en la víctima y la necesidad de repararlos.

Esta cuestión permite establecer una conexión entre la justicia restaurativa y otros dos conceptos “alternativos” de justicia: la justicia procedimental y la justicia terapéutica. La mediación penal puede ser una forma idónea de dar respuesta al hecho delictivo, porque puede en muchos casos satisfacer necesidades de las víctimas y de la sociedad y hacerlo con una mayor calidad en términos de “justicia procedimental”, en comparación con el proceso de justicia penal convencional, también en relación con el infractor, que puede sentirse tratado de modo más justo. Como posteriormente se verá en los resultados de los estudios realizados en el ámbito internacional, tanto los infractores como las víctimas, especialmente las últimas, acostumbran a valorar positivamente su experiencia en programas de mediación penal por el hecho de haber podido participar en un asunto que les afecta y haber sido escuchados, aspectos respecto a los cuales el sistema de justicia penal normalmente presenta falencias y recibe valoraciones más negativas. Asimismo, en lo que concierne a la “justicia terapéutica”, la mediación penal u otras formas restaurativas se espera que contribuyan en mayor medida a las finalidades de rehabilitación y recuperación de las víctimas. Para todo ello será importante determinar en qué medida estos objetivos teóricos pueden ser satisfechos por la realidad de los programas de mediación, lo que se aborda posteriormente en la presentación de los resultados de la investigación llevada a cabo en el ámbito internacional.

### **3.2.- Antecedentes de la mediación penal en el ámbito internacional**

Una experiencia que suele ser considerada como antecedente de los programas de mediación penal tuvo lugar en 1974 en Ontario (Canadá) cuando un oficial de libertad vigilada que tenía contacto con la comunidad menonita propuso al juez que dos jóvenes que habían causado daños en diversos vehículos bajo el efecto de las drogas, en lugar de ser castigados fueran requeridos para que asumieran su responsabilidad, pidieran disculpas a las personas afectadas y se ofrecieran a reparar el daño causado. Animados por esta experiencia, miembros del *Mennonite Central Commmittee* promovieron prácticas



similares. A partir de este precedente se desarrollaron en Estados Unidos el *Victim/Offender Reconciliation Program* (VORP) y los programas de Victim Offender Mediation (VOM), en los que se ponían en contacto ofensores y víctimas con la participación de mediadores voluntarios. En Noruega se inició en 1981 un proyecto piloto de derivación a un proceso de mediación entre víctima y ofensor para menores que delinquieran por primera vez, inspirado en las ideas de Nils Christie, en el que personas voluntarias actuaban como mediadores.

Otras prácticas surgieron en otros países anglosajones, como Nueva Zelanda y Australia, favorecidas por el interés de prácticos e investigadores en ciertas formas de justicia comunitaria de algunos pueblos aborígenes. Los referidos principios fueron posteriormente desarrollados por diversos autores, dando lugar a la formulación de la justicia restaurativa, aunque por lo general la elaboración teórica ha ido por detrás de la práctica. La idea de justicia restaurativa se plasmó en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y cobró impulso a través de los Simposios internacionales de Victimología de Adelaide (Australia) en 1994, Amsterdam en 1997 y Montreal en 2000. Especial relevancia tuvo la Primera Conferencia Internacional sobre Justicia Restaurativa para jóvenes celebrada en Leuven en 1997 o, en esta misma ciudad, el Congreso de 2002.

En Europa se han desarrollado programas de mediación penal en diversos países, especialmente en el ámbito de la justicia juvenil, aunque con importantes experiencias también en la justicia penal de adultos, destacando las realizadas en el Reino Unido, Alemania, Austria o Bélgica. En España el programa más consolidado es el impulsado por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, que viene ejecutándose de manera ininterrumpida desde 1999 hasta la actualidad, pese a no existir una regulación legal de la mediación ni de sus efectos en el proceso penal. También se han iniciado programas en el País Vasco, Valencia, la Rioja o Madrid. Posteriormente se van a analizar los resultados ofrecidos por algunos de estos programas.

### **3.3.- La mediación penal y su delimitación respecto de otros procesos o métodos de resolución de conflictos**

#### **3.3.1.- Elementos de la mediación penal**

La mediación es una técnica cuyo uso se ha generalizado en diversos ámbitos y así existe en la actualidad la mediación en el ámbito del derecho privado (de la que cabe destacar por su mayor difusión la mediación familiar), la mediación comunitaria, la mediación laboral, la mediación empresarial o la mediación en el ámbito del consumo, entre otras.

Con carácter general, la mediación ha sido definida como “proceso consensual” o “autocompositivo”, que tiene como características el principio de voluntariedad y la autonomía de la voluntad privada de las partes, que conservan el poder de disposición sobre el proceso. Los principios de la mediación son:

- principio de voluntariedad
- principio de confidencialidad
- principio de imparcialidad y neutralidad
- principio de equidad del procedimiento
- principio de igualdad de armas

Se reconocen asimismo otros principios que no tendrían un carácter constitutivo o esencial, como los de transparencia o economía procesal. Como se ha señalado, estos aspectos son en general comunes a las diversas formas conocidas de mediación, aunque lo que aquí nos afecta sería la mediación penal, que presenta diversas particularidades que la diferencian esencialmente de otras formas de mediación en otros ámbitos jurídicos, empresariales o sociales.

La mediación penal es un proceso restaurativo que responde a un esquema de diálogo entre víctima y ofensor facilitado por un tercero. En la mediación los dos protagonistas del hecho interactúan asistidos por un mediador que crea el ambiente adecuado que permita una comunicación efectiva y beneficiosa según las necesidades de ambos. El carácter restaurativo de la mediación penal estaría en que va más allá de una mera técnica de resolución de conflictos y contiene la dimensión que ha llevado a Umbreit

a referirse a una “mediación humanística”, capaz de expresar compasión y empatía y basada en la idea de cuidado y pacificación. La justicia reparadora no aspira propiamente a *restablecer* el *status quo* anterior al hecho, sino que trata de *establecer* unas relaciones interpersonales y una convivencia social basadas en el respeto mutuo y la cooperación.

Otras concepciones de la mediación penal se sustraen a esta dimensión espiritual de lo restaurativo. Así, por ejemplo, ha sido definida como “aquel sistema de gestión de conflictos en el que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica”. Esta concepción añade a las características antes señaladas un cierto carácter oficial o intraprocesal de la mediación penal, que sería uno de los rasgos distintivos respecto a otras formas de mediación en el ámbito privado, comunitario o empresarial. Esta dimensión estaría vinculada a la naturaleza pública del Derecho penal y al hecho que competiría al Juez o al Fiscal la derivación y finalmente también sería competencia del Juez o del Fiscal el control de legalidad o la validación final del proceso. Un elemento que estaría relacionado con ello sería la necesidad de que desde las instituciones se ponga a disposición de las personas interesadas un servicio de mediación penal en condiciones de gratuidad. Tales exigencias deben ser matizadas, pues una cosa es tener en cuenta que la mediación entre autor y víctima no puede entenderse al margen de la premisa de que el hecho constituye un delito para el que el Derecho prevé una respuesta a través del proceso penal y otra reconocer a la mediación un carácter intrajudicial incompatible con su vocación de proceso extrajudicial o parajudicial desarrollado de modo informal y con una racionalidad procedimental distinta a la del proceso judicial. Cuestión distinta será la forma en que el sistema jurídico reconoce efectos a la mediación y configura la articulación entre el proceso de mediación y el proceso judicial.

### **3.3.2.- Mediación y arbitraje**

El arbitraje es un sistema de resolución en que un tercero imparcial libremente aceptado por las partes resuelve sobre una controversia. En la mediación interviene un

tercero imparcial pero éste no decide sino que su intervención se limita a facilitar que las partes establezcan una comunicación y puedan llegar por sí mismas a un acuerdo. Una vez el árbitro resuelve, las partes deben pasar por esta decisión. Por el contrario, el mediador no adopta decisión alguna sino que las partes son libres para llegar o no a un acuerdo. Los conocimientos y habilidades que se requieren de un mediador, que esencialmente tiene que facilitar la comunicación entre las partes, son distintos de los que se esperan de alguien que ejerza como árbitro.

### **3.3.3.- Mediación y conciliación**

En sentido opuesto a lo que sucede respecto al arbitraje, la conciliación se diferencia de la mediación porque no es necesaria la intervención de un tercero que contribuye al diálogo y a la resolución del conflicto. Es frecuente la confusión entre la conciliación y los procesos de justicia restaurativa. La confusión se explica por la proximidad conceptual y terminológica. La conciliación ha sido tradicionalmente reconocida como una forma de resolución del conflicto distinta a las formas de carácter adjudicatorio o formal y las leyes han previsto incluso formas de conciliación como mecanismos de evitación del proceso judicial. Algunas de estas formas ya abandonadas de justicia incluso habían previsto la participación de terceros, como “hombres buenos” o “amigables componedores” o incluso figuras cuasi-judiciales como los jueces de paz legos, jueces de equidad con una imagen híbrida de ciudadano común y a la vez representante de la ley con funciones en parte adjudicatorias y en parte pacificadoras. Por otra parte, algunos programas y experiencias de contenido restaurativo se han servido de las expresiones “conciliación” o “reconciliación”, como los *Victim-Offender Reconciliation Programs*, implementados en los Estados Unidos en los años ochenta del siglo XX o la denominación “Comisiones de la verdad y la reconciliación” que se ha extendido en diversos países (como por ejemplo Sudáfrica o Perú). El discurso de la conciliación y de la reconciliación pertenece a la semántica de la justicia restaurativa, aunque, paradójicamente, provoca interferencias nocivas en el mismo, como, por ejemplo, cuando puede sugerir la idea de que un objetivo de la mediación o un proceso restaurativo en un caso de violencia en la pareja es la reconciliación entre los mismos entendida como reanudación de la relación afectiva y de la vida en común. Por estas razones es necesario establecer una nítida diferenciación entre mediación, entendida como proceso restaurativo, y la conciliación como formas distintas de resolución de conflictos.

En el plano legislativo, diversos sistemas jurídicos han venido reconociendo la conciliación en los delitos perseguibles a instancia de parte. En España esta idea de ha plasmado en la legislación procesal de un modo muy restrictivo, reducida únicamente al ámbito de los delitos estrictamente privados. Así, el art. 804 LECrim exige que se haya realizado un intento de conciliación de las partes como requisito previo para la admisión de la querrela. Previsiones similares se hallan en las leyes procesales de diversos países latinoamericanos. En muchos de ellos, sin embargo, la conciliación previa se requiere respecto a otros tipos delictivos; así, por ejemplo, en el art 38 del Código procesal penal colombiano, en todos los delitos querellables, que son todos los que no tienen señalada pena privativa de libertad o son delitos menores.

Más amplio es el reconocimiento de la conciliación en el Código penal de Bolivia, que le atribuye la condición de causa de extinción de la acción penal (art 27), o en Guatemala (art 319 CPP), El Salvador (art 31.11), Costa Rica (art 30,j) o Venezuela (art 34-36 y 503 CPP). Además, en algunas legislaciones latinoamericanas se prevé que la conciliación determine la suspensión condicional del proceso, como dispone el art 27 CPP de Guatemala, el art 76 CPP de Argentina o el art 63 CPP de Nicaragua.

Por otra parte, la legislación en materia de violencia intrafamiliar ha establecido en algunos países la prioridad del proceso de conciliación en el ámbito familiar, como paso previo necesario para poder ejercer la acción penal (Colombia o El Salvador). En estos supuestos nos encontramos, aunque con nuevos ropajes y una relativa mayor atención a la problemática de la violencia, con una manifestación de la tradicional idea de la subsidiariedad de la intervención penal frente a la resolución del conflicto en el ámbito familiar, donde la conciliación entre autor y víctima es entendida como reconciliación en el ámbito de la relación de pareja y de restablecimiento de la paz y armonía doméstica.

### **3.3.4.- Mediación y negociación**

La negociación, como la conciliación, constituye una forma de resolución de disputas basada en el diálogo entre las partes sin intervención de terceros, en la que éstas pretenden alcanzar un acuerdo que evite tener que acudir a un proceso judicial. La negociación entre las partes afectadas por un conflicto puede hacerse a través de

abogados o representantes que tratan de obtener una solución que se acerque lo más posible a sus intereses, según una lógica de regateo en la que se asume la necesidad de tener que ceder cada una en sus pretensiones iniciales a favor de un acuerdo que permita satisfacer unos mínimos. La diferencia esencial entre la negociación y la mediación, especialmente en la medida que ésta se entienda como mediación restaurativa, no estaría tanto en la presencia del tercero facilitador sino en el espíritu de la misma, que no respondería a una racionalidad competitiva según la cual la ganancia de uno es el correlato de la pérdida de otro, sino a una lógica *win-win*, en la que el mediador debe favorecer el modo en que cada parte pueda ver satisfechas sus necesidades fundamentales en relación con el conflicto. Lamentablemente algunos enfoques insisten en asimilar uno y otro modelo de justicia.

La justicia penal ha ido incorporando, incluso en los países europeos más vinculados a una historia de legalismo o a una concepción idealista de la justicia, vías a través de las cuales se reconoce validez a una “justicia regateada”, según el modelo del *plea bargaining* norteamericano o formas similares. La experiencia de la aplicación de estas formas, como sucede con la conformidad en España, da muestras de la alta disposición existente por parte de los diversos operadores jurídicos a aceptar la idea de una justicia negociada, lo cual aporta ventajas (como la agilización de la justicia o la evitación de las consecuencias negativas del juicio) pero también grandes inconvenientes, entre los que cabe considerar el riesgo de frivolidad propia de una negociación competitiva, el impacto desigual en los imputados o la postergación de los intereses de las víctimas en el regateo entre el Ministerio fiscal y los abogados de los acusados.

### **3.4.- Teoría y práctica de la justicia restaurativa**

#### **3.4.1.- Aparición y propuestas teóricas**

En sus primeros momentos las prácticas de justicia reparadora se han llevado a cabo principalmente en el contexto de la justicia juvenil y como respuesta a delitos de poca gravedad, aunque de modo progresivo se ha expandido en la justicia penal de adultos y fuera del ámbito del vandalismo o de la criminalidad de bagatela. Ha sido concebida desde sus orígenes como un paradigma alternativo de justicia, entendido como contrapuesto al modelo dominante propio del sistema de justicia penal, calificado como

“retributivo”. Es una teoría de la justicia que enfatiza la reparación del daño causado por el comportamiento delictivo a través de procesos cooperativos en los que toman parte las personas involucradas en el mismo. La concepción del delito como ruptura de las relaciones humanas y sociales antes que como violación de la ley se encuentra en el fundamento del referido paradigma.

Como precursores de la justicia restaurativa cabe considerar los trabajos de Barnett y de Christie, quienes sin utilizar la expresión anticipan sus principios inspiradores. En su trabajo “Restitución: un nuevo paradigma de justicia penal” (1977), Barnett anuncia la superación del “paradigma del castigo” (*paradigm of punishment*), que tras 900 años de predominio en Occidente encuentra dificultades para mantener su credibilidad en un mundo secularizado. El sistema de justicia penal fracasa en sus objetivos preventivos y no puede fundamentarse en una vinculación racional entre el sufrimiento provocado por la pena en el delincuente y el daño sufrido por la víctima. Por el contrario, la idea de restitución parte de una visión del delito como la ofensa de un individuo contra los derechos de otro. Según Barnett, el sistema de restitución “punitiva” debe dejar paso a un sistema puro de carácter reparatorio. El nuevo objetivo que se proclama es hacer justicia a las víctimas, de un modo que a la vez sea beneficioso para el autor y para el contribuyente.

El célebre trabajo de Christie “Conflicts as property” (1977) expresa una visión crítica de la justicia penal según la cual ésta produce una “expropiación del conflicto” de manos de sus titulares, quienes permanecen ajenos a la forma en que la sociedad resuelve un conflicto que les pertenece. La crítica de Christie se centra en los juristas, quienes devienen “propietarios” del conflicto sustraído a las víctimas y a las otras partes involucradas en el mismo. Los sistemas formalizados de justicia de los países industrializados, a diferencia de lo que sucede con algunas prácticas de justicia en otras comunidades humanas, tienen como consecuencia que el conflicto permanece socialmente invisible. El proceso de invisibilización es particularmente acentuado en lo que atañe a las víctimas, quienes se ven sometidas a las inclemencias del proceso penal y se les priva de la posibilidad de conocer a su agresor. Respecto a los ofensores, el sistema les priva de la oportunidad de explicar sus razones o de ser perdonados. En la visión de Christie, la devolución del conflicto a sus titulares no pasa por arbitrar un simple recurso que permita compensar materialmente el daño causado a la víctima, sino por

disponer de tribunales de proximidad orientados hacia las víctimas, en que la respuesta al delito estuviera centrada prioritariamente en “acciones restitutivas” a cargo del ofensor y en que los protagonistas no fueran “profesionales del conflicto”, como los jueces y abogados sino las mismas partes directamente afectadas.

Una referencia fundamental en la conceptualización de la justicia restaurativa fue la aportación de Zehr (1985), quien le da nombre, concebido como idea alternativa a la de justicia retributiva. El autor parte de la constatación de que el sistema de justicia penal no funciona ni para las víctimas, que no pueden ver satisfechas sus necesidades, ni respecto a los ofensores, pues no consigue desincentivar eficazmente la comisión de delitos y no favorece una auténtica asunción de responsabilidad por parte de éstos. Pero al mismo tiempo Zehr constata que a lo largo de la historia de la humanidad el modelo punitivo hoy dominante en Occidente ha convivido con el modelo de justicia comunitaria y han existido muchas manifestaciones de técnicas de resolución no jurídica de conflictos hasta tiempos recientes, que se mantienen todavía en diversas culturas.

Frente al paradigma tradicional de tipo retributivo, Zehr propone un modelo de justicia basado en la concepción del delito como una violación de las relaciones humanas, de modo que los sentimientos de la víctima y del ofensor no sean vistos como elementos periféricos sino como el núcleo del problema. En este nuevo paradigma, el foco de atención debe estar no en el pasado sino en el futuro, centrado en la idea de “restoration”, entendida como “hacer las cosas bien” teniendo en cuenta el resultado, como “restauración” de las relaciones sociales en vez de en la imposición de sufrimiento. Zehr opone la justicia restaurativa al paradigma de la justicia retributiva y considera que representa una lente distinta a la propia del sistema retributivo y de la justicia convencional, una forma distinta de ver el hecho delictivo y sus protagonistas y el sentido de la respuesta ante el mismo.

De gran relevancia ha sido también la aportación de Marshall (1998) en la consolidación y estructuración del modelo. Este autor concibe la justicia restaurativa no como una práctica concreta sino como una serie de principios orientadores de la actividad de grupos o agencias en relación con el delito. Estos principios son: a) la creación de espacios para la involucración personal de los afectados (particularmente el ofensor y la víctima pero también sus familias y comunidades); b) la visión de los problemas del delito



en su contexto social; c) una visión prospectiva (o preventiva) orientada a la resolución de problemas; d) flexibilidad de la práctica (creatividad).

Para la definición de la justicia restaurativa Marshall apela a los elementos que han sido ya aceptados internacionalmente. Consiste en “un proceso por el que las partes involucradas en un ofensa específica resuelven colectivamente el modo de tratar con las consecuencias de la ofensa y sus implicaciones para el futuro”. Sus objetivos primarios son: a) prestar atención plena a las necesidades de las víctimas (materiales, financieras, emocionales y sociales); b) prevenir la reincidencia mediante la reintegración de los ofensores en la comunidad; c) permitir a los ofensores que asuman responsabilidad activa por sus acciones; d) recrear una comunidad de trabajo que brinde apoyo a la rehabilitación de los ofensores y de las víctimas; y e) proveer medios para evitar el recurso a la justicia legal y los costos y retrasos asociados a la misma.

Uno de los aspectos cruciales en el desarrollo de los programas de justicia restaurativa es su relación con el sistema de justicia. Marshall advierte de los peligros de que los procesos restaurativos se vean contaminados por su contacto con el sistema judicial, aunque asume que no pueden ser concebidos como dos sistemas independientes, por lo que la justicia restaurativa debe integrarse con la justicia criminal como un proceso complementario que mejore la calidad, efectividad y eficiencia de la justicia en su conjunto.

