

MEDIACION PENAL

Octavio Pino Reyes¹

INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende analizar el tema de la mediación, que si bien ha sido desarrollado en distintas áreas del derecho, principalmente ligadas a temas de familia, su aplicación en materia penal ha sido prácticamente nula, prescindiéndose así de una importante herramienta que podría ser utilizada con éxito en la solución de conflictos penales.

La razón del tema radica en que hoy, como nunca antes, se presenta un escenario propicio para la búsqueda de soluciones alternativas a la condena penal, donde la mediación ha sido doctrinariamente una de las que ha tenido mejores resultados a nivel comparado. Este escenario se ha dado, en gran parte, con la implementación de la reforma procesal penal en la Región Metropolitana, a lo que se han sumado distintos cuerpos legales que vienen, tímidamente, a incorporar salidas alternativas a la pena.

Por lo anterior, nuestro trabajo tiene como objetivo analizar las posibilidades de introducir la mediación en nuestro sistema penal, con miras a que en el futuro la sociedad cuente con más herramientas que la tan desprestigiada y cuestionada “pena” para la resolución de los conflictos sociales.

Ahora, para el desarrollo de nuestro tema, el presente artículo se ha estructurado sobre la base de dos capítulos. En el primero, se pretende explicar por qué es necesaria la mediación en materia penal y como se llega a ella, a la vez que precisar algunos conceptos tales como mediación, conciliación y reparación. Luego, en el segundo capítulo se analizará cual es la cabida que tiene y puede tener la mediación en nuestro sistema penal.

I.- POR QUÉ ES NECESARIA LA MEDIACIÓN COMO FORMA ALTERNATIVA A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENALES

La resolución de los conflictos sociales, es una de las principales aspiraciones de los Estados democráticos modernos, quienes tienen como una de sus finalidades alcanzar el bienestar social de su población. Este bienestar se ha pretendido obtener utilizando un sin número de herramientas, dentro de las cuales, la más recurrente ha sido el derecho, y específicamente, el derecho penal y la aplicación de una pena para aquel que no respete las normas que las sociedades se han dado para alcanzar sus fines. Esta respuesta ha demostrado ser insuficiente y muchas veces contraria a los fines socialmente perseguidos, motivo por el cual

¹ Abogado, Magister © Derecho Penal, profesor Derecho Procesal Penal y Ejecución Penal.

hoy se buscan soluciones alternativas que puedan satisfacer los anhelos de justicia que la sociedad demanda.

En el marco de este anhelo, de buscar una solución justa y adecuada, nos encontramos con la “resolución alternativa de los conflictos”, que abarca una amplia gama de acciones y procesos que tratan al conflicto desde distintas perspectivas y buscan su resolución por métodos tales como arbitraje, conciliación, mediación y negociación, entre otros.

Creemos que la decisión del juez, quien aplica la ley bajo amenaza de coerción -sentencia-, no debe ser la única forma institucional de resolución de conflictos, pues ésta ha demostrado ser incapaz de solucionar el tan sobredimensionado problema de la delincuencia, a la vez que la aplicación de la pena como única alternativa ha demostrado ser un factor de nuevos conflictos y de mayor violencia social, pues la víctima no se siente reparada ni siente satisfechas sus expectativas de justicia, a la vez que el victimario se inserta en un sistema que jamás lo rehabilitará, muy por el contrario, lo estigmatizará, cerrándole las puertas para cualquier intento de reinserción, promoviéndose con ello la reincidencia, con lo que la rueda, de nuestro círculo vicioso, sigue creciendo, indefinidamente.

De esta manera, estimamos que, la aplicación de la pena podría verse complementada por una solución alternativa, que considere los intereses de las partes, tanto víctima como victimario, sin que con ello el Estado pierda su fin de solucionar los conflictos sociales. De esta manera la sentencia judicial quedaría limitada a resolver situaciones extremas y excepcionales.

Pretender que el sistema judicial entregue una solución, a través de una sentencia, al cien por cien de los casos que se someten a su resolución, es una falacia, pues la historia nos ha demostrado la manifiesta ineficacia e ineficiencia del sistema judicial y en especial del sistema penal para brindar una adecuada respuesta a la resolución de todos y cada uno de los conflictos sociales que ingresan al sistema.