### **3.4.2.- Desarrollo de la justicia restaurativa en el ámbito internacional**

La idea de justicia restaurativa se ha materializado a través de formas múltiples y diversas. En un primer momento, la idea se entendía referida a las prácticas de mediación entre autor y víctima realizadas fundamentalmente en Estados Unidos y Canadá, que luego se extendieron a algunos países europeos. Hacia los años noventa del siglo XX, experiencias nacidas en Nueva Zelanda y después adoptadas en Australia, como el *Family Group Conferencing*, fueron identificadas como prácticas propias de justicia restaurativa y sus defensores aseguran que responden con mayor pureza al espíritu restaurativo en la medida que superan la dinámica bilateral de la mediación e incluyen la participación de la comunidad y de otros agentes relevantes en la resolución del conflicto además de la víctima y el infractor. Entre ellos se llega a admitir la participación en el

proceso no sólo de familiares y amigos de éstos sino de servidores del sistema de justicia penal, como policías, que pueden actuar como facilitadores. Posteriormente, se han reconocido como procesos restaurativos los “círculos de pacificación” de algunas comunidades aborígenes del Canadá, aceptadas en algunas ocasiones por los tribunales de justicia como formas válidas de resolución de conflictos. Diversas formas de *conferencing* se han adoptado en los países anglosajones. En algunos de ellos, como Australia y Nueva Zelanda, esta clase de procesos restaurativos ha llegado a implantarse como forma de respuesta normal a la delincuencia de menores de edad. En el ámbito de algunos países latinoamericanos se ha invocado la idea de justicia restaurativa para sostener la necesidad de que el Derecho acepte una renuncia a la intervención de la justicia penal en los casos en que el delito haya obtenido respuesta a través de formas de justicia comunitaria propias de comunidades indígenas, aunque, como veremos, hay que distinguir debidamente justicia restaurativa y justicia comunitaria. En otra dimensión, la justicia restaurativa ha sido el fundamento teórico de algunas de las fórmulas adoptadas en ciertos procesos transicionales ante la necesidad de dar respuestas a la victimización masiva producida bajo regímenes autoritarios o en situaciones de conflicto armado, como las comisiones de la verdad. La dimensión restaurativa se hace presente en particular a partir de la Comisión sudafricana de la verdad y la reconciliación (1995), en que la concesión de amnistías se condiciona al reconocimiento de los hechos y responsabilización por parte de los ofensores, a la disculpa, la participación de las víctimas y la idea de reconciliación.

La justicia restaurativa emerge, según algunas elaboraciones teóricas, como un “tercer modelo” frente al modelo retributivo y al rehabilitador, que permite superar la falta de imaginación con la que los criminólogos habían reaccionado ante el fracaso del sistema de justicia penal. Así, para Braithwaite, la justicia restaurativa consiste en restaurar a las víctimas, a los ofensores y a la comunidad. El delito provoca en las víctimas una pérdida en su dignidad y en su libertad y ante ello debería encontrar una respuesta que restaure su dignidad, su sentimiento de seguridad y de “empoderamiento” (*empowerment*), en lugar de una respuesta formalizada gestionada por un sistema de justicia lejano que impide su participación. En términos semejantes cabe entender la necesidad de restauración y reintegración del ofensor, de manera que se pueda fortalecer su sentido de justicia que evite alimentar la “subcultura criminal”. Desde el punto de vista de la comunidad, la restauración de los lazos sociales es un aspecto importante de la idea

de “apoyo social”, como condición para la prevención del delito. El citado autor no concibe la justicia restaurativa como una nueva forma de justicia comunitaria, sino que ve como una de sus virtudes la oportunidad de superar la dicotomía entre comunitarismo e individualismo, de modo que la justicia estatal liberal reconozca formas de justicia comunitaria y los mecanismos de justicia de comunidades indígenas aprendan de las virtudes de la justicia estatal liberal.

La creación de un consenso por parte de una amplia comunidad de investigadores sociales respecto al concepto y los principales contenidos de la justicia restaurativa se manifiesta en la *Declaración de Leuven*, suscrita en 1997 por los participantes en la primera Conferencia internacional sobre justicia restaurativa para jóvenes, mediante la que se quiere enfatizar “la creencia de una parte sustancial del mundo científico en el potencial de la justicia restaurativa para ofrecer una respuesta constructiva al crimen”. Según la Declaración, el propósito del enfoque restaurativo es restaurar el daño hecho a las víctimas y contribuir a la pacificación de la comunidad y a la seguridad de la sociedad. La Declaración recoge una serie de propuestas, entre las que cabe destacar:

- El delito debe ser tratado ante todo como un daño causado a las víctimas y una amenaza para la paz y el bienestar de la comunidad, antes que como una infracción de una norma o del orden jurídico-moral abstracto.
- La reacción frente al delito debe contribuir a la disminución de estos daños y amenazas. La respuesta puramente retributiva incrementa el sufrimiento y no satisface las necesidades de las víctimas y de la sociedad. Por el contrario debe promoverse la responsabilidad del ofensor, que incluye su contribución a la restauración del daño y el respeto a sus derechos. Una respuesta puramente rehabilitadora no es aconsejable en la medida que puede obstaculizar la responsabilidad del ofensor y el respeto a las garantías jurídicas.
- La función principal de la reacción social ante el delito no es el castigo, sino crear condiciones que promuevan la reparación del daño causado. La restauración puede ser planteada como objetivo válido respecto a diversas clases de daño, incluidos los daños materiales, físicos, psicológicos en las víctimas, así como la pérdida de calidad de la vida social en la comunidad.
- La víctima tiene derecho a decidir libremente participar o no en un proceso restaurativo. El ofensor no debe ser involucrado en un proceso restaurativo a no

ser que acepte libremente su responsabilidad por el daño causado. Si la comunidad está afectada por el hecho, la reacción restaurativa no puede estar dirigida tan sólo hacia los intereses de la víctima sino que debe comprender también una prestación que suponga una restauración simbólica del daño causado en la comunidad.

- Las autoridades deben efectuar serios esfuerzos para facilitar una respuesta restaurativa al delito juvenil.
- La investigación sobre justicia restaurativa debe llevarse a efecto en colaboración con los prácticos, con el fin de aportar conocimiento científico sobre los resultados de las experiencias prácticas y elaborar teorías y metodologías que permitan mejorar la implementación de los procesos restaurativos.

En el plano de la militancia y el activismo social, la justicia restaurativa se abre paso a través de iniciativas como el *European Forum for restorative justice*, fundado en 2000 con el objetivo de “desarrollar la mediación penal y otras prácticas restaurativas en Europa”. La contribución del Foro pretende efectuarse mediante actividades consistentes en promover de mecanismos de cooperación internacionales, prestar asistencia en el desarrollo de principios, buenas prácticas y formación, o estimular la investigación, entre otras.

### **3.5.- Características del proceso restaurativo**

La mediación penal, como forma de justicia restaurativa, supone un modo de abordar el delito basado en una actitud orientada a la resolución de problemas, que implica a las partes directamente afectadas por el mismo y a la comunidad. En un sentido más genérico podría considerarse como restaurativa, siguiendo a Walgrave / Bazemore, “toda acción orientada principalmente a hacer justicia mediante la reparación de daño causado por el crimen”. Como puede deducirse de las anteriores definiciones, la caracterización de un proceso como “restaurativo” requiere que se precisen debidamente sus rasgos distintivos. Una fórmula que permite concretar el concepto se ha plasmado en la Declaración de principios básicos del uso de programas de justicia restaurativa en asuntos penales (2002), que define como proceso restaurativo “cualquier proceso en que la víctima, el ofensor o/y otros individuos o miembros de la comunidad afectados por el crimen participan activamente y de modo conjunto en la resolución de las cuestiones

derivadas del delito, con la ayuda de una tercera parte. La misma declaración cita como ejemplos la mediación, el *conferencing* y los *sentencing circles*.

La anterior definición contiene las características propias de los procesos restaurativos, que pueden sistematizarse en los siguientes puntos:

a) El proceso se basa en la participación activa de, al menos, la víctima y el ofensor. Además de estos dos principales protagonistas el proceso puede estar abierto a la intervención de otras personas, con lo que ya no adoptaría la forma más habitual de mediación entre autor y víctima sino de un diálogo restaurativo más complejo, como el “conferencing” o una mediación ampliada. La participación activa no supone la necesidad de un encuentro físico entre víctima e infractor, pues cabe la posibilidad de una interacción indirecta a través del mediador. Si, en unas u otras circunstancias, cada uno de los protagonistas del hecho puede expresarse libremente el proceso de diálogo podrá considerarse como restaurativo.

b) El proceso se basa en un diálogo desarrollado en un entorno libre de formalidades, de modo que cada uno de los protagonistas pueda expresar espontáneamente su relato, sus necesidades y emociones sobre el hecho y la forma de afrontar sus consecuencias.

c) El diálogo debe efectuarse en presencia de un facilitador. Este elemento esencial ha quedado reflejado en la versión final de la Declaración de principios (ECOSOC 2002), en que se abandonó la propuesta inicial que incluía una referencia más ambigua, según la cual el proceso restaurativo se efectuaba en general con la ayuda de una tercera parte justa e imparcial. La evolución seguida en la redacción de la Declaración refleja la discusión existente sobre el papel del tercero. Existe una tendencia a admitir la posibilidad de un diálogo no conducido por un facilitador imparcial, frente a la que el documento deja claro que la presencia de esta figura es esencial para la consideración de que el proceso cumple con las exigencias propias de la justicia restaurativa. Sin embargo, no se aborda la cuestión relativa a la profesionalidad del mediador o tercero imparcial. Las experiencias de justicia restaurativa se han realizado en muchas ocasiones con voluntarios o miembros de la comunidad entrenados, aunque existe una corriente de opinión que sostiene la necesidad de profesionalizar la figura del facilitador como garantía de calidad, fiabilidad y validación institucional del proceso.

d) Del proceso se espera que sirva para hallar una solución asumida por todas las partes en la que se establezcan las condiciones de la situación que debe suceder al conflicto.

El proceso reparador puede materializarse en una diversidad de prácticas, entre las cuales la más conocida en nuestro entorno es la mediación. Sin embargo, el hecho que en determinados ámbitos científicos y culturales se haya impuesto la expresión justicia reparadora obedece en buena medida al desarrollo de experiencias que van más allá de la mediación. Tal es el caso del *conferencing*, surgido en Nueva Zelanda en 1989 y después extendido a Australia, en diversas formas como las *Family Group Conferencing*, *Community Conferencing* o *Police led conferencing*, o de los *peacemaking circles* (“círculos de pacificación”) o los *sentencing circles*, mediante los que se busca conciliar ciertas prácticas aborígenes con el interés en ofrecer una solución al conflicto que sea positiva para la víctima y para el infractor. Las primeras se han desarrollado inicialmente en Nueva Zelanda como resultado de una reflexión sobre las prácticas tradicionales de la población maorí, pero con posterioridad se han extendido las experiencias de conferencias de grupos familiares a otros países, entre ellos Inglaterra, Holanda y Bélgica. En lo que atañe a los *sentencing circles*, una experiencia pionera fue promovida por el juez Barry Suart en Yukon (Canadá) en 1991. En esta clase de proceso, víctima y ofensor, así como familiares y miembros de la comunidad, además de policías, jueces y fiscal se reúnen en forma de círculo con el objetivo de llegar a un consenso sobre la forma de resolver en el conflicto, lo cual se plasma en un *sentencing plan* del que se sirve el juez al dictar sentencia. Como elemento simbólico para la ordenación del debate se utiliza un objeto que pasa de mano en mano a medida que hablan los diversos participantes.

### **3.6.- Principios de la justicia restaurativa**

La justicia restaurativa es un concepto abierto o “complejo”, respecto al cual se han elaborado diversas aproximaciones teóricas. Así, por ejemplo, se ha efectuado una distinción entre una concepción orientada hacia el resultado y otra en que se enfatiza el proceso. En la primera el objetivo de alcanzar un acuerdo reparador es considerado un aspecto fundamental, mientras que en la segunda la participación de las personas

afectadas en el diálogo restaurativo es un bien en sí mismo. Johnstone y Van Ness han ahondado en esta diferenciación. Se refieren así a un modelo “de encuentro” (*encounter model*), en el que se realza el valor del contacto directo entre víctimas, ofensores y otras personas afectadas por el delito en un entorno que les permita desarrollar un diálogo franco y en el que encuentren apoyo, sin los obstáculos que pueden encontrar en el ambiente formal, rígido y distante de un tribunal de justicia. Frente a este modelo, existe la “reparadora”, centrada en la aspiración a reparar, de un modo integral, las consecuencias dañosas derivadas del hecho delictivo para la víctima y para la comunidad. Los autores aluden a otro modelo, de carácter “transformativo”, según el cual la justicia restaurativa sería ante todo un modo de vida que se manifiesta en la forma en que las personas abordan los conflictos que les afectan y que parte de considerar que los seres humanos estamos conectados en nuestras experiencias y vivencias con lo que les sucede a los otros. Existe asimismo un modelo de “empoderamiento” (*empowerment model*) que entiende que la aportación fundamental que debe hacer la justicia restaurativa es ofrecer a la víctima y a otros participantes la posibilidad de recuperar el control sobre la situación, de modo que puedan superar por sus medios las causas y las consecuencias del hecho.

Estas concepciones pueden comprenderse como expresiones de modelos distintos o incluso, llevadas al extremo, inconciliables, aunque en realidad ponen de relieve aspectos de la justicia restaurativa que gran parte de sus defensores han visto como esencialmente complementarios. Así, por ejemplo, las ideas de diálogo restaurativo y de reparación pueden considerarse ambas como elementos imprescindibles de la justicia restaurativa, el empoderamiento como una condición de la calidad del diálogo y del carácter integral de la reparación; y una concepción transformativa puede entenderse como una necesidad de ir más allá de una visión reparativa conservadora centrada en el retorno al “statu quo ante”, de modo que en los casos en que el delito refleja un conflicto propio de un estado de cosas injusto la justicia no consistiría en regresar a ese estado de injusticia sino en una oportunidad para transformarlo.

Por ello resulta necesaria una síntesis de los postulados de la justicia reparadora, de modo que puedan reconocerse una serie de principios, que se expresan en los siguientes puntos:

- a) El delito es una ruptura de las relaciones humanas antes que una infracción de

la ley. Entre otras consecuencias, de esta premisa deriva una tendencia a considerar el delito más por lo que supone de lesión o perjuicio en los bienes de las personas y de la paz social que por la dimensión subjetiva de la infracción, cuya indagación y valoración por la jurisprudencia es percibida, desde algunos enfoques teóricos, como manifestación de moralismo decimonónico o de decisionismo judicial.

b) La realización del hecho delictivo crea una situación en la que se abren riesgos y oportunidades para enmendar el estado de cosas que había podido favorecer el delito y para reparar las consecuencias del mismo.

c) Una intervención reparadora debe abordar como prioridad la atención a la víctima primaria y en segundo lugar las víctimas secundarias. Para el ofensor, se abre la oportunidad de incidir sobre el mismo para mejorar su interacción con la comunidad

d) La respuesta reparadora ante el delito tiene se basa en la mínima coerción, la cooperación y el restablecimiento de relaciones humanas.

e) La justicia reparadora trata de establecer una estructura cooperativa que favorezca la asunción de responsabilidades.

f) La participación de las personas interesadas en los procesos reparadores exige que se asegure estrictamente su voluntariedad.

g) El proceso reparador exige una conducción por parte de un tercero imparcial. Para ello resulta clave la figura del facilitador, alguien ajeno al hecho y a las partes que debe preparar con éstas el escenario del posible diálogo, explorar su capacidad y disponibilidad para tomar parte en el mismo y adoptar estrategias que permitan una comunicación que pueda resultar satisfactoria para todas ellas, favoreciendo que ellas mismas encuentren soluciones viables y proporcionadas.

h) El acuerdo reparador que pone término a un proceso reparador exitoso debe contener compromisos razonables y proporcionados y respetuosos con la dignidad humana.

i) El principio de confidencialidad obliga al mediador a no revelar el contenido del diálogo. En el plano jurídico, además de estar asociado el deber de confidencialidad al derecho a la intimidad, implica también la prohibición de que pueda ser considerada como prueba válida en el proceso penal lo que haya sido objeto del diálogo restaurativo, lo cual permite garantizar el respeto al derecho del imputado a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo.

j) Son necesarias estructuras de seguimiento y responsabilización que se sirvan, en la medida de lo posible, de la comunidad natural.



Uno de los principios que suele formar parte del espíritu de la justicia restaurativa es el de universalidad según la cual no hay límites “a priori” a la viabilidad de un proceso restaurativo, sino que la pertinencia del mismo depende de su aceptación libre y voluntaria por parte de sus protagonistas. Los límites a la justicia no serían por lo tanto intrínsecos a la misma sino a su adecuación a las personas protagonistas del conflicto. Ello no es óbice para señalar que existen situaciones de riesgo, como son aquellas en que el hecho delictivo se ha producido el contexto de una relación entre autor y víctima caracterizada por la sumisión, la intimidación o el dominio de la voluntad de una sobre otra. A veces se ha señalado, no sin razón, que en casos de manifiesta desigualdad entre las partes la justicia penal es la respuesta más adecuada. En tales casos, que pueden aparecer en supuestos de violencia familiar, doméstica o de pareja, no se darían las condiciones para un proceso restaurativo si éste no puede desenvolverse en una situación de igualdad real entre las partes. En tales casos una de las partes, normalmente la víctima, no podría prestar un consentimiento válido a la mediación o que el facilitador pudiera decidir que no se dan las condiciones necesarias para que el proceso se desarrolle adecuadamente. En todo caso, la viabilidad o no de un proceso restaurativo es una magnitud dinámica que debería resolverse en un momento concreto según las circunstancias existentes en ese momento, sin olvidar que en muchos de los casos de violencia doméstica y de pareja, como ha revelado la literatura científica, la violencia es bidireccional, en que las dos partes involucradas pueden tener la doble condición de perpetrador y víctima, lo cual invita a pensar que, salvo los casos más graves, la justicia restaurativa puede ser una solución más válida que la justicia penal.

Pese a la proclamación teórica a la universalidad, las legislaciones nacionales a veces establecen restricciones, como sucede en la legislación chilena, según posteriormente se examinará, o en España en relación con los supuestos de violencia “de género”, en los que la Ley 1/2004 expresamente la mediación.

La aspiración a la universalidad obliga a enfrentarse a los llamados “casos difíciles”. Además de los supuestos como la violencia familiar o en la pareja, en que el rechazo de la mediación deriva de posiciones ideológicas y de la influencia de los grupos de presión formados por ciertas organizaciones feministas, se citan los casos de violencia o abuso sexual y los delitos contra menores de edad. Respecto a estos últimos, existe el

riesgo derivado de la desigualdad y el problema del consentimiento, aunque no debe olvidarse que gran parte de las experiencias de mediación y *conferencing* se han desarrollado en el ámbito de la justicia de menores, por lo que nos hallaríamos ante conflictos con menores en la posición de víctima y en la de ofensor; y, en cuanto al consentimiento, éste puede ser prestado por los menores según su capacidad natural y su participación en el proceso puede estar mediada por el acompañamiento de familiares o personas de apoyo.

En lo que concierne a los supuestos de violencia y abuso sexual, pese a que pueden producirse algunos de los problemas señalados, el recurso a procesos restaurativos encuentra sólidos argumentos en el fracaso del sistema de justicia penal para dar respuesta a las necesidades de las víctimas. Este fracaso se evidencia en el número reducido de casos en que la intervención penal se hace efectiva.

### **3.7.- Normativa internacional**

#### **3.7.1.- Naciones Unidas**

El desarrollo normativo sobre mediación penal en el ámbito internacional se ha producido sobre todo a través de instrumentos de *soft law*, que reflejan la evolución existente en determinados círculos académicos y no gubernamentales. Una primera referencia podemos encontrarla en la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, que establece la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, en la que se recomendaba a los Estados poner en práctica mecanismos judiciales y administrativos que permitan a la víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, poco costosos, justos y asequibles, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas.

Un paso importante en la consolidación del concepto de justicia reparadora como conjunto de prácticas y en la definición de sus principios jurídicos ha sido la aprobación en el seno del ECOSOC en abril de 2002, a impulso del 10<sup>a</sup> Congreso de las Naciones Unidas de prevención del crimen y justicia penal, de la Resolución 2002/12 sobre *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia*

*penal*". El instrumento arranca de una declaración favorable a esta forma de justicia, calificada como "respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades". A tenor de sus enunciados programáticos, los Principios se corresponden más con un modelo de complementariedad que de alternatividad respecto a los sistemas de justicia penal vigentes, a los que debe adaptarse según criterios de flexibilidad.

En el texto articulado, la resolución renuncia a una definición de justicia reparadora, pero ofrece una definición de "proceso reparador" como "todo proceso en el que la víctima, el ofensor y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participan conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, normalmente con la ayuda de un facilitador". A renglón seguido la Declaración alude, con términos poco precisos situados fuera del contexto de la lengua inglesa, a "la mediación, la conciliación, el *conferencing* y los *sentencing circles*".

Entre los contenidos de la Resolución, se afirma la validez de los programas de justicia reparadora en todas las fases del proceso de justicia criminal, la necesidad de participación voluntaria de todas las partes en condiciones que permitan garantizar la igualdad de las mismas, así como determinadas reglas para hacer compatibles los referidos programas con los principios de un proceso justo y de presunción de inocencia. Se reclama una actuación de los poderes legislativos y de los gobiernos, con el fin de introducir las medidas necesarias para incorporar programas de justicia reparadora en las prácticas de la justicia criminal, así como un esfuerzo en investigación y evaluación.

El documento del ECOSOC no tiene fuerza vinculante para los Estados pero les pide que consideren la posibilidad de establecer directrices y normas que rijan la utilización de los programas de justicia restaurativa, a cuyo fin señala una serie de contenidos, entre los cuales cabe destacar las garantías de un tratamiento equitativo del infractor y de la víctima, el deber de confidencialidad de los participantes en los diálogos, el examen por parte del juez de los acuerdos para dotarles del valor propio de una sentencia y las previsiones en caso de fracaso del proceso reparador y de incumplimiento de los acuerdos. También llama a formular estrategias encaminadas al desarrollo de programas

y a la implicación en la cultura reparadora de las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales, además de enfatizar las necesidades de formación y las competencias de los facilitadores y el fomento de la investigación y la evaluación de los programas.

La Resolución refleja la maduración que se ha ido experimentando en el movimiento internacional a favor de la justicia reparadora y trasciende el marco más estricto en el que se desenvolvían otras declaraciones programáticas. El desarrollo en el plano internacional no se ha detenido, como refleja la memoria del 11º Congreso sobre la prevención del crimen y la justicia penal celebrado en Bangkok (2005), que dibuja una panorámica muy negra de la Administración de justicia y mira hacia la justicia restaurativa como intento de aprovechar las ventajas de los tradicionales sistemas de justicia. Asimismo, desde el reconocimiento de su vinculación con las necesidades humanas de las víctimas, la justicia reparadora ha sido concebida como un derecho humano de éstas, derecho que hallaría su fundamento en la Declaración universal de Derechos del hombre.

Un paso más en el ámbito de las Naciones Unidas ha sido la elaboración del Manual de programas de justicia restaurativa (2006) en el seno de la Oficina para las drogas y el delito. El documento recoge los principios restaurativos respecto a los que reina amplio consenso en el ámbito internacional y la definición de proceso restaurativo de la Declaración de 2002. La justicia restaurativa es definida como una manera de resolver problemas que, en sus diversas formas, involucra a la víctima, al infractor, sus redes sociales, las agencias de justicia y la comunidad. Según esta concepción la justicia restaurativa permite atender de manera equilibrada las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los infractores. El Manual enuncia los objetivos de los programas restaurativos: a) Apoyar a las víctimas para que puedan expresar sus necesidades y participen en el proceso de resolución; b) reparar las relaciones dañadas por el delito mediante un consenso sobre el mejor modo de responder; c) denunciar el comportamiento criminal como inaceptable reafirmando los valores de la comunidad; d) estimular la responsabilidad de todas las partes afectadas, particularmente de los infractores; e) identificar resultados restaurativos orientados hacia el futuro; f) reducir la reincidencia de los infractores facilitando su reintegración en la comunidad; y g) identificar factores que favorecen el crimen e informar a las autoridades responsables de la estrategia de reducción de la delincuencia. Por último el documento realiza una

descripción de las diversas prácticas restaurativas existentes y se adentra en cuestiones clave como la selección y formación de los facilitadores, el papel de las agencias y gestores de los programas y el desarrollo legislativo.

### **3.7.2.- Ámbito regional**

En el ámbito del Consejo de Europa, destaca la Recomendación 19/1999 sobre mediación en asuntos penales, que insta expresamente a los Estados la introducción de la mediación en sus legislaciones. La mediación es definida como el proceso por el que la víctima y el infractor libremente consienten participar activamente en la resolución de las cuestiones derivadas de un delito con la ayuda de un tercero imparcial (mediador), La Recomendación recoge lo sustancial de los principios propios de la mediación penal, como la voluntariedad (que implica la capacidad de revocación del consentimiento en cualquier momento), la confidencialidad, la validez de la mediación en todas las fases del proceso penal y su concepción como servicio público disponible con carácter general.

También en el seno del Consejo de Europa, la Recomendación 8/2006, de 14 de junio, sobre asistencia a las víctimas del delito, dedica un precepto a la mediación, en el que se reconocen los beneficios que ésta tiene para las víctimas, por lo que las instituciones y agencias encargadas de prestarles asistencia deben ofrecerles la oportunidad de una mediación con el infractor (art 13-1). La Recomendación advierte que en la decisión de emprender un proceso de mediación y durante el mismo los intereses de las víctimas deben ser considerados de modo pleno y cuidadoso, dados sus potenciales riesgos. (art 13-2) Por ello los Estados deben procurar que se adopten reglas tendentes a proteger los intereses de las víctimas, de modo que sean respetados los principios de voluntariedad, confidencialidad y acceso a un servicio independiente (art 13-3).

La Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) ha realizado una revisión de la aplicación de la Recomendación sobre mediación penal de 1999 y en 2007 ha elaborado unas Directrices para una mejor implementación de la misma, en las que se plantea la necesidad de su actualización y de una evaluación del impacto de la justicia restaurativa en los Estados miembros. El documento constata la existencia de diferencias importantes entre los Estados, provocadas por una serie de obstáculos, como la falta de disponibilidad de la mediación, su falta de conocimiento por parte de jueces, fiscales y

otras autoridades y profesionales que cooperan con el sistema de justicia, su coste relativamente alto, la falta de formación especializada y las diferencias en la cualificación requerida a los mediadores. Las directrices subrayan la necesidad de asegurar la calidad de la mediación y de poner en marcha proyectos pilotos que cuenten con evaluaciones externas e independientes. Los Estados deberían tener especial cuidado en las necesidades de las víctimas antes, durante y después del proceso de mediación, con la finalidad de compensar el equilibrio de poder existente entre víctima e infractor, lo cual hace necesario el desarrollo de la investigación en este ámbito. También se enfatiza la conveniencia de desarrollar programas de formación de mediadores, para lo cual fija unos criterios comunes respecto a los conocimientos y habilidades requeridos para la acreditación de los facilitadores. Finalmente, las Directrices prestan atención a cuestiones como la protección de los menores que participan en procesos restaurativos, las garantías de confidencialidad y otros aspectos del código de conducta de los mediadores, los derechos de víctimas e infractores y las medidas necesarias para que la justicia restaurativa sea conocida por parte de autoridades judiciales, policías, abogados y otros profesionales que tengan contacto con víctimas e infractores.

En el ámbito de la Unión Europea la justicia restaurativa ha sido prevista en instrumentos de mayor fuerza jurídica. La Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 estableció la obligación de los Estados miembros de introducir la mediación en los procesos penales en los que la consideraran adecuada. En la evaluación institucional del cumplimiento de la Decisión Marco, el informe elaborado por *Victim Support Europe* y la Asociación Portuguesa de Apoyo a la Víctima (APAV) pone de relieve una aplicación muy desigual de esta norma en los diversos Estados de la Unión, de modo que el cumplimiento puede ser considerado globalmente como insuficiente. Tan sólo un reducido grupo de Estados, formado por Alemania, Finlandia, Luxemburgo y Polonia, reconocen la mediación penal en sus legislaciones con carácter general, conteniendo normas que requieren tener en cuenta las circunstancias del delito (Finlandia) o el interés de las víctimas como criterio principal (Alemania), contemplando ocasionalmente alguna limitación respecto a cierta clase de delitos (Luxemburgo en los casos de violencia doméstica). Por otra parte, el grupo más numeroso de Estados admite expresamente la mediación aunque de modo limitado a delitos menos graves. Así sucede en Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y la mayor parte de países del Este. En muchos de estos países la ley fija como requisito para acceder a la mediación que el

delito no tenga prevista una pena superior a un tope máximo, que se sitúa en general entre los dos y los cinco años de prisión. Un tercer grupo de Estados, en el que están España, Holanda, Dinamarca, Rumanía o Bulgaria, no prevé legalmente la mediación. El Informe incluye también en este grupo al Reino Unido pese a ser uno de los lugares en que se han desarrollado más programas de justicia restaurativa en el contexto de un sistema jurídico no parangonable con el del resto de Estados de la Unión. Las diferencias entre los Estados no implican, según el Informe, falta de cumplimiento de la Decisión Marco dado que ésta prevé en términos muy abiertos la necesidad de implementación, lo cual deja un gran margen de discreción a los Estados miembros.

En la previsión de las consecuencias de la mediación las diversas legislaciones tampoco adoptan un criterio único. En algunos casos la ley establece que el resultado tiene que ser tenido en cuenta en el proceso penal, mientras que en otros, como Portugal, Eslovaquia o Suecia, el resultado no se tiene en cuenta, lo cual constituye, según el Informe, una falta de cumplimiento de las exigencias de la Decisión Marco. Una situación intermedia es la de aquellos Estados en que la relevancia de los resultados de la mediación en el proceso penal depende de una decisión discrecional del Ministerio Fiscal.

El Informe de *Victim Support Europe* incluye los resultados de una encuesta de alcance muy reducido entre personas que tienen conocimiento del tema por su actividad profesional o académica (218 del total de Estados miembros), que refleja un escaso conocimiento de los servicios de mediación por parte de las víctimas: un 63'7% no está de acuerdo en que el conocimiento sea adecuado. También es elevado el número de encuestados que no considera que el servicio sea accesible (56'1%). Entre las recomendaciones contenidas en el referido Informe respecto a la revisión de la Decisión Marco, se propone que se ofrezca apoyo emocional y práctico a las víctimas para asegurar que pueda adoptar de forma libre e informada la decisión de participar en un proceso de mediación y que el apoyo emocional se ofrezca antes, durante y después del referido proceso.

Posteriormente, la Directiva de 25 de octubre de 2012 que establece reglas mínimas respecto al estatuto de la víctima en el proceso penal, dedica el art 12 a la justicia restaurativa, que es concebida ya no sólo como una oportunidad para la víctima sino como un riesgo de sufrir victimización secundaria, ante lo cual se impone a los Estados un

deber proteger a las víctimas frente a la intimidación o la revictimización en la implementación de servicios de justicia restaurativa. El indicado precepto requiere a los Estados que estos servicios se presten en interés de la víctima y previo su consentimiento libre e informado, que los imputados o autores del delito deben haber aceptado su responsabilidad por el hecho, así como las garantías de confidencialidad.

En el ámbito latinoamericano merece ser destacada la Declaración Final de la VI Cumbre Judicial Iberoamericana (Canarias, 2001), según la cual “los Poderes Judiciales deben asumir el compromiso de propiciar -además de la justicia formal, otorgada por el juez natural, que en principio no es otro que aquel que integra la jurisdicción permanente de los diferentes Estados- la implementación del sistema de resolución alternativa de conflictos”. Para ello se recomienda acudir a los procedimientos de mediación y a regular los sujetos intervinientes y sus funciones mediante normas claras, expresas y previas.

### **3.8.- La importancia de conocer los resultados mediante la evaluación**

#### **3.8.1.- Encuestas de satisfacción a víctimas y ofensores**

Un aspecto fundamental a la hora de plantear la implementación de un programa de mediación penal u otras prácticas restaurativas es tener en cuenta el caudal actualmente disponible de resultados de investigaciones que permiten valorar hasta qué punto estos programas cumplen con sus objetivos y si los resultados alcanzados están a la altura de las expectativas. Evaluar un programa permite conocer su funcionamiento real, introducir las modificaciones necesarias para mejorarlo y, en caso que los resultados sean satisfactorios, poder difundirlos entre los diversos profesionales involucrados o con capacidad de derivar casos para generar la necesaria confianza.

La evaluación de un programa puede hacerse en general desde dos perspectivas, la de los ofensores y la de las víctimas. Una herramienta utilizada respecto a ambos son las encuestas de satisfacción, que tratan de conocer la opinión de las personas participantes en el proceso en lo que respecta a la justicia y equidad percibida. Pueden considerarse en este sentido, por ejemplo, los estudios de meta-análisis a que aluden Umbreit, Vos y Coates, que ponen de manifiesto cifras de satisfacción por parte de las víctimas que se sitúan en torno al 90% y 80% en la mayor parte de programas ejecutados



y evaluados o del 70 al 90% en el caso de los infractores, tanto en los supuestos de mediación como en los de *conferencing*. Las cifras se refieren a los que han decidido tomar parte en procesos reparadores, que vienen a suponer entre un 40 y 60 % de las personas a las que se ha ofrecido tal posibilidad. El grado de satisfacción no se ve sustancialmente alterado por razones como la pertenencia a un determinado grupo cultural o la gravedad del delito. En lo que concierne a las víctimas, las variables que muestran mayor incidencia en la satisfacción declarada son la comunicación con el facilitador y la percepción de que el acuerdo reparador es justo, así como la existencia de un firme deseo de encontrarse con el infractor. Algunos estudios ponen de manifiesto que las víctimas conceden mayor valor a la disculpa seria del ofensor que a la reparación material que puedan obtener. No debe olvidarse, en esta dirección, que, así como la disculpa se produce en la mayor parte de supuestos, la reparación material tiene menor incidencia. Otras evaluaciones aportan índices de más de un 90 % de satisfacción declarada respecto a la justicia del procedimiento.

Los datos relativos a la opinión de los participantes respecto a si el acuerdo es justo son también en general positivos. Por encima de un 80 % consideran justo el resultado del proceso, lo cual contrasta, cuando se han utilizado grupos de control, con la opinión de los participantes en un proceso convencional en la Administración de justicia, que en ocasiones tienden a considerarse en más de un 50% como injustamente tratados. Estas últimas cifras no deberían sorprender si se tiene en cuenta la escasa valoración ciudadana de la Administración de Justicia que reflejan en general las encuestas. La comparación entre las opiniones de las víctimas y las de los ofensores es uno de los aspectos de mayor interés. Estos se muestran en general más proclives a valorar positivamente su experiencia y en algunas evaluaciones se aprecian diferencias significativas entre ofensores y víctimas, aunque la valoración efectuada por éstas sea en términos generales más positiva que negativa. Algunos estudios reflejan una insatisfacción de las víctimas, que puede ser consecuencia de la percepción de que el mediador se mostraba más favorable a los intereses del ofensor, una preparación insuficiente del proceso o una actitud poco cooperadora por parte de éste, con una escasa disposición a la asunción de responsabilidad.

En el Reino Unido se han desarrollado diversas evaluaciones de programas encargadas por el Home Office, que han revelado en general resultados positivos de los

procesos de mediación y *conferencing* examinados. En dos de estos programas, Connect y Remedi, dado lo exiguo de la muestra, no se pudieron establecer hallazgos estadísticamente significativos, aunque los datos de aceptación para participar en el programa eran muy altos tanto en ofensores como en víctimas (incluso, en este caso, respecto a ofensores adultos, en que el porcentaje de aceptación era de un 77%). La satisfacción con la experiencia era elevada tanto en víctimas como en ofensores, en todo caso superior a un 80%. Un 98% de conferencias terminaron con un acuerdo entre los participantes. Un dato revelador fue que, pese a que una mayor parte de víctimas optaron por procesos indirectos cuando se les ofreció esta posibilidad, las que tomaron esta opción manifestaron un grado de satisfacción inferior que las que optaron por encuentros cara a cara.

Las investigaciones que, mediante grupos de control, establecen comparaciones entre los procesos restaurativos y la justicia penal convencional resultan particularmente útiles a la hora de poder validar opciones de política criminal que favorezcan el recurso a la justicia restaurativa. Además de los estudios señalados hasta el momento, cabe destacar los de McCold y Watchell, quienes hallaron un 96% de satisfacción de las víctimas respecto al modo de ser tratado su caso frente a un 79% en la justicia convencional. Además, un 93% de las primeras se declaraban satisfechas porque se había producido una atribución de responsabilidad al infractor, cifra que era, en este aspecto, de un 74% en las víctimas que habían participado en un proceso penal convencional. Por otra parte, McGarrell *et al* han hallado que un 90% de las víctimas que participaron en un proceso de mediación directa en el ámbito de la justicia juvenil se mostraron satisfechas con el modo en que fue tratado su caso, mientras que el porcentaje de víctimas satisfechas se reducía a un 68% respecto a la justicia penal. La diferencia entre los dos grupos se incrementaba cuando se les preguntaba si recomendarían el proceso a otras víctimas, pues el 98% de las víctimas participantes en el proceso restaurativo respondían afirmativamente frente a sólo un 25% en las que habían tenido contacto con el sistema de justicia.

Tras una revisión sistemática de las evaluaciones de programas restaurativos publicadas entre 1986 y 2005, Sherman y Strang aportan una visión esperanzadora del balance de la justicia restaurativa, tanto desde la perspectiva de los ofensores como de las víctimas, siendo los resultados especialmente concluyentes respecto a éstas. En

general los programas ofrecen mejores resultados respecto a los delitos en que existe una víctima que ha sufrido un daño de carácter personal, físico o psíquico, antes que un daño puramente patrimonial, y en los casos en que ha existido un encuentro directo entre víctima e infractor. La revisión permite superar algunos prejuicios, como el de suponer que la justicia restaurativa es más idónea para resolver delitos de escasa gravedad y especialmente en el ámbito de la justicia juvenil. Hay evidencias de que los procesos restaurativos pueden ser más eficaces en delitos de mayor gravedad, en particular respecto a la reducción de la reincidencia, como se podrá examinar a continuación.

### **3.8.2.- Evaluación de la reincidencia**

Desde la perspectiva del ofensor, una forma de evaluación habitual en la investigación criminológica son los estudios de reincidencia. En general estos análisis arrojan resultados menos favorables a los programas restaurativos que los de evaluación de las víctimas. Además, aun siendo el saldo en varios casos positivo, existe el habitual problema metodológico de muchas investigaciones sobre reincidencia, cual es la dificultad de contar con un grupo de control homogéneo. Umbreit, Coates y Vos señalaron que el índice de reincidencia de los infractores que han participado en un proceso reparador es, en algunos casos, de un 53 % frente a un 63 % del grupo de control integrado por infractores que no lo han hecho y que han sido sometidos al proceso judicial. En caso de delinquentes juveniles la diferencia sería de un 20% frente a un 42% o de un 27% frente a un 18%. Debe tenerse en cuenta que la pertenencia de un sujeto a uno de los dos grupos de infractores que se comparan está determinada por la decisión voluntaria de quienes aceptan participar en un proceso reparador y cabe presuponer en términos generales una mayor predisposición para la corrección y la reinserción en quienes toman tal decisión que en quienes rechazan la oferta. En todo caso es indudable que los datos constituyen un indicio positivo que permite cuanto menos desautorizar las visiones prejuiciosas de la justicia restaurativa como forma blanda y por lo tanto ineficaz de respuesta a la delincuencia.

La revisión llevada a cabo por Sherman y Strang pone de manifiesto que los programas restaurativos se muestran más exitosos, en términos de reducción de la reincidencia, en los delitos violentos que en la delincuencia patrimonial, así como, en general en los delitos graves más que en los delitos de menor gravedad. Diversos

estudios experimentales de comparación de grupos asignados aleatoriamente a procesos restaurativos y a procesos judiciales reflejan tasas inferiores de reincidencia en los primeros. Así sucede en el proyecto desarrollado por los mismos autores en Canberra (Australia), donde la tasa es inferior en un 84% en infractores de raza blanca menores de 30 años. El efecto no se produjo respecto a los infractores aborígenes, en que se apareció incluso el efecto contrario, aunque el número era demasiado reducido para extraer consecuencias. Menos claros fueron los resultados del estudio de McGarrell, basado en una asignación aleatoria a procesos restaurativos y judiciales de un grupo de jóvenes infractores. Los que participaron en procesos restaurativos por delitos violentos fueron detenidos en un 28% en un período de seis meses después de finalizado el proceso, frente a un 34% del grupo de control. La diferencia era más alta en los delitos patrimoniales (15% en procesos restaurativos versus 27% en proceso judicial), aunque en los últimos el período de estudio era de doce meses, por lo que no cabe apreciar diferencias. Por su parte el estudio de McCold y Watchel en Pennsylvania no mostró diferencias significativas en delitos violentos y, en delitos los patrimoniales, una mayor reincidencia de los infractores que habían participado en procesos restaurativos. Otros estudios arrojan diferencias no significativas entre las dos clases de respuesta al delito.

### **3.8.3.- La evaluación del impacto en las víctimas**

Un problema planteado frecuentemente es el que atañe a las dificultades de evaluar el impacto de un proceso restaurativo sobre las víctimas. Desde posiciones sensibles a las reivindicaciones e intereses de las víctimas, a veces se ha expresado la preocupación de que la mediación penal u otros programas de justicia restaurativa han sido impulsados con la intención de mejorar la respuesta al problema de la delincuencia o incluso para favorecer al perpetrador. La valoración de los resultados en función de los datos de reincidencia es un síntoma de una visión centrada en el ofensor, que dejaría una vez más a las víctimas en la invisibilidad, máxime cuando se detectan riesgos ciertos de que la justicia restaurativa sea para la víctima una fuente de victimización secundaria. Por otra parte, la evaluación basada en la satisfacción ha sido acusada de ser superficial y engañosa. Que la víctima manifieste que el funcionamiento del proceso ha sido adecuado o que se ha sentido tratada correctamente no supone que se hayan alcanzado los objetivos del mismo o que haya se haya producido efectivamente una reparación en el plano psíquico o emocional. Por ello se ha planteado la necesidad de desarrollar métodos

de evaluación que se sitúen en un plano distinto al de la “lógica del consumidor” propia de las encuestas basadas en el modelo de la *client satisfaction* y que puedan aportar resultados en consonancia con los principios propios de los programas restaurativos.