Por lo anterior, la potestad punitiva del Estado debe plantearse con una dosis de relatividad, lo que significa entender que no es posible que todo conflicto social se resuelva mediante el derecho sancionatorio. Pretender lo contrario, ha producido en la sociedad una creciente desconfianza en el sistema jurídico, provocando de esta forma una sensación generalizada de “injusticia” en la población.

Frente a esta deslegitimación del sistema judicial, y especialmente penal, han surgido respuestas político - criminales de contracción del derecho penal -minimalistas- o de su abolición –abolicionistas-². La corriente abolicionista, niega legitimidad a los sistemas penales tal como funcionan en la realidad actual, y

² Highton, Elena; Alvarez, Gladys; Gregori, Carlos: “Resolución alternativa de disputas y sistema penal “. Editorial Ad-

como principio general postula la abolición radical de los mismos y la asunción de la solución de los conflictos por instancias informales. En este sentido, se sostiene que las normas del sistema de justicia penal no han cumplido la función esperada, y que éste opera con los mismos valores que dice combatir; además degrada al ser humano y lo estigmatiza; por otro lado la ejecución de la pena no cumple la función de rehabilitar sino más bien su resultado es estéril y aniquila al sujeto al producirle efectos irreparables, siendo así la privación de libertad el exponente más nocivo del sistema.

Por su lado, la corriente minimalista, si bien también parte de la base de la deslegitimación del sistema penal, lo propone como alternativa mínima que considera “necesaria como mal menor”, reduciendo la respuesta del sistema a los casos más graves y extremos. En este sentido, el derecho penal mínimo entiende que no siempre se protegen bienes jurídicos fundamentales, por lo que propugna la despenalización de hechos de poca trascendencia social sustituyendo el castigo por formas más eficaces, menos costosas y con menos efectos desocializadores.

Surge de este modo la sanción penal como “*última ratio*” a la que se debe recurrir solamente a falta de otro tipo de soluciones frente a conductas disvaliosas, ya que un Estado de Derecho debe garantizar los derechos humanos y, las medidas coercitivas deberían aplicarse en la menor medida, con el intento de acudir a opciones más efectivas, que puedan sustituir la privación de libertad.

Sin adscribirse en el abolicionismo ni minimalismo, existen corrientes desjudicializadoras³, que propugnan un tratamiento diverso del delito, dando una solución alternativa a los conflictos, con la finalidad de encontrar una solución privada a estos y en la búsqueda del decongestionamiento del aparato judicial, como es, entre otras, la utilización de la mediación. Se trata de fórmulas más naturales, comprensibles y menos lesivas de respuesta o reacción frente al conflicto. De esta manera, en la base de la mediación penal está el reconocimiento y toma de conciencia del fracaso del sistema punitivo, principalmente carcelario, la creciente preocupación por las víctimas, la falta de satisfacción con la forma de tratar y castigar al ofensor y la conciencia de que existen otras alternativas a los métodos tradicionales de resolución de conflicto.

Ahora, detengamos brevemente en los efectos y consecuencias que el tradicional sistema penal genera en los principales intervinientes del conflicto:

I. 1.- La Víctima

Cuando el Estado interviene en un hecho constitutivo de delito, como consecuencia del sistema de legalidad e indisponibilidad de la acción penal, se

Hoc, B. Aires, 1998, paginas 31 y siguientes.

arrebata el conflicto a las personas originalmente involucradas en él, a tal punto que tratándose de una acción penal pública, nada importa que el ofendido o víctima quiera retirar su denuncia.

Así, aparece la víctima excluida de cualquier participación en su propio conflicto frente al Estado, quien es el portador del monopolio de la fuerza erigido como garante de las condiciones de vida pacífica elementales. Sus intereses dentro del sistema penal quedan reducidos a una disputa privada, pues no hay reparación alguna ni restitución al estatus quo anterior, tan sólo se la incluye como objeto del proceso penal, con la finalidad de “esclarecer la verdad”.

El desarrollo de la noción de bien jurídico ha contribuido a distanciar a las víctimas de su conflicto, toda vez que la ley ofrece protección a favor de una entidad abstracta convirtiendo de esta manera al Estado en titular del conflicto.