En este esfuerzo por lograr una evaluación más profunda de los efectos de los procesos restaurativos, se ha planteado la posibilidad de realizar evaluaciones del trastorno por estrés postraumático. Existen escasos estudios de esta clase, aunque con resultados prometedores. En la investigación conducida por Angel se comparó un grupo de víctimas de delitos de robo que habían participado en conferencias restaurativas con un grupo de control integrado por víctimas que habían estado en contacto con el sistema de justicia convencional. El estudio tiene la virtud de haberse basado en una selección aleatoria de un total de 137 víctimas que fueron distribuidas en dos grupos, uno en el que los casos fueron sometidos a un proceso penal convencional y otro en el que se siguió un proceso restaurativo, además del proceso judicial. El resultado fue una disminución de los síntomas de estrés postraumático tanto inmediatamente después de la finalización del proceso como seis meses después del mismo en las víctimas que habían tomado parte en el mismo.

La valoración del impacto en las víctimas se ha planteado en otros estudios en términos más realistas, como los que se basan en la indagación de las emociones positivas y negativas experimentadas por las víctimas durante y después del proceso. Entre las primeras, la literatura científica pone de manifiesto una gran variedad de resultados positivos, expresados por las víctimas en términos como sentimientos de dignidad, justicia, seguridad o protección, participación, control, bienestar, paz o clausura. La expresión de estas emociones aparece en general asociada a la asunción de responsabilidad por parte del ofensor, a la existencia de una disculpa percibida como sincera por parte de la víctima, a la posibilidad de haber sido escuchada o a la calidad del contacto con el ofensor.

Esta forma de evaluación permite una comparación con los resultados obtenidos respecto al proceso judicial y también comparar las emociones antes y después del proceso restaurativo. Un estudio de Strang en Canberra (Australia) detectó miedo al proceso en un 32% de víctimas que contactaron con el sistema judicial frente a sólo un 18% de las que atendieron un proceso restaurativo. Por otra parte, diversos estudios han

reflejado la existencia de menores deseos vengativos respecto al ofensor por parte de las víctimas que han participado en procesos restaurativos en comparación con las que han tenido contacto con un proceso penal convencional. Así, Strang halló que entre las primeras sería de solo un 7% frente a un 20% en el grupo de control. Sin negar que los datos admiten lecturas optimistas, las cifras bajas que aparecen en ambos grupos de víctimas pueden invitar a visiones más escépticas, teniendo en cuenta la posibilidad de que haya sentimientos vengativos ocultos o no revelados, como consecuencia de la norma ético-social que reprime estos sentimientos.

El hecho de recibir una disculpa por parte del infractor es generalmente considerado como una de las aportaciones más valiosas del proceso restaurativo para mejorar el bienestar emocional de las víctimas. Una investigación de Sherman y Strang revela que un 72% de las víctimas que atendieron conferencias restaurativas habían recibido una disculpa del ofensor (porcentaje que alcanza hasta el 86% de aquellas que efectivamente participaron en un tal proceso), en comparación con el 19% de víctimas cuyo caso había sido resuelto a través de un proceso judicial. Respecto a la percepción de sinceridad de las disculpas los resultados siguen la misma tendencia: un 77% del primer grupo de víctimas las calificaron como sinceras frente a un 41% de las que participaron en un proceso penal convencional.

#### **3.8.4.- Evaluación de los programas de mediación en España**

Las experiencias de mediación penal en España han sido escasas y de corto alcance, en comparación con el desarrollo que se ha producido en ciertos países. Las prácticas llevadas a cabo hasta el momento se han limitado a algunos programas de mediación entre autor y víctima, especialmente en el ámbito de la justicia juvenil.

Un programa pionero fue el de Valencia, que estuvo operativo entre los años 1985 y 1996. Posteriormente se ha iniciado un nuevo programa gestionado por FAVIDE, entidad que gestiona los servicios de atención a las víctimas en la Comunidad valenciana. El programa más consolidado, como ya se ha indicado, es el de Cataluña, operativo desde 1999 hasta la actualidad. Otros programas son el del País Vasco, iniciado en 2007, o Navarra. Merece destacarse por su vinculación al mundo de la Justicia el programa experimental llevado a cabo en diversos Juzgados entre 2005 y 2008 con el apoyo del

Consejo General del Poder Judicial, que, lamentablemente, pese a sus prometedores resultados, no ha tenido continuidad.

Existen otras experiencias de carácter temporal y limitado, como la iniciada en 2000 por la Oficina de atención a la víctima del delito de La Rioja en el ámbito de la justicia penal de adultos, interrumpida y posteriormente reiniciada en esta comunidad, o los proyectos de la asociación Apoyo de Madrid, la asociación Hablamos de Zaragoza o las desarrolladas en Las Palmas de Gran Canaria, Málaga o Castilla-León.

Algunos de estos programas han sido evaluados. El programa de mediación penal de adultos de la Generalitat de Catalunya fue objeto de evaluación en el período comprendido entre 2000 y 2005. Se aplicó un cuestionario de satisfacción a una muestra de 213 sujetos (108 infractores y 105 víctimas). Un 84% de las víctimas y un 83% de los infractores respondieron que recomendarían la participación en una mediación. Quienes habían obtenido acuerdos de carácter psicológico manifestaron significativamente mayor satisfacción que quienes alcanzaron otra clase de acuerdos. Esta conclusión concuerda con las aportaciones de otros estudios en el ámbito internacional que reflejan una tendencia a una mayor satisfacción en caso que el proceso de mediación es más completo. Se incluyó también un estudio de reincidencia, que reveló que un 25'23 % de los infractores que habían pasado por el proceso de mediación reincidieron. No obstante algunas deficiencias y limitaciones metodológicas, se detectó que la reincidencia era significativamente mayor en los casos en que el proceso de mediación había sido más breve. Los autores consideran los resultados en general favorables a la mediación. No hay duda que ello es así respecto a la encuesta de satisfacción, pero, en cuanto a la tasa de reincidencia, en la medida que no existía un grupo de control, es arriesgado efectuar valoraciones. Los autores señalan que la tasa es similar a la de otras investigaciones en el ámbito internacional. A la hora de valorar este dato en Cataluña puede tenerse en cuenta los estudios de reincidencia de presos en cárceles catalanas que arrojan resultados superiores (37%), aunque que en casos de condenados a quienes se han aplicado penas no privativas de libertad han aparecido tasas inferiores (16%). En todo caso, las comparaciones no son factibles dado que se trata de poblaciones no homogéneas.

Otro estudio basado en el programa de mediación penal de adultos de Cataluña

parte de un grupo de 66 casos en el período comprendido entre enero de 2001 y julio de 2003, de los cuales el estudio se centra en los 37 (56%) en que se alcanzó un acuerdo reparador. De éstos, se constata una preponderancia de la reparación moral sobre la reparación económica y la consistente en la realización de alguna actividad, pues hay reparación moral en un 97% de supuestos, frente a un 65% de reparación económica y un 24% de actividad. La aportación más relevante de este estudio, pese a lo exiguo de la muestra, radica en el análisis de las consecuencias del proceso de mediación en el proceso judicial, basado en un seguimiento de los expedientes judiciales. Un 37% de ellos terminó en sentencia condenatoria, de los cuales en menos de la mitad se aplicó la circunstancia atenuante de reparación (art 21-5 CPE) y en el resto las decisiones judiciales fueron variadas. En los casos que no finalizaron en condena el procedimiento terminó por sobreseimiento provisional (16%), transformación en faltas (10%), archivo del procedimiento por ejercicio del derecho de denuncia (10%), continuación del procedimiento en el órgano superior (10%) y sobreseimiento libre (5'4%). Los supuestos en que se optó por el sobreseimiento o por la calificación como falta serían casos de escasa gravedad. Según la explicación del autor, el proceso de mediación tendría una relevancia relativa en el ámbito de discrecionalidad judicial, de modo que el juez tendría en cuenta el resultado del proceso extrajudicial en la medida que considere que se reduce la peligrosidad y se decantaría por la condena con atenuación en el resto de casos.

El mismo programa ha sido evaluado recientemente con el objetivo de conocer el impacto de la mediación penal en las víctimas y la opinión de éstas. El estudio se desarrolló entre septiembre de 2011 y diciembre de 2012 y fueron examinados todos los expedientes de las víctimas que habían participado en una mediación durante este período y consintieron en que sus datos fueran cedidos al equipo investigador, lo cual representó una muestra de 121 personas. De la citada muestra, pudieron ser finalmente entrevistadas 90 personas, con base en un cuestionario que permitió hallar un grado de satisfacción elevado respecto al programa. Los aspectos más valorados por las víctimas fueron la posibilidad de haber participado en un asunto de su incumbencia y haber sido escuchado, mientras que concedían poca importancia al hecho de haber resuelto el conflicto o haber sido reparado. Ello confirmaría que los aspectos de justicia procedimental pueden tener mayor relevancia que los relativos al resultado. Por otra parte, se hizo una comparación entre el estrés emocional posterior al delito y el posterior a la mediación, resultando en todos los parámetros evaluados (ira, ansiedad, miedo,



impotencia, tristeza) una disminución del impacto emocional generado por el delito, con diferencias estadísticamente significativas. La evaluación mostró que los resultados presentaban variaciones importantes en dos clases de situaciones. Las mediaciones realizadas en casos con conflictos entre familiares, parejas o exparejas y en relación con infracciones relativas a las relaciones familiares, reflejaban un grado importante de denuncias cruzadas, con doble carácter de autor y víctima de los dos participantes, y con unos resultados menos satisfactorios, en comparación con las mediaciones en otra clase de fenómenos delictivos. Con todo, los resultados eran positivos, lo cual no debe llevar a concluir que la mediación sea una mala respuesta a estos conflictos más profundos entre personas próximas, sino que es necesario introducir fórmulas que mejoren la respuesta restaurativa a situaciones más complejas.

También deben destacarse las evaluaciones del programa de mediación del País Vasco, que se inició en 2007 en Barakaldo y luego se extendió a Vitoria, Bilbao y San Sebastián. En 2008 se evaluó el programa de Barakaldo, en que se constató un rápido incremento del número de derivaciones y un razonable grado de satisfacción de víctimas y ofensores, todo lo cual permitió concluir que los resultados positivos superaban los de signo negativo. Posteriormente se acometió una evaluación de los cuatro servicios de mediación existentes en el País Vasco, en el período comprendido entre 1 de octubre de 2008 y 30 de septiembre de 2009. Se entrevistó a una amplia muestra, integrada por 598 personas participantes en los cuatro servicios de mediación, en total relacionadas con 315 hechos delictivos. De ellas un 42 % participaron en la mediación como víctimas, un 40% como infractores y un 18% con doble rol (víctima e infractor). Entre las infracciones, predominaban ligeramente las faltas sobre los delitos y las de contenido violento o personal sobre las de naturaleza patrimonial, tanto en los delitos como en las faltas. Las lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones representaban un 64% de casos. En su mayoría, víctima y ofensor eran personas conocidas o tenían alguna relación familiar. Los resultados fueron en general favorables a la mediación. Un 76% de los participantes afirmaron que recomendarían la participación en una mediación penal y un porcentaje similar consideró que se había alcanzado un acuerdo justo. Un 58% de las víctimas expresó haberse sentido reparada. El número de personas dispuestas a volver a participar en una mediación correlacionaba con el de aquellas que habían tomado parte en una mediación directa.

Por otra parte, el Consejo General del Poder Judicial promovió una experiencia piloto, ejecutada entre 2005 y 2008, que comprendió procesos de mediación realizados por derivación de diversos Juzgados en Madrid y otras zonas del Estado español. A resultas de la experiencia se elaboró un informe, sobre un total de 608 personas que participaron en los procesos de mediación. El análisis se centró en una muestra de 310 casos. Los hechos eran en su mayoría faltas (56'6%), siendo los delitos un 43'4%. La mayor parte eran lesiones (34'5%), seguidas de amenazas (24'8 %), infracciones en el ámbito familiar (18'4 %), injurias (8,7%) y robo (8'7 %). En la mayoría de casos existía relación previa entre autor y víctima. Se alcanzaron acuerdos aproximadamente en la mitad de los casos en que se inició un proceso de mediación, porcentaje que no varía sustancialmente en función de la relación previa de los participantes o de que la infracción fuera delito o falta. En un 90% de casos mediados se produjo reparación antes del juicio. Se efectuó un seguimiento de los casos objeto de mediación, que reveló que en el 68% de los supuestos, una vez enjuiciados, se aplicó la atenuante muy cualificada de reparación del daño (art 21-5 CPE), y en el 31% de ellos la atenuante simple. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad se acordó en un 84 % de casos y la sustitución de la prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad en un 11 %, sin que en ningún caso llegara a ejecutarse una pena de prisión. De estos datos infieren los autores una valoración muy favorable a la experiencia realizada y proponen la generalización del programa.

#### **4.- LA INTERACCIÓN ENTRE LA MEDIACIÓN PENAL Y EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

##### **4.1 Algunos problemas jurídicos**

El reconocimiento de efectos a la mediación penal por parte del sistema de justicia penal acostumbra a plantear una serie de situaciones problemáticas que acostumbran a generar resistencias en muchos juristas, tanto en jueces o fiscales como en académicos y diversos profesionales del Derecho. Algunas de estas resistencias tienen relación con las diferencias de cultura jurídica que existen entre la justicia restaurativa y las concepciones más arraigadas en la formación académica y en los círculos de socialización de los profesionales del Derecho. Estas concepciones renuentes a la aceptación de la mediación penal u otras formas de justicia restaurativa pueden derivar de diversas tradiciones

ideológicas. Los juristas de orientación conservadora suelen desconfiar de la mediación porque cuestiona la concepción retributiva de la pena, es una opción blanda frente al delito o altera la formalidad propia de la justicia penal. Los juristas de orientación progresista con cierta frecuencia ven en la justicia restaurativa una amenaza para las garantías del proceso penal y el protagonismo que concede a las víctimas como un riesgo para los derechos del imputado. Es común a muchos profesionales del Derecho, más allá de su ideología, un miedo, más o menos consciente, a la pérdida de control respecto a la resolución de conflictos y a la idea de justicia, lo cual alimenta suspicacias ante las propuestas que pretendan “devolver” la gestión de los conflictos a los ciudadanos.

Aquí no nos vamos a ocupar del estudio en profundidad de estas actitudes propias de las profesiones jurídicas, que sería propio de un análisis de sociología del Derecho, sino de problemas jurídicos que deben obtener una respuesta desde el Derecho. La falta de un debido tratamiento teórico de estos problemas ofrece argumentos que sirven para la racionalización de las referidas resistencias. Los problemas que van a analizarse aquí son tres: la compatibilidad del reconocimiento de la mediación penal con la presunción de inocencia, los efectos procesales del deber de confidencialidad del mediador y el posible riesgo de privatización, que requiere examinar la diferencia entre la reparación penal y la responsabilidad civil derivada del delito. Se van a señalar aquí una serie de criterios y orientaciones que se basan en la construcción teórica de la mediación penal como forma de justicia restaurativa que anteriormente se ha expuesto, de acuerdo con el actual estado de la evolución del tema en el ámbito internacional. Estos criterios han sido en parte plasmados en las Directrices sobre Justicia restaurativa aprobadas en el seno de la ONU en 2002 y deberían ser tenidos en cuenta, en defecto de regulación por parte de la legislación penal, por parte de las autoridades y profesionales que deban tomar decisiones relacionadas con la derivación, gestión y reconocimiento de efectos jurídicos de un programa de mediación penal.

#### **4.1.1- Mediación y presunción de inocencia**

Una de las cuestiones que presenta mayor complejidad en lo tocante al régimen jurídico de la mediación en el ámbito penal tiene que ver con la mediación como proceso extrajudicial al margen de las garantías inherentes al proceso penal formal, como la presunción de inocencia. Es frecuente sostener que la mediación penal supone una

vulneración de esta garantía y del derecho a no declarar contra sí mismo, dado que al ofrecerse al imputado la posibilidad de participar en este proceso extrajudicial se le estaría invitando a realizar un acto por el que de algún modo aceptaría ser responsable del hecho. Frente a esta crítica, debe tenerse presente el principio de voluntariedad, que es esencial en todo proceso restaurativo, de modo que cualquier ofrecimiento de un programa de mediación debe ir acompañado de una información clara del derecho a participar o no en el mismo y del derecho a dejar de hacerlo en cualquier momento en que el sujeto así lo decida. La Resolución 2002/12 del ECOSOC sobre los Principios básicos sobre la aplicación de programas de justicia restaurativa en el orden penal establece con claridad el referido principio, al señalar que los procesos restaurativos deben aplicarse sólo cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente y con el consentimiento libre y voluntario de éste y de la víctima, pudiendo retirar su consentimiento en cualquier momento del proceso (parágrafo 7).

Además, cabe entender que la persona que es inocente de los cargos que se le imputan no va a aceptar participar en el proceso de mediación y optará por defenderse en el proceso penal. Debe tenerse en cuenta también en este sentido la necesidad de ofrecer información adecuada tanto al imputado como a la víctima y asegurar que tengan la oportunidad de consultar con un abogado de su elección antes de tomar una decisión sobre la participación en la mediación. El anterior argumento resulta satisfactorio respecto al imputado inocente, pero las críticas pueden centrarse también en el supuesto hipotético del imputado que ha tenido alguna implicación en el hecho que se va a enjuiciar, aunque la delimitación de su concreta responsabilidad penal dependa de valoraciones que tan sólo pueden efectuarse una vez se haya completado el proceso penal. En este caso, podría argüirse que inducir al sujeto a participar en un proceso extrajudicial no respetaría las reglas del debido proceso, puesto que el Estado no jugaría limpio con él, en la medida que sería después difícilmente evitable no tener en cuenta su decisión de aceptar tomar parte en la mediación como un indicio de culpabilidad. Ante esta crítica, es preciso tener presente las reglas que rigen la prueba en el proceso penal, que están estrictamente formalizadas. El juez o Tribunal sentenciador tan sólo puede tener en cuenta como pruebas aquellas que han sido aportadas al acto del juicio oral como pruebas lícitas. Como después se va a desarrollar, ninguna prueba puede válidamente aceptarse que derive del proceso extrajudicial, aunque cabría fundar la reticencia en el riesgo de que el juez valore el mero hecho de haber decidido participar en la mediación penal como indicio

de reconocimiento de los hechos. Ante ello las reglas de proceso judicial deben ser mantenidas de modo estricto, sin que quepa tener en cuenta tal dato ni siquiera como indicio de un reconocimiento parcial de los hechos. El párrafo 8 de los mencionados Principios (2002) señala que “la víctima y el infractor normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo”. Aunque la frase contiene cierta ambigüedad, el citado párrafo es muy claro y explícito cuando a continuación establece que “la participación del infractor no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos penales ulteriores”.

#### **4.1.2.- Confidencialidad y prueba en el proceso penal**

Un principio fundamental de la mediación penal y otros procesos restaurativos es el de confidencialidad. En virtud del mismo, la persona que ejerce las funciones de mediador o facilitador está obligado a guardar secreto respecto al contenido de lo que se ha tratado en el proceso y, por lo tanto, sobre las manifestaciones que en él hayan efectuado las partes. Este deber no tiene que ser entendido esencialmente como una protección del mediador frente a las preguntas que pueda hacerle el juez o el fiscal, sino como una norma básica que rige la relación entre el proceso judicial y el proceso restaurativo, en tanto que proceso extrajudicial. Esta relación tan sólo puede basarse en la estricta separación y no contaminación entre ambos procesos, que responden a fines y a reglas de funcionamiento totalmente distintas. Por lo tanto, una regulación legal de los efectos procesales de la mediación penal debería basarse en este criterio y en la medida que tal legislación nacional no exista cabe aplicar este criterio sobre la base de lo establecido en la normativa internacional a propósito del principio de confidencialidad. Los Principios básicos sobre justicia restaurativa en asuntos penales (ECOSOC 2002) establecen que “las conversaciones mantenidas en los procesos restaurativos tendrán carácter confidencial y no deberán revelarse ulteriormente, salvo acuerdo de las partes o si la legislación nacional dispone otra cosa”. Al no existir una norma nacional en sentido contrario, las autoridades y profesionales deben respetar la confidencialidad, renunciando a interrogar a las personas que han intervenido en un proceso en el rol de mediador, así como al imputado y a la víctima respecto al contenido de lo tratado en el proceso de mediación.

Debe tenerse en cuenta que la mediación se caracteriza por ser un “proceso parajudicial”, un “espacio libre de formalidades”, por lo que la transferencia de su contenido al proceso judicial vicia la naturaleza formal de éste. Por lo tanto, si la mediación no da lugar a un acuerdo que tenga como efecto la terminación del proceso penal, debe imponerse una prohibición absoluta de utilización en el seno del proceso judicial del material obtenido durante el proceso extrajudicial, en caso que éste se haya documentado. Los profesionales que han intervenido en la misma están sometidos a secreto profesional, por lo que no sólo no pueden ser obligados a declarar sino que, no siendo tal secreto en interés propio sino en el de las personas que participan en la mediación, deben abstenerse de toda revelación sobre el contenido de ésta y, en caso de producirse, la misma no puede ser válidamente admitida con carácter de prueba, so vicio de nulidad.

Es preciso advertir que la anterior prohibición tiene un doble efecto, pues no sólo protege al acusado sino que dificulta que su participación en la mediación pueda beneficiarle. No nos referimos aquí al supuesto en que la mediación termina con un acuerdo reparador que se transmite al proceso penal para que surta los efectos legalmente procedentes (sobreseimiento, atenuación de la pena, suspensión o sustitución de la misma, según corresponda). El problema se produce en aquellos casos en que el abogado crea que el conocimiento por parte del Tribunal de los detalles relativos a la actitud que mantuvo el acusado en el proceso puede resultar beneficioso para éste. Tampoco en tales casos sería viable la declaración del mediador como testigo. Hay que tener en cuenta que en este caso está en juego no sólo el principio de confidencialidad, sino el de imparcialidad, que impide al mediador cualquier actuación que pueda beneficiar al acusado más allá de lo que derive del acuerdo reparador alcanzado con la víctima, pues ésta podría considerar que el mediador ha actuado con deslealtad y que la mediación ha servido para instrumentalizar a la víctima al servicio de los intereses del infractor, lo cual es una de las resistencias que acostumbran a expresar las víctimas cuando se les ofrece la oportunidad de participar en tal proceso.

#### **4.1.3.- Privatización de la justicia penal**

Una crítica bastante extendida a la mediación penal y a que se reconozcan efectos jurídicos a la misma es que representa una forma de privatización de la justicia penal y

por lo tanto un regreso a una etapa históricamente superada. En este sentido se han levantado voces críticas ante la pretensión de eximir de pena o incluso ante la posibilidad de disponer una atenuación de la pena a cambio de una reparación del daño. Se arguye que con ello se introduce una desigualdad, ya que quien tenga capacidad de reparar va a beneficiarse de un trato punitivo más benévolo que quien no pueda hacerlo, amén de señalar la existencia de delitos que no producen daños reparables (delitos sin víctima o en grado de tentativa, por ejemplo) o de que la determinación de la responsabilidad penal quedaría al albur de la decisión de la víctima de aceptar la reparación o la participación en el proceso extrajudicial. Se señala además que la mera reparación del daño no puede garantizar el efecto preventivo-general de la pena si el infractor cuenta con la posibilidad de neutralizar mediante el simple pago su responsabilidad de carácter penal.

Frente a estas críticas debe tenerse en cuenta la elaboración dogmática del concepto de reparación como sanción penal y la consiguiente aceptación de que pueda actuar como subrogado, al menos parcial, de la pena, así como las diferencias entre este concepto y la responsabilidad civil derivada del delito.

La primera cuestión remite a los fines de la pena. En la doctrina germánica, diversos autores (ROXIN o SCHÖCH, entre otros) han sostenido que la reparación sirve a los fines de prevención general positiva, dado que la asunción de responsabilidad por parte del autor y la eliminación o disminución significativa de los efectos del delito supone un reconocimiento de la norma violada que permite confirmar socialmente su vigencia material y disminuir la necesidad de que esta confirmación haya de producirse por la vía punitiva convencional. Como se ha indicado en anteriores capítulos, la justicia restaurativa pone el acento en la restauración de las relaciones sociales y no en la idea de la “restauración normativa”, lo cual no impide que desde la teoría jurídica se derive de ese potencial restaurador la capacidad de restablecimiento de la confianza normativa. Por otra parte, la reparación también reduce la necesidad preventivo-especial de la pena basada en la rehabilitación o inserción social del infractor, pues al reconocer las consecuencias de su hecho y asumir la responsabilidad tiene mejor pronóstico de llevar en el futuro una vida sin delitos. Son útiles en este sentido las evaluaciones empíricas, antes examinadas, que muestran que la participación de un infractor en un proceso restaurativo disminuye el riesgo de reincidencia.

En cuanto al segundo aspecto, como es bien sabido, la responsabilidad civil “ex delicto” responde a los criterios propios de la responsabilidad civil y consiste en un mecanismo de compensación económica de los efectos del delito, que tiene carácter transmisible, divisible y compensable. En ello se diferencia claramente de la responsabilidad penal, que es de naturaleza personal e intransferible, indivisible y no compensable. Sin embargo, la elaboración de un concepto “penal” de reparación parte del presupuesto de que la misma puede servir a los fines de la pena y participar de las características propias de una sanción penal si puede garantizarse que cumpla con una serie de condiciones, propias del sentido “restaurativo” de la reparación:

- a) La reparación puede tener un contenido aflictivo y cumplir con exigencias de personalidad e igualdad en la medida que se valore no el resultado económico sino el “esfuerzo reparador” realizado por el sujeto
- b) La reparación puede ser a favor de la víctima o a favor de la comunidad, en forma de prestaciones de interés social (reparación social o simbólica), lo cual abre la posibilidad de reconocer que la reparación sustituye, al menos parcialmente, la pena también en los delitos en los que no hay personas perjudicadas, éstas renuncian a la responsabilidad civil o no aceptan participar en un acuerdo reparador.
- c) La reparación en sentido penal no tiene sólo una dimensión económica, sino que debe ser entendida como reparación integral, en la que es fundamental la dimensión psíquica o moral, basada en el reconocimiento del hecho, la asunción de culpabilidad y consiguiente disculpa respecto a la víctima.
- d) La reparación está vinculada a la asunción de responsabilidad por el hecho cometido, lo cual, además del efecto de reparación moral que tiene para la víctima, comporta que la necesidad de expresión del reproche por parte del sistema de justicia penal es menor o puede llegar a desaparecer. Para que ello pueda ser creíble, no puede concederse valor al mero pago de una indemnización si éste no va acompañado de un reconocimiento de los hechos, al menos en su parte esencial, de modo que pueda entenderse que el conjunto del comportamiento del autor implica una asunción de la responsabilidad por el hecho.

Este último aspecto permite formular una idea fundamental respecto a los efectos jurídico-penales de la reparación. La relevancia que el Juez puede atribuirle, a los efectos de disponer una atenuación de la pena o de decidir a favor de la suspensión o la



sustitución de la misma, estará vinculada al valor que reconozca a su conducta, según las condiciones indicadas. La reparación es un hecho postdelictivo que incide sobre la desvaloración personal del sujeto responsable (su culpabilidad por el hecho), atenuándola, y reduce la necesidad preventiva de pena, lo cual debe ser tenido en cuenta por el órgano judicial en la aplicación de las normas que rigen los procesos de determinación, suspensión o sustitución de pena, mediante una valoración global del comportamiento postdelictivo del sujeto de acuerdo con los criterios anteriormente expuestos.

#### **4.2.- Efectos de la mediación en el sistema de justicia penal**

Uno de los problemas que obliga a plantear la mediación penal es el relativo a los efectos de la misma en el proceso penal, en el que se determina la responsabilidad penal prevista por la Ley para el autor del hecho delictivo. El reconocimiento jurídico de la mediación y sus efectos discurren en el Derecho comparado, según una variedad de fórmulas. La mayor parte de los programas restaurativos se han puesto en funcionamiento sin un respaldo legal explícito, lo cual trae consigo que las consecuencias de la realización de un proceso restaurativo, o a veces incluso su misma existencia, dependen de la sensibilidad de los jueces respecto a los mismos y de la disponibilidad de los programas en un determinado territorio. Esta situación ha sido considerada como un problema en muchos países. La existencia de un reconocimiento legal o “estatutario” explícito, como sucede por lo general en el ámbito de la justicia juvenil, favorece la extensión de estos programas.

En la concepción de la forma de articular la justicia reparadora con el sistema de justicia penal se halla muy extendida en la literatura comparada la distinción según que el proceso reparador tenga lugar antes o después de la condena (*before sentencing* y *after sentencing*). En algunos países, se ha desarrollado legislativamente con mayor intensidad la reparación anterior a la sentencia, mientras que otros Ordenamientos carecen de referencia alguna a la justicia reparadora o, a lo sumo, ésta aparece únicamente en la justicia de menores. Tal es el caso de España, en que la Ley 5/2000, de responsabilidad penal del menor, ha abierto ciertos espacios a determinadas formas de justicia reparadora, con una adecuada distinción de las dos fases

mencionadas, al tiempo que el proceso penal de adultos, en lo que viene ya a ser actualmente una anomalía en términos de Derecho comparado, adolece de fórmulas que de modo explícito den entrada al uso de las referidas formas, con la excepción de algunas medidas introducidas en 2003 en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Un examen del Derecho comparado nos muestra que los efectos penales de la mediación pueden ser diversos. Se indican a continuación las fórmulas más conocidas en los supuestos de mediación anterior a la sentencia, que pueden ser reconocidas y aplicadas de modo complementario:

- Terminación anticipada del proceso penal mediante una resolución de sobreseimiento o una decisión de no perseguir, adoptada, según el modelo procesal de que se trate, por el Juez o por el Ministerio Fiscal
- Atenuación de la pena basada en la reparación efectiva, el esfuerzo reparador o el acuerdo reparador.
- Dispensa de pena acordada por el juez sentenciador.
- Suspensión de la ejecución de la pena, que puede estar condicionada al cumplimiento efectivo del compromiso reparador
- Sustitución de la pena de prisión por una pena no privativa de libertad.

En los casos de mediación posterior a la sentencia, la Administración penitenciaria o el juez de ejecución puede adoptar decisiones que supongan una mejoría en la situación penitenciaria del penado, en la valoración global de su proceso de reinserción social. Estas decisiones pueden consistir en el acceso a un régimen de semilibertad o a la libertad condicional. La introducción de la reparación en la ejecución puede tener también aplicarse en sentido inverso, de modo que se condicione la progresión penitenciaria del condenado a que cumpla con ciertas exigencias de reparación.

La teorización de estas fórmulas se basa normalmente en las doctrinas sobre los fines de la pena. La concepción dominante tiende a acentuar los aspectos preventivo-generales y, normalmente en segundo término, los preventivo-especiales. Tanto una como otra finalidad son a su vez explicadas según dos dimensiones, positiva y negativa. Una respuesta al delito de tipo restaurativo contiene elementos comunes con la dimensión

positiva de la prevención: en la prevención general, con la idea de restauración de la confianza y de los vínculos comunitarios rotos por el delito, y en la prevención especial, con el objetivo de la reintegración social del ofensor (rehabilitación). La dimensión negativa de la prevención (disuasión en la prevención general e incapacitación en la prevención especial) permanecería más alejada del ideal restaurativo. Por otra parte, puede pensarse que la pena impuesta en un proceso penal contiene en potencia un cierto poder reparador para la víctima, por su capacidad de afirmar la verdad respecto a lo sucedido y restablecer la dignidad ofendida, compensando el sentimiento de humillación de la víctima. Podría incluso pensarse que la atribución de culpabilidad al ofensor puede operar, en algunos delitos de fuerte impacto psíquico, como agente de “desculpabilización”. Los ingredientes reparadores del proceso penal pueden aparecer más evidentes si se arbitran mecanismos a través de los cuales ello pueda materializarse con mayor eficacia, como, por ejemplo, una declaración en sentencia de los efectos que el delito ha tenido para la víctima, no sólo de los cuantificables económicamente. Más discutible sería incluir aquí la pena como sublimación de los instintos de venganza, normalmente no reconocidos social ni jurídicamente como expectativas legítimas.

En todo caso, no puede olvidarse que el proceso penal tan sólo puede satisfacer estas necesidades reparadoras de manera limitada y que en la realización de estas finalidades interfieren los mecanismos de victimización secundaria, los efectos de la defensa del ofensor (sobretudo la negación del hecho) y el riesgo de sobreseimiento o absolucón (en los supuestos, claro está, en que el imputado sea efectivamente el infractor). Asimismo, la condena del agresor no siempre tiene un efecto benéfico en la víctima sino que se ha demostrado que en ciertos delitos, esencialmente aquellos en que existe un vínculo emocional entre autor y víctima o cuando ésta es menor de edad, produce el efecto contrario, pues alimenta la culpabilización de la víctima.

A partir de estas consideraciones, la aceptación de que la reparación surta efectos en la determinación de la responsabilidad penal del infractor no debe basarse estrictamente en la capacidad de la reparación para servir a los fines de la pena. La clave está en reconocer que la pena es incapaz de servir adecuadamente a finalidades justas y legítimas que la sociedad debe atender también en su respuesta al delito, además de las finalidades preventivas relacionadas con la protección de los bienes jurídicos. El delito genera una situación que obliga al Estado a satisfacer diversas necesidades y el Derecho

puede establecer mecanismos que permitan ponderar en qué modo estas necesidades pueden ser satisfechas. Los procesos extrajudiciales de justicia restaurativa están en condiciones de satisfacer mejor fines reparadores que son propios de la pena pero que van más allá de ella y pueden además servir parcialmente los fines de prevención general positiva y prevención especial positiva (rehabilitación). En este sentido debe ser matizada la fórmula según la cual la reparación puede servir como subrogado parcial de la pena, lo cual puede llevar a concluir que la reparación puede satisfacer las siguientes expectativas:

- a) el reconocimiento del hecho y la asunción de responsabilidad por parte de infractor supone una confirmación del orden jurídico perturbado por el delito;
- b) el reconocimiento y la reparación restauran las relaciones sociales dañadas por el delito y la confianza;
- c) la reparación integral, el reconocimiento del hecho y la disculpa reducen el impacto del hecho en la víctima y permiten compensar sus efectos.
- d) la reparación simbólica o social compensa el daño causado en la sociedad;
- e) la asunción de responsabilidad y el esfuerzo reparador suponen, desde la perspectiva del infractor, una carga aflictiva susceptible de ser validada parcialmente como sanción penal y puede mejorar las expectativas de su reinserción social.

En la elaboración teórica de la integración de la reparación en el sistema penal ha tenido gran influencia la evolución doctrinal producida en Alemania y otros países de cultura germánica, con la atribución a la reparación de una naturaleza como tercera forma de sanción penal, al lado de la pena y la medida de seguridad. Esta idea se plasmó en el Proyecto Alternativo de Reparación de 1992, el cual, pese a las reticencias que suscitó en destacados sectores jurídicos y académicos, influyó en la reforma del Código penal alemán de 1994, que introdujo mecanismos que permiten la renuncia a la pena y la atenuación de la pena, según los casos. Estas previsiones se añaden a la previsión, contenida en la Ordenanza procesal penal, según la cual la mediación puede comportar el sobreseimiento del proceso.

El reconocimiento de efectos a la mediación que comporten beneficios para el infractor es un aspecto siempre controvertido, ya que las víctimas pueden mostrarse reticentes a participar en un proceso en el que sientan que son utilizadas al servicio del

victimario. Una buena práctica de la mediación debe asumir esta cuestión y tener en cuenta la importancia de ofrecer una información completa y adecuada a las víctimas respecto a los efectos que puede tener la mediación para ella y otros posibles efectos, que no constituyen el principal objetivo de programa, respetando en todo momento el carácter voluntario de su decisión de participar, que puede ser revocada en cualquier momento.

## **5.- POSIBILIDADES Y LÍMITES DEL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN PENAL EN CHILE EN EL CONTEXTO DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL-PENAL.**

### **5.1.- Introducción**

Como ya se ha apuntado en páginas precedentes, la mediación penal y otros procesos restaurativos son entendidos desde el ámbito internacional como mecanismos de justicia restaurativa complementarios al sistema de justicia penal. De esta concepción complementaria se derivan diversas consecuencias.

En primer lugar, que la mediación penal no constituye un mecanismo de resolución de conflictos penales que pretenda sustituir al sistema de justicia penal en su conjunto, sino que puede constituir –y en muchos casos constituye- un mecanismo altamente satisfactorio de resolución de asuntos penales, dado el alto grado de satisfacción de ofensores y víctimas constatado en numerosos estudios empíricos. Sin embargo, la mediación penal únicamente debe tenerse en consideración cuando en el caso concreto sea adecuada su práctica. Ello implica que *el mediador* deba evaluar, en el caso concreto, si se pueden cumplir los objetivos que la misma posee y si pueden ser respetados los principios en los que se basa (principalmente, por su importancia, la voluntariedad de las partes -en la participación en el proceso y en el acuerdo reparatorio finalmente adoptado- y la preservación de una cierta igualdad en las partes para evitar una nueva revictimización).

En segundo lugar, de la idea de complementariedad se desprende que la mediación penal y otros procesos restaurativos pueden ser mecanismos de justicia restaurativa insertados dentro del proceso penal. Así, según las directrices

internacionales, se considera que la mediación penal puede llevarse a cabo en cualquier etapa del proceso penal, desde sus inicios hasta el momento de la sentencia condenatoria y posterior ejecución de la pena.

Así, como indica el *Manual sobre los programas de justicia reparatoria de Naciones Unidas* (2008), los principales momentos procesales en los que puede tener lugar una mediación penal son los siguientes:

- a) En el estadio policial (antes de la inculpación)
- b) Después de la inculpación, pero antes del juicio oral.
- c) En fase del juicio oral, antes o después de la determinación de la pena
- d) en el sistema penitenciario (como alternativa a la prisión, durante la ejecución de la pena o después de la libertad condicional).

Ello implica que, para un desarrollo de la mediación penal en Chile se deba tener en cuenta la legislación procesal penal en el contexto en el que la justicia restaurativa pretende ser desarrollada, cuestión que es abordada en este epígrafe.

## **5.2.-Marco legal chileno**

### **5.2.1.- La mediación penal en asuntos que no han sido formalizados**

Siguiendo el esquema procesal acabado de enunciar por el *Manual sobre los programas de justicia reparatoria de Naciones Unidas*, la mediación penal en Chile puede llevarse a cabo en una fase previa a la inculpación del ofensor.

Por lo que se refiere al Ministerio Fiscal, el principio de oportunidad puede constituir una vía para el desarrollo de la mediación penal en Chile en hechos de menor entidad. Así, el Ministerio Público tiene la facultad de no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando se den ciertos condicionantes. Ello difiere de los sistemas regidos por el principio de legalidad, donde existe una obligación legal de perseguir todo delito público del que se tenga conocimiento.

El principio de oportunidad se prevé y desarrolla en el art. 170 del CPP. Consiste, en

esencia, en la facultad del Ministerio Público de no iniciar la persecución de un delito o abandonar la ya iniciada cuando se trate de un hecho que no comprometa gravemente el interés público, siempre que la pena mínima asignada al delito no exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo ni que se trate de un delito cometido por funcionario público en ejercicio de sus funciones.

Por lo tanto, salvo en el caso de que el delito sea cometido por funcionario público, no existe en este caso una restricción en cuanto a la tipología delictiva, aun cuando sí existen limitaciones en función de la gravedad del delito, pues no es posible aplicar el principio de oportunidad en aquellos delitos cuya pena supere los 540 días de privación de libertad.

Si el Fiscal considera que no procede el inicio de la persecución penal o que es conveniente abandonar la ya iniciada, emitirá una decisión motivada que comunicará al Juez de Garantía. Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes si los hubiere y dejará sin efecto la decisión del Fiscal si:

- a) ésta no se encuentra en uno de los supuestos en los que se permite la utilización del principio de oportunidad (esto es, exceda de la pena mínima prevista para el hecho o se trate de un delito cometido por funcionario público en ejercicio de sus funciones).
- b) La víctima manifieste de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

En este caso, el Fiscal se encontrará obligado a continuar con la persecución penal.

Transcurrido el plazo de 10 días para reclamar, o rechazada la reclamación, los intervinientes contarán con un plazo de 10 días para reclamar ante las autoridades del Ministerio Público. El art. 170 CPP regula el procedimiento de reclamación en estos casos, en el que el Ministerio público deberá verificar si la decisión del Fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto.

La decisión de no persecución (en aplicación del principio de oportunidad) extingue la responsabilidad penal del imputado, pero no impide perseguir la responsabilidad civil

derivada del hecho.

Como se ha tenido ocasión de exponer anteriormente en el apartado de análisis de los antecedentes y desarrollo actual de la mediación penal en Chile, en numerosas ocasiones las derivaciones efectuadas por parte de la Fiscalía son de casos no formalizados, esto es, antes de la imputación del ofensor. También un asunto penal puede ser derivado por parte de los Carabineros, o por parte de la Defensoría cuando el asunto aún no se encuentra formalizado. Asimismo, los Centros de Atención de Víctimas de Delitos Violentos pueden orientar a una víctima al servicio de mediación con independencia de que se siga un proceso penal y en el estadio en el que éste se pueda encontrar.

Ello plantea dos cuestiones fundamentales:

- a) En primer lugar, cuáles son los criterios que deberían tenerse en cuenta por parte del organismo derivador para poner un caso en conocimiento de los Centros de Mediación.
- b) En segundo lugar, y atendiendo a la diversidad de organismos y entes que pueden derivar un asunto, qué criterios debe aplicar el Centro de Mediación para clasificar un caso como de “mediación penal” y, por lo tanto, sujetarlo a los principios y garantías que ofrece el paraguas de la justicia restaurativa y que se acogen en el presente modelo unificado de atención especializada, el cual se diferencia de otras mediaciones como la civil o la comunitaria.

La segunda cuestión enunciada será abordada en el epígrafe siguiente, con ocasión del establecimiento de los criterios de desarrollo del programa de mediación penal en el modelo unificado. Nos ocupamos en este momento del primer aspecto apuntado, esto es, de las posibilidades y límites en la derivación de casos por parte del sistema de justicia penal.

Como advierte el *Manual sobre los programas de justicia restaurativa de Naciones Unidas*, “el mal funcionamiento o el fracaso de programas de justicia restaurativa a menudo se explica por un recurso inadecuado y por una utilización insuficiente de estos programas” (p. 76). Según el referido documento, “numerosos programas de justicia restaurativa bien concebidos funcionan a ralentí o resultan marginales porque



no obtienen del sistema judicial un número de asuntos suficiente. En efecto, es precisamente por esta razón que algunos programas han tenido que ser abandonados o reestructurados” (p. 74). Estas reflexiones, efectuadas a nivel internacional tras un análisis de diversos programas de mediación en todo el mundo, plantean cuestiones insoslayables, también en el ámbito chileno, pues como se ha observado, en algunas regiones es usual la derivación de casos con datos personales incompletos o sobre asuntos que se encuentran archivados o que existen pocas posibilidades de persecución penal y bastante alejados en el tiempo de la fecha de comisión de los hechos. Todo ello puede comprometer un adecuado desarrollo de la mediación penal.

Por ello resulta preciso para un adecuado desarrollo de la mediación penal en Chile la adopción de acuerdos y protocolos interinstitucionales que contribuyan a confiar a la los Centros de mediación asuntos penales, enunciando criterios de derivación. Como líneas generales, los *Principios Fundamentales de Naciones Unidas sobre el recurso a programas de justicia restaurativa en materia penal* establecen tres criterios esenciales a tener en cuenta para que el sistema de justicia penal derive casos al servicio de mediación:

- 1.- La existencia de indicios suficientes. Sólo se podrá recurrir a la justicia restaurativa si existen pruebas suficientes contra el ofensor.
- 2.- Consentimiento libre de la víctima y del ofensor.
- 3.- Tener en cuenta la disparidad de fuerzas entre ofensor y víctima y las diferencias culturales.

El recurso a derivaciones en los casos en que el Fiscal observa la inexistencia de indicios y, por tanto, la procedencia del archivo de la causa puede resultar inadecuado. Se debe de advertir el riesgo de extensión de la red que puede provocar la realización de mediaciones en estos casos. Además cabe destacar, como se ha expuesto en páginas precedentes, que los estudios empíricos apuntan resultados más positivos en supuestos de mediana gravedad que en aquellos de bagatela.

### **5.2.2.- La mediación penal en asuntos formalizados y antes del Juicio Oral**

La reforma del proceso penal en Chile acaecida en el año 2000 ha supuesto una gran oportunidad para el desarrollo de la mediación penal. Esta reforma cambió el modelo

inquisitivo de enjuiciamiento criminal vigente en Chile desde el Código de Procedimiento penal de 1906 hacia un modelo acusatorio (Díaz Gunde, 2010). El nuevo Código Procesal penal incorporó las llamadas *Salidas Alternativas al Proceso Penal*, que constituyen formas anticipadas de terminación del proceso, esto es, lo que comúnmente es llamado en los sistemas de *Common Law*, mecanismos de *diversion*. Por lo tanto, se trata de mecanismos que incorporan el principio de oportunidad en la persecución de delitos, posibilitando que algunos casos se resuelvan por vías más informales. Estas salidas alternativas al proceso penal son: los *acuerdos reparatorios* y la *suspensión condicional del procedimiento*.

### **5.2.2.1.- Los acuerdos reparatorios**

Los acuerdos reparatorios constituyen una de las principales vías por las que la mediación penal puede encontrar un mayor desarrollo en Chile. Ello es así porque expresamente el art. 241 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) reconoce la intervención tanto del ofensor como de la víctima del delito en la conclusión del acuerdo reparatorio. Por lo tanto, ello se ajusta a las definiciones de mediación penal que se conocen en el ámbito supranacional, donde se afirma por lo común la necesaria participación de la víctima y del ofensor en el proceso restaurativo y en la adopción de un acuerdo reparatorio. También se puede observar en la definición de acuerdo reparatorio aportada por el CPP chileno que se adoptan algunos principios que son piezas clave en el desarrollo de una mediación penal entendida desde la justicia restaurativa, como son la voluntariedad -tanto de la víctima como del ofensor- en participar en el proceso restaurativo y en la adopción del acuerdo, así como la necesidad de que previamente a prestar su consentimiento, sean informados tanto del proceso de mediación penal, como de los posibles efectos jurídicos que puede comportar la adopción de un acuerdo reparatorio. Con todo, por la forma en la que se regulan los acuerdos reparatorios en el Código Procesal Penal, no sólo se admite la validez de la mediación, sino también otras formas de Solución Colaborativa de conflictos, tales como la conciliación o la negociación, pues estas formas también implican la participación del imputado y la víctima en la adopción del acuerdo.

El art. 241.1 CPP dispone que *“El imputado y la víctima podrán*

*convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará en audiencia a la que citará a los intervinientes a escuchar sus planteamientos si verificare que los concurrentes al acuerdo hubiera prestado su consentimiento de forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos”.*

Identificamos tres principales puntos en los acuerdos reparatorios a tener en cuenta:

#### **a) La derivación de un caso a los Servicios de Mediación**

El art. 245 del CPP chileno establece que se podrá solicitar y decretar un acuerdo reparatorio y, por lo tanto, ser derivado por esta vía a un servicio de mediación, en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación. Si no se plantea en esa misma audiencia la solicitud respectiva, el juez dictará una audiencia, a la que podrán comparecer todos los intervinientes en el procedimiento. Una vez declarado el cierre de la investigación, el acuerdo reparatorio sólo podrá ser decretado durante la audiencia de preparación del juicio oral.

De estas previsiones se desprende que el proceso de mediación penal a través de la vía del acuerdo reparatorio sólo puede ser iniciado una vez se ha formalizado la investigación por el delito. Ello implica la existencia de ciertos indicios de responsabilidad penal contra un sujeto. De este modo, se evita alguna de las objeciones planteadas en el desarrollo de la mediación penal. La necesaria formalización de una investigación penal puede soslayar algunas reticencias en la utilización de la mediación penal, por cuanto consigue excluir aquellos casos en los que no exista ningún indicio de haber cometido algún delito.

Con todo resulta importante destacar que el consentimiento del ofensor en participar en un acuerdo reparatorio no significa que éste se esté declarando culpable a efectos jurídicos. Ciertamente es que, para participar en una mediación penal es necesario como requisito previo que el ofensor reconozca mínimamente los hechos acaecidos. Pero una cosa es el reconocimiento de los hechos realizada dentro de un proceso de

mediación y otra cosa bien distinta es que éste se declare culpable a efectos penales. Al imputado le asiste el *derecho a la presunción de inocencia, derecho que es preservado también cuando el imputado sigue un proceso de mediación penal*. Por ello, uno de los principios fundamentales de la mediación penal es la *confidencialidad* de lo que ha tenido lugar en el proceso de mediación. El hecho de que se haya participado en un proceso de mediación sin llegar a un acuerdo no debe ser tenido en cuenta por los Jueces y Tribunales como indicio de culpabilidad. Tampoco debe ser tenido como indicio de culpabilidad el acuerdo adoptado en un proceso de mediación que finalmente no hubiera sido aprobado por el Juez de Garantía.

En el marco de los acuerdos reparatorios la confidencialidad se reconoce expresamente en el art. 355 del CPP, al señalar que *“No se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado”*.

La posibilidad de llevar a cabo mediaciones penales a través de la institución de los acuerdos reparatorios se extiende hasta el momento de la audiencia de preparación del juicio oral. Por lo tanto, en esencia, el campo aplicativo de los acuerdos reparatorios se sitúa en la fase de investigación del delito, no siendo posible tras el enjuiciamiento de la causa.

Aun cuando no se indica expresamente en el CPP que el acuerdo reparatorio deba ser solicitado por el Ministerio Público, debe reconocerse el papel clave que puede jugar este actor jurídico en orden a potenciar la mediación en asuntos penales. Por ello, resulta conveniente para un adecuado desarrollo de la mediación penal el establecimiento de convenios de colaboración entre los Servicios de Mediación y el Ministerio Público.

## **b) Asuntos que pueden ser derivados a los servicios de mediación**

La regulación procesal penal chilena circunscribe la adopción de acuerdos reparatorios a ciertos delitos. Así, el art. 241 parr. 2º del CPP establece que estos

acuerdos sólo podrán referirse a hechos investigados que afecten a:

- bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial
- lesiones menos graves o
- delitos culposos

Según MUÑOZ MONSALVA (2010), la Fiscalía Nacional ha interpretado qué delitos pueden ser considerados como “bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial”, dada la ausencia legal de una lista tasada de delitos. En este sentido, lo ha definido como aquél cuya afectación puede ser consentida o perdonada por su titular con efecto eximente o extintivo de la responsabilidad penal (Oficio 358-2001, Fiscalía Nacional). Así, según el Oficio N° 38-2003 del Fiscal Nacional, pp 4-5, pueden entenderse como bienes jurídicos de carácter patrimonial a efectos de poderse llevar a cabo un acuerdo reparatorio:

- Hurto (Arts. 432 y 446 del CP)
- Hurto de energía eléctrica (Art. 168 del DFL 4 de 1959)
- Hurto de hallazgo (Art. 448 del CP)
- Receptación, en caso de provenir las especies de hurto (Art. 456 bis A del CP)
- Usurpación no violenta (Art. 458 del CP)
- Usurpación no violenta de aguas (Arts. 459 y 461 del CP)
- Alteración o destrucción de deslindes de propiedad particular (Art. 462 del CP)
- Daños simples (Art. 487 del CP)
- Estafa (Art. 468 del CP)
- Entrega fraudulenta (Arts. 467 y 469 N° 1 y N° 2 del CP)
- Suscripción engañosa de documento (Art. 470 N° 4 del CP)
- Celebración fraudulenta de contrato aleatorio (Art. 470 N° 6 del CP)
- Fraude en juego (Art. 470 N° 7 del CP)
- Otros engaños (Art. 473 del CP)
- Apropiación indebida (Art. 470 N° 1 del CP)
- Administración fraudulenta (Art. 469 N° 3 y N°4, 470 N°2 del CP)
- Abuso de firma en blanco (Art. 470 N° 3 del CP)
- Hurto de posesión (Art. 471 N° 1 del CP)
- Celebración de contrato simulado (Art. 471 N° 2 del CP)

- Alzamiento de bienes, insolvencia punible y contratos simulados (Art. 466 del CP)
- Destrucción de la cosa embargada (Art. 469 N° 6 del CP)
- Depositario alzado (Art. 444 del CPC)
- Delitos contra la prenda sin desplazamiento (Art. 19 de la ley 18.112)
- Delitos contra la prenda industrial (Arts. 49 y 50 de la ley 5.687)
- Delitos contra la prenda agraria (Arts. 27 a 30 de la ley 4.097)
- Delitos relativos a almacenes generales de depósito (Arts. 35 a 38 de la ley 18.690)
- Falsificación de instrumento privado (Art. 197 del CP)
- Uso malicioso de instrumento privado falso (Art. 198 del CP)
- Delitos contra privilegios industriales y derechos de propiedad industrial (Arts. 28, 52, 61 y 67 de la ley 19.039)
- Obtención fraudulenta de créditos (Art. 160 del DFL 3 de 1997)
- Giro de cheque en descubierto (Art. 22 del DFL 707 de 1982)

En definitiva, el legislador chileno ha optado por circunscribir la posibilidad de llevar a cabo mediaciones penales a través del instituto de los acuerdos reparatorios a ciertos delitos. Aun cuando la opción de establecer legislativamente los delitos que pueden o no pueden ser objeto de mediación ha sido utilizada por otros países, como por ejemplo en Portugal, se debe advertir que ésta no es la tendencia de los documentos internacionales que han establecido las directrices de los procesos de justicia restaurativa ni es la tónica general de la mayor parte de países que han desarrollado la mediación penal.

Así, existe un cierto consenso en que la mediación penal no debe aceptarse o rechazarse en función de las distintas categorías delictivas sino en función del caso concreto, esto es, atendiendo a si en el supuesto concreto pueden cumplirse los objetivos y principios de la mediación penal. Los límites al desarrollo de la mediación los ponen las partes, siendo la pieza angular del proceso restaurativo la voluntariedad de las mismas en participar y llegar a un acuerdo reparatorio, siempre y cuando entre ellas medie una cierta posición de igualdad que les permita defender sus intereses, aceptar algunas propuestas y rechazar otras.

Con todo, la limitación de las mediaciones penales a ciertos delitos en Chile sólo se predica respecto a los acuerdos reparatorios, de modo que pueden utilizarse otros

mecanismos, como el principio de oportunidad en la persecución de delitos, para poder llevar a cabo mediaciones penales en supuestos distintos a los que afecten a bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves o delitos culposos.

### **c) Efectos jurídicos de un acuerdo reparatorio adoptado en un proceso de mediación penal**

El acuerdo reparatorio fruto de una mediación penal puede integrarse, como se ha indicado en el anterior epígrafe, en una variedad de contenidos. Ya el propio proceso de mediación puede constituir una reparación, pues la víctima en ocasiones se siente reparada teniendo la posibilidad de ser escuchada y expresar sus emociones. Más allá del propio proceso, la reparación puede consistir en la petición de disculpas por parte del ofensor, en la prestación de ciertos servicios a la víctima o a la comunidad, en la satisfacción de una determinada cantidad de dinero, entre otros. Con ello ya se apunta la diversa lógica que impera en la justicia penal formal y en la justicia restaurativa, ya que en este último caso la respuesta no se encuentra tasada y la entidad de la misma no necesariamente debe guardar una estricta relación o proporción con el hecho cometido.

La regulación procesal chilena exige la aprobación judicial de los acuerdos reparatorios a través del Juez de Garantía, lo cual posibilita que el juez verifique la concurrencia de los requisitos legales de procedencia de este acuerdo, así como del correcto desarrollo de la mediación penal. Así, el Juez puede verificar que el acuerdo reparatorio ha sido adoptado libre y voluntariamente por la víctima y el ofensor y con pleno conocimiento de sus derechos (art. 241 parr. 1 CPP). Esta aprobación del acuerdo reparatorio se adoptará en audiencia en la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos y verificar el respeto de los principios anteriormente mencionados.

Más allá de la verificación por parte del Juez de Garantía que han sido respetadas la libertad y la voluntariedad de la víctima y el ofensor en la adopción del acuerdo y de la verificación de que ambos se encuentran perfectamente informados de los derechos que les asisten, el Código procesal penal chileno faculta al Juez de Garantía a poder rechazar un acuerdo reparatorio celebrado por otros motivos. Concretamente, el art. 241 par. 3ª del CPP establece: “...de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos

*diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular”.*

Respecto a la posibilidad de que el Juez de Garantía rechace acuerdos reparatorios cuando no se haya respetado la voluntariedad o no se haya informado correctamente a las partes sobre sus derechos, cabe realizar una valoración positiva. La ulterior aprobación del Juez constituye una garantía en la preservación de los derechos, tanto del imputado como de la víctima del delito. De hecho, en el caso de que no se hubieran observado los principios de libertad y voluntariedad en el acuerdo reparatorio, tal acuerdo no podría considerarse como una manifestación de la justicia restaurativa, puesto que dichos principios son inherentes al proceso restaurativo. Tampoco se debe desdeñar la importancia que puede poseer para ciertas personas -particularmente para la víctima del delito- que sea el mismo Juez quien apruebe el acuerdo.

Sin embargo, podría realizarse una distinta valoración respecto a los otros supuestos por los que el Juez de Garantía se encuentra facultado para rechazar un acuerdo reparatorio ya adoptado por la víctima y el ofensor. Con independencia de la indefinición del concepto de “interés público prevalente” en la continuación de la persecución penal y del concepto de “reiteración de hechos” como uno de los supuestos en los que concurre dicho interés público, se plantean dos cuestiones:

1.- Se debe advertir del *riesgo de revictimización* que puede provocar el seguimiento de una mediación penal y la adopción de un acuerdo reparatorio que no surta efectos jurídicos, de manera que la víctima se vea posteriormente dirigida al seguimiento de un proceso penal, cuando ya puede haberse sentido reparada con la realización de la mediación penal y cuando los motivos de denegación del acuerdo reparatorio no tienen que ver con el hecho en concreto que es objeto de la causa, sino con la reiteración delictiva del ofensor. Por ello, parece que la denegación del acuerdo reparatorio en esta etapa debería ser *excepcional*, siendo prioritario verificar con anterioridad a la celebración de la mediación penal que ésta puede realizarse de acuerdo con los límites previstos en el acuerdo reparatorio (tipología delictiva, reiteración de hechos por parte del ofensor). En



todo caso, parece necesaria una *motivación* por parte del Juez de Garantía en la resolución judicial que rechaza el acuerdo reparatorio.

2.- Un sector de la doctrina chilena ha puesto de manifiesto el riesgo de vulneración del *principio de presunción de inocencia* y de la conculcación *principio de confidencialidad* imperante en la mediación penal. Ello es debido a que el mismo Juez de Garantía que aprueba o rechaza los acuerdos reparatorios es también el Juez que después va a decidir el caso si éste va al procedimiento abreviado o al simplificado. Para prevenir los riesgos enunciados en la práctica algunos jueces en estos casos se han *abstenido de seguir conociendo el asunto*, pero ello no está regulado expresamente.

En caso de aprobación judicial del acuerdo reparatorio, éste *adquiere efectos penales una vez que el imputado ha cumplido las obligaciones contraídas* en dicho acuerdo o garantizadas debidamente a la satisfacción de la víctima. El cumplimiento de tales acuerdos provoca el *sobreseimiento definitivo*, total o parcial, de la causa, con lo que se extingue total o parcialmente la responsabilidad penal del imputado que hubiere concluido y cumplido un acuerdo reparatorio (art. 242 CPP). Si en la causa existiere una pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo (art. 244 CPP).

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

Menor incidencia en orden al desarrollo de la mediación penal parece poseer el instituto de la suspensión condicional del procedimiento, previsto en el CPP también como un mecanismo de terminación anticipada del procedimiento.

Al igual que el acuerdo reparatorio, la suspensión condicional del procedimiento puede solicitarse y decretarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación. Si no se plantea en esa misma audiencia la solicitud, el Juez dictará una audiencia a la que podrán comparecer todos los intervinientes del procedimiento. Una vez declarado el cierre de la investigación, la suspensión condicional del procedimiento sólo podrá ser decretado durante la audiencia de preparación del juicio oral (art. 245 CPP).

La suspensión condicional del procedimiento consiste en un acuerdo entre Fiscal e imputado, asesorado este último por su ofensor, por el cual se suspende la investigación y el procedimiento por un tiempo determinado (entre uno y tres años) a cambio de que el imputado acepte cumplir ciertas obligaciones o condiciones, que son aprobadas por el Juez de Garantía (vid., art. 237 CPP).

Así, la suspensión condicional del procedimiento difiere del acuerdo reparatorio en que aquélla no implica un acuerdo entre la víctima y el ofensor, sino que la fijación de las condiciones de la suspensión son determinadas entre el Fiscal y el imputado. Por lo tanto, *prima facie*, no puede afirmarse que esta modalidad anticipada de terminación del proceso pueda ser considerada como una manifestación de justicia restaurativa, ya que ésta implica la participación de la víctima y el ofensor mientras que la suspensión condicional supone un acuerdo entre el imputado y el Estado. Con todo, se prevé una cierta presencia de la víctima en el proceso de concesión de la suspensión condicional del procedimiento. Así, si el querellante o la víctima asisten a la audiencia en la que se ventila la solicitud de suspensión, deberán ser oídos por el Tribunal (art. 237 CPP). Por otra parte, la resolución que se pronuncie acerca de la suspensión condicional del procedimiento puede ser apelable por la víctima.

Siendo que el acuerdo que conduce a la suspensión condicional del procedimiento en principio únicamente implica la intervención, por una parte, del imputado y su defensor y, por otra parte, del Ministerio Público, parece que nada impide que la propuesta del Ministerio Público al Juez de Garantía en orden a decretar la suspensión condicional del procedimiento venga precedida de una mediación penal entre el ofensor y la víctima del delito. De este modo, el contenido de lo pactado entre el Ministerio Público y el imputado puede provenir de una previa mediación penal celebrada entre la víctima y el ofensor, en la que el Ministerio Público está de acuerdo y por ello propone al Juez de Garantía la suspensión condicional del procedimiento.

Según el art. 237 CPP la suspensión condicional del procedimiento puede decretarse:

a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad, y

b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito<sup>7</sup>.

Las condiciones que pueden acordarse para proceder a la suspensión condicional del procedimiento, de acuerdo con el art. 238 CPP, son las siguientes:

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

Durante el período de suspensión y oyendo en una audiencia a todos los intervinientes que concurrieren a ella, el Juez podrá modificar una o más de las condiciones impuestas. Sin embargo, si el imputado incumpliere sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos, el Juez, a petición del Fiscal o de la víctima, revocará la suspensión condicional del procedimiento, y éste continuará de acuerdo con las reglas generales (art. 239 CPP). Transcurrido el plazo que se hubiere fijado en la suspensión condicional sin que la suspensión hubiese sido revocada, provocará extinción de la acción penal, debiendo el Tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo.

---

<sup>7</sup> Según DÍAZ GUNDE (2010) la Ley N° 20.253 llamada de “Agenda corta”, añadió una nueva letra c) al art. 237 CPP, estableciendo un requisito adicional a la suspensión condicional del procedimiento “Si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos del nuevo proceso”.

### **5.2.3.- La mediación penal antes de la sentencia condenatoria.**

Más allá de los supuestos descritos con anterioridad, que suponen una terminación anticipada del proceso penal a través del sobreseimiento de la causa, pueden los acuerdos alcanzados a través de un proceso de mediación surtir efectos jurídicos cuando el proceso penal continúe y la sentencia sea condenatoria, a través de la aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el art. 11 ap. 7º del Código Penal Chileno. Así, el Juez puede acordar dicha atenuante *“Si se ha procurado reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”*.

Esta reparación puede ser consecuencia del seguimiento de un proceso de mediación penal y de la adopción en su seno de un acuerdo reparador cumplido por el ofensor. Nótese que el legislador penal chileno alude a la “reparación” y no a una mera compensación económica que sería más propia del concepto de responsabilidad civil. Para ello nos remitimos a lo ya analizado *supra*, en el apartado “Privatización de la justicia penal”.

## **6.- CRITERIOS DE DESARROLLO DEL PROGRAMA DE MEDIACIÓN PENAL**

### **6.1.- Introducción**

Algunos documentos supranacionales se ocupan de aspectos relativos a la implementación de programas de justicia restaurativa, dando impulso a la misma y fomentando su aplicación.

En este sentido, Naciones Unidas, en los *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal (2002)*, afirma que “Los Estados miembros deben considerar la posibilidad de establecer directrices y normas, con base legislativa cuando sea preciso, que rijan la utilización de programas de justicia restaurativa”. Respetando los principios propios de la justicia restaurativa -que han sido desarrollados en el apartado tercero de este trabajo- establece Naciones Unidas que en las directrices y normas sobre la utilización de programas restaurativos se deberán

especificar los siguientes aspectos:

- a) Las condiciones para la remisión de casos a los programas de justicia restaurativa
- b) La gestión de los casos después de un proceso restaurativo
- c) Las calificaciones, la capacitación y la evaluación de los facilitadores
- d) La administración de los programas de justicia restaurativa
- e) Las normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de los programas de justicia restaurativa

Por su parte, la *Recomendación del Consejo de Europa sobre mediación en materia penal* (Rec(99)19) recomienda en cuanto a los servicios de mediación que:

- a) Deben estar regidos por normas reconocidas
- b) Deben beneficiarse de una autonomía suficiente para cumplir sus funciones
- c) Deberán desarrollarse normas de competencia y reglas éticas así como los procedimientos de selección y de formación de los mediadores
- d) Los servicios de mediación deberían estar bajo la vigilancia de un órgano competente.

En cuanto a la Unión Europea, la Directiva 2012/29/UE establece la obligación de que los Estados miembros faciliten la derivación de casos, cuando proceda, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación (art. 12.2 de la Directiva).

Con todo, para el establecimiento de directrices sobre los programas de justicia restaurativa no puede desconocer el contexto en el que va a ser aplicado, esto es, no debe sustraerse del contexto cultural, social y jurídico en el que pretenden ser aplicados. Por ello resulta de especial interés el establecimiento de ciertas indicaciones para el desarrollo de un modelo de atención en mediación penal en Chile que tenga en cuenta tales especificidades.

## **6.2.- Objetivos del programa de mediación penal llevado a cabo por los CAJ**

- Implementar un programa de mediación penal como complemento del sistema de justicia penal.
- Ofrecer una respuesta reparadora y reintegradora a la situación creada por el comportamiento delictivo.
- Generar un espacio de comunicación entre el ofensor y la víctima del delito, para poder tratar el conflicto subyacente a los hechos delictivos y/o establecer los escenarios futuros tras el suceso penal.
- Promover en los participantes una actitud activa y colaboradora en el proceso de mediación.
- Favorecer que la víctima se sienta protagonista del procedimiento y de la resolución, de modo que se tengan en cuenta sus necesidades.
- Favorecer una aproximación reintegradora del ofensor
- Establecer mecanismos permanentes de comunicación, colaboración y coordinación con los diferentes operadores del sistema de justicia penal.
- Evaluar la calidad del servicio y su impacto en el sistema de justicia penal
- Difundir el programa de mediación entre los diversos actores jurídicos y a la ciudadanía

## **6.3.- Metodología del proceso de mediación**

### **6.3.1.- Sistema de derivación de casos**

A nivel general, un caso puede llegar a conocimiento del Servicio de Mediación por diversas vías.

- Que alguna de las partes implicadas (víctima/ ofensor) se dirijan directamente al servicio.
- Que se tenga conocimiento a través de los abogados de alguna de las partes.
- Que será derivado por otra institución relacionada con la protección de víctimas o tratamiento de ofensores
- Por parte del sistema de justicia penal

Así, como ya apuntábamos más arriba, las derivaciones de casos a los Centros de

Mediación no sólo se producen por parte de Fiscalía sobre casos formalizados, sino que también se realizan derivaciones de casos no formalizados, ya sean conocidos a través de Fiscalía, de la Defensoría, de los Carabineros, del Centro de Atención de Víctimas de Delitos Violentos u otros órganos o entidades. Incluso puede provenir de la propia iniciativa del ofensor o de la víctima del delito, que puede acudir al Centro de Mediación como alternativa a denunciar los hechos. Ello hace preciso el establecimiento de criterios claros en orden a establecer qué casos de los conocidos por los Servicios de Mediación pueden considerarse penales, y cuáles podrían catalogarse en otro tipo de mediaciones, como la familiar o la comunitaria. La distinción no es baladí, pues como se ha tenido ocasión de analizar en este trabajo, la mediación penal se vincula a los principios y garantías que ofrece la justicia restaurativa, cosa que la diferencia de otro tipo de mediaciones no penales.

Se considerará materia penal, y por lo tanto susceptible de ser tratada de acuerdo con este modelo unificado de atención especializada en materia de mediación penal de adultos, los asuntos de los que tenga conocimiento el Centro de Mediación:

- a) Que hayan sido derivados por una instancia perteneciente al sistema de justicia penal, por ejemplo, la Fiscalía o el Juez de Garantías. En estos casos, la derivación por una de estas instancias hace innecesaria una ulterior evaluación por parte del mediador de la naturaleza penal del asunto. Ello con independencia de que durante el transcurso del proceso de mediación se aborde, además del hecho que posee indicios de ser delictivo, otros conflictos subyacentes que no revistan caracteres de ser penales pero que puedan estar en la base del hecho que ha generado la derivación.
- b) En caso que la derivación no se produzca por una de las instancias anteriores, el mediador deberá valorar si los hechos revisten caracteres de delito y/o si se puede identificar en los intervinientes en el proceso de mediación una víctima y un ofensor, aun cuando el caso no se encuentre formalizado en el sistema de justicia penal.

Con todo, y dado que la legislación procesal-penal chilena ofrece una vía de

desarrollo importante de la mediación penal a través del instituto de los acuerdos reparatorios y del principio de oportunidad que le asiste al Ministerio Público en determinados delitos, la figura del Fiscal resulta decisiva en la derivación de casos. En este sentido, se insiste en este trabajo en la necesidad de establecer acuerdos de colaboración estables entre el Ministerio Público y los Centros de Mediación, pues difícilmente podría ofrecerse a la ciudadanía un servicio de justicia restaurativa sin una colaboración estrecha entre el sistema de justicia penal y los Servicios de Mediación.

En esta línea, la justicia restaurativa tiende a ser entendida en algunos foros como un servicio de justicia a los que el ciudadano debe tener la oportunidad de acceder en condiciones de igualdad, siempre y cuando se trate de los casos en los que legalmente este procedimiento se encuentre permitido, lo cual implica que el ciudadano -en este caso la víctima y el ofensor- pueda estar informado de la existencia de estos procedimientos restaurativos. El derecho de acceso al servicio no implica sin embargo el derecho a realizar una mediación penal. O, dicho de otro modo, no todos los casos derivables legalmente pueden ser objeto de mediación. Como se ha desarrollado en el apartado cuarto de este trabajo, la mediación penal está regida por ciertos principios y finalidades, a las cuales debe orientarse el proceso y el resultado reparador, de modo que si no existen condiciones de igualdad, voluntariedad, capacidad de las partes para dialogar y adoptar un acuerdo reparador, entre otros aspectos, la mediación penal no podrá realizarse, aun tratándose de supuestos en los que legalmente pueda estar permitida.

Los Convenios de colaboración entre el Ministerio Público y los Servicios de Mediación deberán establecer los canales de comunicación por los que se derivará un asunto. Asimismo, el mediador deberá poder tener conocimiento antes de comenzar a conocer de un asunto, de todos los hechos y documentos que puedan resultar relevantes en el caso. Así, debería facilitarse, entre otros, los datos del ofensor y de la víctima, las declaraciones de las partes, los informes técnicos o periciales si existen o la solvencia del ofensor si consta en la causa. Ello resulta de especial importancia en la práctica ya que, según algunos de los Centros de Mediación consultados en Chile, existe un considerable número de casos en los que el organismo derivador no facilita todos los datos personales de las partes, como por ejemplo, el domicilio del ofensor. Ello imposibilita que pueda llevarse a cabo un proceso de mediación, pues alguna de las partes no podrá ser siquiera localizada. De este modo, no puede entenderse como derivado un caso si no constan los



datos esenciales identificativos y de contacto, tanto de la víctima como del ofensor, así como los elementos esenciales de la causa. Es recomendable también realizar unas indicaciones sobre el estadio procesal del caso y del plazo que se dispone para poder llevar a cabo la mediación penal. El plazo deberá tener en cuenta la complejidad y gravedad del caso así como las características socio-culturales de las personas implicadas y el estado de las comunicaciones postales y de otra índole en el territorio.

Se recomienda también la suscripción de convenios de colaboración con la Defensoría Pública, los Carabineros y el Centro de Atención de Víctimas de Delitos Violentos.

Ello implica necesariamente una mayor información y sensibilización de los responsables y empleados públicos de todas estas instituciones acerca de qué es la mediación, los objetivos que persigue, los principios que la inspiran y los resultados que se pueden alcanzar.

### **6.3.2.- Valoración de la viabilidad de un proceso de mediación penal**

Una vez se tiene conocimiento de los datos que se acaban de indicar, el mediador comenzará las entrevistas previas con el ofensor y la víctima -siempre por separado- para evaluar si la mediación es viable y explorar si pueden ser alcanzados los objetivos de intervención.

Si se dispone de los datos de contacto del ofensor y de la víctima del delito, el mediador debería comenzar por contactar con el ofensor para evitar, en principio, más molestias a la víctima si el ofensor decide no participar en el proceso. Incluso puede llevarse esta consideración hasta el punto de no contactar con la víctima mientras el ofensor no haya confirmado su participación, ya que de esta forma se puede evitar que la víctima tenga expectativas que, de ser posteriormente frustradas, puedan provocarle una nueva victimización.

El contacto con la víctima y el ofensor puede ir acompañado del contacto también por separado a sus respectivos abogados, para que éstos comprendan el sentido del proceso, no se sientan excluidos del mismo y puedan asesorar a las partes.

En las entrevistas previas, el mediador:

- ✦ Ofrecerá una acogida a la parte implicada, generando cercanía, seguridad y confianza.
- ✦ Ofrecerá información detallada de los derechos que le asisten a la persona
- ✦ Ofrecerá información sobre la naturaleza del proceso de mediación, sus objetivos, sus fases, reglas, consecuencias, ventajas y riesgos, así como el papel del mediador.
- ✦ Explicará de forma clara y comprensible la fase del procedimiento penal en la que se hallan y las consecuencias jurídicas que puede conllevar la conclusión de un acuerdo reparador.
- ✦ Recogerá datos personales y explorará la naturaleza del hecho o conflicto por el que ha acudido al servicio de mediación, pudiendo explorar las posibilidades reparatorias.
- ✦ Evaluará el interés, la necesidad y la capacidad de la persona entrevistada para participar en un proceso de mediación penal.
- ✦ Al término de la entrevista, y para confirmar que la persona ha entendido las explicaciones, se le pedirá que lo exprese. Una vez comprobado este extremo, se le mostrará el *documento de consentimiento informado de participación en la mediación* (ver Anexo) y se le leerá su contenido antes de ser firmado. Se hace una copia para la persona firmante y otra para el mediador que se incluirá en el expediente.

El hecho de que la víctima y el ofensor suscriban este documento no implica, obviamente, que se comprometan a participar en todo el proceso ni mucho menos que se comprometan a la adopción de un acuerdo reparador. De acuerdo con los principios de la justicia restaurativa, la participación del ofensor y de la víctima es voluntaria, de modo que éstos pueden interrumpir en cualquier momento el proceso y revocar su participación en el mismo, sin que ello deba tener consecuencias de ningún tipo (véase *supra*, el principio de voluntariedad y la confidencialidad del mediador). Tampoco implica, en consecuencia, que asuman compromiso alguno de alcanzar un acuerdo reparador. La suscripción del documento deja constancia únicamente de que la víctima o el ofensor ha sido informado de qué consiste el proceso de mediación, las normas de voluntariedad, respeto, cortesía de todos los intervinientes y de la obligación de confidencialidad del mediador,

expresando su deseo de participar de forma libre y voluntaria, pudiendo abandonar el mismo cuando lo desee, sin ninguna merma en sus derechos procesales.

Ello constituye una garantía tanto para las partes implicadas en el proceso de mediación como para el mediador, y establece las reglas de juego que serán utilizadas en el proceso restaurativo. Cualquier incumplimiento, por tanto, podrá provocar la interrupción del proceso de mediación.

El Centro de Mediación no podrá transmitir este documento al órgano derivador, como por ejemplo la Fiscalía, a no ser que medie un consentimiento tanto de la víctima como del ofensor. Ambos deben estar de acuerdo en dar a conocer su participación en el proceso al sistema de justicia penal.

El mediador, en las entrevistas previas, puede detectar que un caso no es susceptible de ser mediado. Algunos indicadores de casos no mediables son los siguientes:

- ✦ Falta de capacidad para comprender el sentido del procedimiento.
- ✦ Falta de voluntariedad auténtica en la participación en el proceso de mediación
- ✦ Falta de interés en encontrar una solución al conflicto
- ✦ Falta de interés en reparar el daño causado
- ✦ Actitudes exclusivamente vindicativas
- ✦ Falta de capacidad para defender posturas, aceptar propuestas y rechazar otras (falta de igualdad entre las partes)
- ✦ Actitudes violentas

El mediador que lleva a cabo las entrevistas previas, antes de proceder a declarar la inviabilidad de un caso, puede reunirse con los mediadores que integran el Centro para exponer el caso i/o informar al Coordinador del Servicio de tal circunstancia.

### **6.3.3.- El proceso de mediación**

#### **6.3.3.1.- Mediación directa**

##### a) Sesiones individuales

- ✦ Previamente a la sesión conjunta, se llevará a cabo al menos una sesión individual

con cada una de las partes (víctima y ofensor).

- ✦ En ellas se profundizará sobre las inquietudes y necesidades generadas por el hecho delictivo y sobre lo que se espera del proceso de mediación, explorándose las posibilidades de reparación.

#### b) Sesión conjunta de las partes

- ✦ Tras las sesiones individuales, se realizará una (o varias) sesiones conjuntas entre víctima y ofensor.
- ✦ La mediación deberá desarrollarse en un entorno seguro y cómodo, debiendo el mediador ser imparcial.
- ✦ El contenido de la misma se desarrollará en función de las necesidades y deseos de las partes.
- ✦ Si existe alguna duda jurídica que deba ser aclarada se interrumpirá la sesión, pudiéndose continuar más tarde.
- ✦ La sesión se puede interrumpir en cualquier momento si alguna de las partes decide no participar más en el proceso de mediación o si existe un riesgo para la seguridad de alguna de ellas.
- ✦ Se recomienda la utilización de mesas redondas para no enfrentar físicamente posiciones.

#### **6.3.3.2.- Mediación indirecta**

La mediación indirecta puede ser recomendada cuando:

- ✦ La víctima o el ofensor deseen comunicarse pero no a través de un contacto directo cara a cara.
- ✦ Exista algún riesgo leve a la seguridad de alguna de las partes. Si el riesgo es elevado puede plantearse la inviabilidad del caso.
- ✦ Exista en alguna de las partes algún tipo de vulnerabilidad que pueda ser superada mediante una mediación no presencial. Si la desigualdad entre las partes es grave puede plantearse la inviabilidad del caso.

Existen diversas modalidades de comunicación no presencial entre víctima y ofensor que pueden ser exploradas. La mediación indirecta más clásica es la también

llamada “de navette”. Ésta consiste en que el medio de comunicación entre las partes es el mediador, que se entrevista con una parte y transmite a la otra lo que le ha dicho la primera. Ello requiere por lo general diversas entrevistas con cada una de las partes. Otro tipo de mediación indirecta es aquella en que la comunicación entre las partes se produce a través de carta, correo electrónico o vídeo. Merecen también ser exploradas otro tipo de mediaciones no presenciales a través del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, como han mostrado en otros ámbitos las iniciativas de *online dispute resolutions*, a través de videoconferencia o mediante programas como Skype. Ello permite una comunicación directa entre ofensor y víctima pero sin los inconvenientes que pueda suponer un encuentro presencial.

#### **6.3.4.- Finalización del proceso: el acuerdo reparatorio y su monitorización**

Cabe poner de manifiesto, en primer lugar, que la reparación puede producirse en el mismo proceso. Así, como ya se ha indicado, el propio proceso puede producir beneficios a ambas partes, que puede constituir ya un resultado reparatorio aun cuando no consista éste en una prestación futura ni se encuentre plasmado en un documento. Por lo demás, la reparación puede ser inmaterial (por ej., pedir disculpas) o material (prestación económica, trabajos comunitarios, no acudir a determinados lugares, seguimiento de programas educativos u ocupacionales, entre otros).

Los acuerdos reparatorios deberán:

- ✦ Ser adoptados voluntariamente por las partes
- ✦ Ser razonables y de posible realización
- ✦ Respetar la dignidad del ofensor

Una vez adoptados voluntariamente, se pondrán por escrito en el *documento de compromiso de realización de acciones reparatorias* (ver ANEXO), donde se consignará de manera clara el contenido del acuerdo reparatorio, el plazo de cumplimiento y el sistema de seguimiento y de verificación del cumplimiento.

El establecimiento de un sistema de control de cumplimiento del acuerdo reparatorio y su efectiva realización constituye una pieza clave para que la mediación penal cumpla

sus objetivos y muy a menudo en la práctica de diversos países es uno de los aspectos más descuidados. En Chile, si el proceso de mediación se enmarca en el contexto del acuerdo reparatorio previsto en el Código Procesal Penal, puede el sistema de justicia ofrecer una cierta garantía de cumplimiento, pues sólo surtirá efectos jurídicos la mediación penal, provocando el sobreseimiento de la causa, cuando efectivamente se hayan cumplido las prestaciones. En cambio, cuando la mediación penal no se enmarque dentro de los acuerdos reparatorios, deberán establecerse con más precisión si cabe las normas de cumplimiento del acuerdo, esto es, establecer un plazo de cumplimiento y encargar a alguna persona la vigilancia y control del mismo (puede, por ejemplo, encargarse a algún familiar o persona de confianza de las partes o al propio mediador).

En el modelo de atención se propone un seguimiento del acuerdo por parte del mediador. Este seguimiento consistirá en una llamada telefónica por parte del mediador que ha conducido el proceso a la víctima y al ofensor una vez transcurrido el plazo establecido para el cumplimiento del acuerdo. El objetivo de tal seguimiento es ofrecer un servicio de calidad y a la vez integral a los participantes en un proceso de mediación, pudiendo servir también de base para la elaboración y presentación de resultados de los procesos de mediación. En este punto cabe recordar nuevamente que el acuerdo reparatorio y su cumplimiento es voluntario, de modo que el mediador carece de facultades coercitivas para su cumplimiento, puesto que no depende de él. Tampoco necesariamente deben derivarse consecuencias jurídicas de tal incumplimiento, a no ser que el proceso de mediación penal se enmarque en el seno de un procedimiento penal en curso, como el acuerdo reparatorio. Con todo, en algunos casos el mediador puede reconducir alguna situación de incumplimiento, celebrando un nuevo proceso de mediación o estableciendo nuevos plazos de cumplimiento si las partes están de acuerdo en ello.

Si las partes consienten, el contenido del acuerdo reparatorio puede ser comunicado al Fiscal o a otras autoridades del sistema de justicia penal, debiéndose establecer los canales de comunicación en los Convenios de colaboración entre los Servicios de Mediación y las autoridades penales. En cambio, no se podrá comunicar en principio el contenido de las sesiones que han conducido al acuerdo.

## 6.4.- El estatuto del mediador

### 6.4.1.- Funciones del mediador durante el proceso

El mediador penal deberá:

- Informar a la víctima y al ofensor sobre el proceso de mediación, los principios que la inspiran y el funcionamiento del proceso, así como los derechos y obligaciones que le asisten.
- Informar de la posibilidad de consultar a un abogado, antes y durante el proceso de mediación.
- Informar a la víctima y al ofensor sobre las consecuencias jurídicas que pueda implicar la conclusión de un acuerdo reparador.
- Asegurarse de que tanto la víctima como el ofensor son capaces de entender y entienden el proceso de mediación, las consecuencias que puede generar su realización y que consienten libre y voluntariamente en la participación en el proceso.
- Respetar la dignidad de la víctima y el ofensor y velar para que éstos actúen con respeto mutuo.
- Asegurar un entorno seguro y confortable para la mediación.
- Ser imparcial
- Ser sensible a la vulnerabilidad de las partes e impedir que se ejerza poder por alguna de las partes. En caso de vulnerabilidad de alguna de ellas, ser capaz de utilizar técnicas de *empowerment* o interrumpir el proceso de mediación en caso que se detecte un riesgo de revictimización.
- Comprobar que existe una equidad o cierta igualdad entre la víctima y el ofensor, en el sentido de que durante el proceso de mediación puedan éstos defender sus ideas y puntos de vista, aceptar algunos acuerdos y rechazar otros.
- Respetar el principio de confidencialidad del proceso de mediación, de manera que:
  - a) En caso de que no se pueda iniciar un proceso de mediación, indicar tan sólo al órgano derivador que “no se ha localizado a alguna de las partes”, “alguna de las partes no desea participar”, sin especificar los motivos ni si es la víctima o el ofensor que no desean participar en el proceso.

- b) En caso de que se desarrolle una mediación penal y no se pueda llegar a un acuerdo reparador, indicar al órgano derivador que “no se ha podido alcanzar un acuerdo reparador”, sin especificar los motivos por los cuales no se ha podido llegar a un acuerdo y sin identificar si es la víctima, el ofensor o ambos los que no desean concluir el acuerdo.
- c) En caso de que se haya podido alcanzar un acuerdo reparador, indicar al órgano derivador, cuando proceda y si las partes consienten, el contenido del acuerdo reparador, pero no el contenido de las sesiones de mediación.
- d) En ningún caso deberá revelarse el contenido de lo deliberado en el proceso de mediación. Se exceptúa de esta regla general:
  - d.1.) En caso de que el mediador tenga conocimiento de la inminencia de la comisión de una infracción grave.
  - d.2) Aquello que las partes acuerden libremente que puede ser revelado.

Deberían preverse mecanismos de reclamación y queja ante el incumplimiento de las funciones y deberes del mediador.

#### **6.4.2.- La formación del mediador**

Una atención específica debe prestarse a la formación del mediador, dada la importancia de las funciones y deberes que se le encomienda en el proceso de mediación, que se acaban de señalar.

Este aspecto ha sido objeto de una atención particular por parte del Consejo de Europa, el cual recomienda que los mediadores sean capaces de comprender las culturas y comunidades locales, hacer prueba de sano juicio y de las cualidades relacionales necesarias para el ejercicio de sus funciones. Respecto a su formación, se recomienda que reciban una formación inicial antes de ejercer sus funciones y después una formación continuada. Esta formación deberá asegurar un nivel de competencias elevado sobre aptitudes para regular conflictos, teniendo en cuenta las exigencias específicas que implica el trabajo con víctimas y delincuentes, recomendándose además un conocimiento sobre el sistema judicial.

También hace hincapié en algunos de estos aspectos la reciente Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, la cual establece que los servicios de justicia



restaurativa deben ser competentes y seguros (art. 12.1). Para ello, se prevé que los Estados miembros fomenten iniciativas mediante las que se posibilite que las personas que prestan servicios de justicia restaurativa reciban una formación adecuada al tipo de contactos que mantengan con las víctimas y observen normas profesionales para garantizar que tales servicios se prestan de manera imparcial, respetuosa y profesional (art. 25.4 de la Directiva).

En la línea indicada, el mediador penal debería poseer, además de las capacidades y habilidades en la gestión y resolución del conflicto propias de un mediador, una formación específica en mediación penal, que comprende:

- Conocimientos sobre el marco teórico de la justicia restaurativa y sus principios inspiradores así como las técnicas de mediación específicamente en materia penal.
- Conocimientos sobre el derecho penal y el proceso penal chileno, dado que deberá informar a las partes sobre las eventuales consecuencias jurídicas que puedan derivarse de la conclusión de un acuerdo reparador.
- Conocimientos sobre victimología, que comprende el conocimiento de los procesos de victimización y del impacto que puede provocar el delito. Ello le servirá para reconocer situaciones de riesgo de victimización, en las que una mediación penal podría ser contraproducente y para disponer de estrategias adecuadas de comunicación con las partes.
- Conocimientos en criminología, que le ayuden a comprender la posición del ofensor, las causas de la criminalidad y los mecanismos de prevención y control del delito.
- Conocimientos sobre las redes y servicios de apoyo a la víctima y al ofensor, que pueden ser utilizadas para informar de su existencia a la víctima o el ofensor si lo precisan o pueden ser utilizadas para concretar el contenido del acuerdo reparador (piénsese, por ejemplo, en que las partes propongan la realización de algún tipo de trabajo comunitario o el seguimiento de programas de desintoxicación)

## 6.5.- El papel del abogado en el proceso de mediación

El abogado puede constituir una de las piezas clave tanto en el fomento y desarrollo de la mediación penal como en el apoyo al ofensor y la víctima del delito a la hora de iniciar un proceso de mediación y en la conclusión de acuerdos reparadores.

Así, en cuanto a la primera cuestión, no debe desdeñarse la posibilidad de que los abogados aconsejen a las personas cuyos intereses defienden llevar el caso a los Centros de Mediación. Teniendo en cuenta los resultados positivos de algunos estudios de meta-análisis referidos a la satisfacción de víctimas y ofensores tras el seguimiento de un proceso restaurativo –cifras que oscilan entre el 70 y el 90%, como se ha expuesto con anterioridad- es de esperar que, tras un mayor conocimiento de las potencialidades de la mediación por parte de los Abogados, éstos recomienden a sus clientes el seguimiento de programas restaurativos en algunos casos, con el objeto de ofrecer un servicio al cliente que resuelva su problemática penal lo más satisfactoriamente posible.

Con todo, la función del abogado en el seno de un proceso de mediación diverge de las funciones que a éste se le encomienda cuando el asunto penal es tratado por parte del sistema de justicia penal. Así, mientras que en este último caso la defensa del procesado consiste en ocasiones en la negación de los hechos y en la búsqueda de la solución más ventajosa para éste, la mediación penal se rige por otros principios y parámetros. En esta línea, y como característica fundamental, el asunto penal deja de estar en manos de profesionales –Fiscales, Abogados, Juez- para pasar a ser protagonistas los directamente implicados en el hecho, esto es, la víctima y el ofensor. Sin embargo, ello no significa que el abogado deba desentenderse de todo el proceso, ya que puede ejercer relevantes funciones de asesoramiento a las partes. Así, en primer lugar, puede informar al ofensor y a la víctima del delito sobre el estadio del proceso penal en el que se halla el caso, sobre las posibles consecuencias jurídicas que podrían derivarse del seguimiento de un proceso de mediación penal y de la adopción de un acuerdo reparador y sobre otras alternativas que pueden coadyuvar a la solución del asunto. Por otra parte, en el momento de la adopción del acuerdo reparador, puede el abogado asesorar a su cliente sobre la corrección, la proporcionalidad y las ventajas o inconvenientes del acuerdo. La justicia restaurativa requiere por parte de los abogados un cambio cultural y una adaptación de su rol a principios y objetivos que son distintos de los que rigen en la

lógica adversarial propia del proceso judicial penal.

Establecidas pues estas funciones de relevancia, resulta necesario precisar que el abogado puede acompañar a su cliente al centro de mediación y puede informar a éste cuando lo desee de cuantas cuestiones jurídicas desee consultar. Sin embargo, no puede asistir ni participar en la sesión conjunta de mediación, pues en este caso es únicamente el ofensor y la víctima del delito, con ayuda del mediador imparcial, quienes adquieren protagonismo en la resolución del hecho que les ha conducido al proceso de mediación. Con todo, cualquiera de las partes puede interrumpir el proceso de mediación para consultar a su abogado y puede también consultarse el mismo antes de suscribir un acuerdo reparador.

## **6.6.- Evaluación del programa**

La implementación de un programa de mediación penal debe prever su evaluación. Así se establece, entre otros documentos, en los *Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal de Naciones Unidas*, al prever el punto 22 que los Estados miembros deberán promover la evaluación de los programas restaurativos “para determinar en qué medida producen resultados restaurativos, sirven de complemento o alternativa al proceso de justicia penal, y arrojan resultados positivos para todas las partes. Los procesos de justicia restaurativa pueden requerir cambios concretos con el paso del tiempo”. En esta línea, la *Recomendación del Consejo de Europa sobre mediación en materia penal* (Rec(99)19) recomienda que los gobiernos de los Estados miembros deberán promover la investigación sobre la mediación en materia penal y la evaluación de esta última.

La evaluación permite disponer de información sobre el funcionamiento del programa en vistas a poder introducir mejoras. Como se ha visto anteriormente, la evaluación puede basarse en los siguientes instrumentos:

- Encuestas de satisfacción a víctimas y a ofensores
- Análisis de reincidencia, que requieren un estudio longitudinal en el que pueda examinarse la tasa de reincidencia de los infractores que han participado en procesos de mediación

- Encuestas de valoración del impacto emocional del delito y de los efectos de la mediación penal en las víctimas.

La forma de evaluación que tiene mayores garantías de fiabilidad es una evaluación externa, que el Departamento responsable del programa puede encargar a un equipo de investigación por vía de adjudicación directa o a través de un concurso público. La evaluación, si arroja resultados positivos, permite también difundir los resultados entre las autoridades con capacidad de derivación de casos y entre los profesionales involucrados de modo que se incremente la confianza en el programa. Uno de los problemas prácticos que debe enfrentar el diseño y la ejecución de una evaluación es el acceso a los datos personales de los participantes en la mediación, especialmente datos sensibles como son los de las víctimas, cuya cesión a Universidades o entidades externas que realizan la evaluación puede vulnerar la legislación de protección de datos. Por ello es necesaria la colaboración con la entidad gestora del programa, para que pueda recabar el consentimiento de los titulares de los datos para cederlos a fin de poder ser entrevistados.

#### **6.6.- Difusión y sensibilización**

Para un óptimo desarrollo de la mediación penal, resulta de especial interés la información y sensibilización de todos los actores que puedan verse involucrados en la mediación penal, especialmente de aquellos con capacidad para derivar casos o los que se puedan encontrar en contacto directo con la víctima o el ofensor (Fiscales, Jueces y Tribunales, Abogados, Servicios de asistencia a la víctima, entre otros). También resulta importante la información a la ciudadanía en general sobre estos mecanismos de justicia restaurativa ya que constituyen nuevos canales de solución al problema penal menos adversariales y más constructivos allí donde puedan ser aplicados.

De este modo, la información y sensibilización sobre los objetivos que se persiguen con la mediación penal, sobre los principios que la inspiran y sobre los resultados empíricos que los estudios evaluativos revelan, poseen una triple virtualidad:

- Una mayor información puede generar una no oposición respecto a iniciativas restaurativas por parte de algunas instancias, de modo que se muestren más

proclives a derivar casos a los Servicios de Mediación, cuando tengan competencia para ello. Se pueden crear así lazos de cooperación estables que son también garantía de un servicio de calidad.

- Un mayor conocimiento de la mediación penal por parte de profesionales que no tengan competencias específicas en la derivación es importante también, pues en su ámbito de competencia profesional pueden informar a los usuarios de las posibilidades que la mediación penal ofrece.
- El conocimiento de la ciudadanía en general sobre los mecanismos de justicia restaurativa contribuye a la universalización del acceso a un servicio de justicia menos adversarial.

## 7.- BIBLIOGRAFÍA

- Acorn, A., "Compulsory Compassion: a critique of Restorative Justice", Vancouver 2004.
- Alastuey Dobón, M.C., "La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales", Valencia 2000.
- Bazemore, G. / Walgrave, L., "Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime", Monsey, 1999;
- Bennett, R., "Restitution: A new paradigm of criminal justice", *Ethics* 87:4, 1977.
- Casanovas / Magre / Lauroba (dir.), "Llibre blanc de la mediació a Catalunya", Generalitat de Catalunya 2010.
- Christie, N., "Conflicts as property", *British Journal of Criminology*, nº 17, 1978;
- Christie, N., "Los conflictos como pertenencia", en "De los delitos y las víctimas", Buenos Aires 1992.
- McCold, P. / Wachtel, T., "En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa", 2003, en [www:restorativepractices.org](http://www.restorativepractices.org).
- De Greif, P., "Justice and reparations", en De Greif (ed), "The Handbook of Reparations", Oxford 2006.
- Díaz Gunde, A.: "La experiencia de la mediación penal en Chile", *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, 2010.
- Fattah, "Victimology: Past, Present and Future";
- Foucault, M., "La verdad y las formas jurídicas", en "Estrategias de poder" (trad. Varela / Álvarez Uría), Barcelona 1999;
- García Albero / Tamarit Sumalla, "La reforma de la ejecución penal", Valencia 2004.
- Garland, D., "Castigo y sociedad moderna", Mexico 2006.
- Garro Carrera, E., "Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21-4 del Código penal)", Universidad del País Vasco 2005.
- Guardiola Lago, M.J.: "La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal", *Revista General de Derecho Penal*, vol. 12, 2009.
- Guardiola Lago, M.J.: "Los programas de mediación ejecutados actualmente en España", en Tamarit Sumalla, J.M. (Dir): *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Guardiola Lago/ Albertí Cortés/ Casado Coronas/ Martins da Silva/ Susanne.: "¿Es el conferencing una herramienta útil para los programas de mediación en el ámbito penal del Departamento de Justicia?", *CEJFE*, 2012.
- Guardiola Lago, M.J.: "La mediación autor-víctima en los centros penitenciarios: una polémica cuestión", en Castillejo Manzanares: *La mediación, nuevas realidades, nuevos retos*, La Ley, 2013.
- Heylen / Parmentier / Weitekamp, "The Emergence of "Holistic Reconciliation": Lessons Learned from Victims and Offenders inside the South African Truth and Reconciliation Commission", en *International Perspectives in Victimology*, v.5, n.1, 2010
- Highton, E.I. / Alvarez, G.S / Gregorio, C.S., "Resolución Alternativa de Disputas y Sistema penal", Buenos Aires 1998;
- Kellens (dir), "Le développement d'un concept de justice restaurative dans le cadre carcéral", documento inédito, Universidad de Liège, 2000;

- Larrauri, E., “Tendencias actuales de la Justicia restauradora”, en *Serta in memoriam Alexandra Baratta*, Salamanca 2004;
- Manzanares Samaniego, J.L.: “Mediación, reparación y conciliación en el Derecho penal” Comares, 2007
- Marshall, T., “Criminal Mediation in Great Britain 1980-1996”, en “European Journal on Criminal Policy and Research”, 1996, nº 4
- Morris / Maxwell, “Restorative Justice for Juveniles”, Oxford 2001;
- Parker, L., “Developing restorative practices in Latin America”, en Albanese, J., “Current Issues in International Crime Prevention and Criminal Justice”, Milano 2004, p. 39 ss;
- Reyes Mate, “La Ética ante las víctimas”, Madrid 2003;
- Roig Torres, M., “La reparación del daño causado por el delito”, Valencia 2000
- Roxin, C., “Hat das Strafrecht eine Zukunft?”, en “Gedächtnisschrift für Heinz Zipf”, Heidelberg 1999,
- Shapland et al, “Restorative justice: the views of victims and offenders. The third report from the evaluation of three schemes”, Ministry of Justice Research 3/07, 2007-
- Smith, M.A., “Restorative Justice is a human right. A transformative discourse within UN paradigms”, en Albanese, J., “Current Issues in International Crime Prevention and Criminal Justice”, Milano 2004, p 71 ss.
- Tamarit, “La mediación reparadora en la Ley de responsabilidad penal del menor”, en Gonzalez Cussac / Tamarit Sumalla / Gómez Colomer, “Justicia penal de menores”, Valencia 2002.
- Tamarit, “La introducción de la justicia reparadora en la ejecución: ¿una respuesta al rearme punitivo?” en Revista General de Derecho Penal, núm 1, Iustel 2004.
- Tamarit, “La víctima en el Derecho penal”, Pamplona 1998.
- Tamarit, “La atenuante de reparación en la jurisprudencia”, Revista General de Derecho penal 2007.
- Tamarit, “Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición”, InDret 2010.
- Tamarit / Villacampa, “Victimología, justicia penal y justicia reparadora”, Bogotá 2006.
- Tamarit / Villacampa / Fililla, “Secondary victimisation and victim assistance”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2010.
- Tamarit (coord.), “La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones”, ed. Comares, Granada 2012.
- Tamarit , “Restorative justice: a new view”, en *Restorative justice: an international journal*, 2013, v. 1, n. 1.
- Umbreit, M., “The Handbook of Victim Offender Mediation – An Essential Guide to Practice and Research”, University of Minnesota, 2000
- Umbreit, M. / Coates, R.B. / Vos, B., “The impact of restorative justice conferencing: a multi-national perspective”, en “British Journal of Community Justice”, vol 1, 2002
- Umbreit, M. / Vos, B. / Coates, R.B. / Brown, K.A., “Facing violence: the Path of Restorative Justice and Dialogue”, 2004.
- Van Ness, D.V., “Restorative justice”, en Galaway, B./ Hudson, J., “Criminal justice, restitution and reconciliation”, Willow Tree Press, USA, 1990;
- Von Hirsch, A./ Roberts, J./ Bottoms, A./ Roach, K./ Schiff, M. /ed.), “Restorative Justice & Criminal Justice”, Oxford 2003;
- Walgrave, L., “La justice restaurative: à la recherche d’une théorie et d’un programme”, en Criminologie, vol 32, monográfico “La justice réparatrice”,

Montreal 1999;

- Zehr, H. “Retributive justice, restorative justice, alternative justice paradigm”, 1985;
- Zehr, H., “Changing lenses: a new focus for crime and justice”, Scottsdale 1990.



## 8. ANEXOS

|

---

## DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

---

D./ Dña ..... con cédula de identidad núm ....., Mediador/a perteneciente al Centro de Mediación ..... de la Región .....

### MANIFIESTA

PRIMERO.- Que se ha puesto en contacto con D./ Dña ..... con cédula de identidad núm ..... y domicilio en ....., manteniendo una entrevista personal en la que se le ha informado:

- a) De la naturaleza del proceso de mediación, sus objetivos, fases y normas.
- b) De los principios que inspiran el proceso, particularmente de la voluntariedad de participar en el proceso –revocable en cualquier momento del mismo- y de la comunicación respetuosa con todos los participantes en el proceso.
- c) Del papel del mediador en el proceso, particularmente de su imparcialidad y su deber de confidencialidad.
- d) De la fase procesal en la que se encuentra el caso y los posibles efectos jurídicos que podría generar la conclusión de un acuerdo voluntario de reparación.

SEGUNDO.- D/ Dña ..... manifiesta entender en qué consiste éste proceso, así como la aceptación de las normas que lo inspiran y su deseo de participar de forma libre y voluntaria, pudiendo abandonar el mismo cuando lo desee, sin ninguna consecuencia ni merma en sus derechos procesales.

En prueba de conformidad, lo firma junto al mediador que va a participar en esta mediación.

En ....., a..... de..... de 2013.

Firma del Mediador

Firma del ofensor ó víctima

---

DOCUMENTO DE COMPROMISO DE REALIZACIÓN DE ACCIONES REPARATORIAS

---

En ..... a .... de..... de 2013

REUNIDOS

De una parte, D./ Dña ..... con cédula de identidad núm  
..... y domicilio en .....

Y de otra parte, D./ Dña ..... con cédula de identidad núm  
..... y domicilio en .....

En presencia de D/ Dña ..... con cédula de identidad núm  
..... Mediador/a perteneciente al Centro de Mediación de ..... de la Región de  
.....

ACUERDAN

Que después de haber participado en el proceso de mediación, de forma libre y voluntaria, presidido por los principios de confidencialidad e igualdad, tras el desarrollo de sesiones individuales, celebradas los días ..... y de sesión/es conjunta/s los días .....

Después haber expuesto los distintos pareceres sobre los hechos y las posibles alternativas para efectuar una reparación adecuada a las posibilidades y necesidades de ambos, PACTAN los siguientes acuerdos:

Actividad o acción reparatoria .....(descripción de la actividad)

Fecha de inicio prevista .....

Fecha de finalización prevista .....

Observaciones o aclaraciones (si las hubiere)

(Firma ofensor)

(firma víctima)

(firma mediador)