Los movimientos de apoyo a las víctimas de delitos advirtieron sobre la importancia de que se vean atendidas las consecuencias lesivas provocadas por la conducta delictiva, así como la problemática situación de las víctimas en el procedimiento penal, la llamada “victimización secundaria”, poniéndose de relieve la necesidad de atender, también desde el derecho penal y sus instrumentos de reacción, a la víctima, a su situación y problemática tras el hecho delictivo. La recuperación de la víctima, implica no sólo que el Estado no le robe su legítima expectativa de intervenir y opinar sobre su significado, sino también que esa participación pueda desarrollarse en una forma que sea comprensible para la víctima.

I.2.- Infractor

La reacción del sistema penal frente al infractor por excelencia es la privación de libertad, a tal punto que han llegado a confundirse en la práctica, pena y cárcel. Sin entrar a cuestionar los fines de la pena o bien el objetivo perseguido con su aplicación, lo que escapa a las aspiraciones de este artículo, abordaré brevemente las consecuencias perniciosas de este tipo de castigo.

La utilización de la cárcel como medio para conseguir la readaptación social o resocialización del infractor, se confronta con la naturaleza humana ya que el hombre es un ser social, lo que lo mueve indefectiblemente a unirse a sus semejantes. Si se parte de la premisa de la necesaria sociabilidad del hombre, no es posible conseguir la readaptación de éste aislándolo de la comunidad por el incumplimiento de los preceptos dados, y pretender que pueda reinsertarse en la sociedad tras haber aprehendido los valores conculcados en aislamiento. La realidad demuestra que la prisión termina de excluir al infractor del conjunto social,

³ Ob. Cit en nota 1 páginas 33 y siguientes.

pues es la misma sociedad quien los rechaza y los estigmatiza.

En efecto, resulta evidente la imposibilidad de llevar a cabo un proceso de resocialización en personas segregadas dentro de una colectividad que prescinde de la más elemental referencia a los valores que favorece esa comunidad. En este sentido, el Estado se apropia de la vida del delincuente, quien pierde totalmente el control de la misma, sometiéndolo a una disciplina para la total sumisión y humillación, ejerciendo violencia sobre él a un punto que no parece pertenecer a la condición humana. La permanencia en un establecimiento penitenciario altera la funcionalidad psicológica de la persona originando síndromes psicopatológicos específicos de la privación de libertad⁴.

Además, la cárcel es reproductora de criminalidad, el penado sale igual – en el mejor de los casos- o peor de cómo ingresó a ella, debido al aprendizaje delincencial. Por otro lado, los presos están expuestos a malos tratos, tortura, vejámenes y amenazas, lo que unido a la privación de libertad, genera una patología cuya característica es la agresión⁵.

En consecuencia, es posible afirmar que la pena privativa de libertad es totalmente ineficaz y contraproducente, y ha transformado al condenado en una verdadera víctima del sistema penal.

Como reacción a esta realidad ha surgido lo que se denomina “movimiento descarcerario” y de “derivación” de tratamiento del delincuente⁶ a instancias no formalizadas, lo que ha generado respuestas alternativas menos lesivas frente al conflicto.

Dentro de estas, en nuestro sistema se pueden señalar las siguientes:

a.- Medidas anteriores al juicio:

- Despenalización de determinadas conductas.

b.- Medidas alternativas al juicio:

- Salidas alternativas
- Acuerdos reparatorios
- Mediación, negociación.

c.- Medidas aplicables durante el juicio:

- Aquellas que restringen la prisión preventiva, tales como medidas cautelares decretadas en libertad del imputado.
- Suspensión de la ejecución de la pena.

d.- Medidas aplicables con la sentencia:

- Reconocimiento de la concurrencia de circunstancias atenuantes de

⁴ Highton, Elena; Alvarez, Gladys; Gregori, Carlos: “Resolución alternativa de disputas y sistema penal “. Editorial Ad-Hoc, B. Aires, 1998, páginas 20 y siguientes.

⁵ Ob. cit. en nota 3 página 21.

⁶ Ob. cit. en nota 3 página 21.

responsabilidad penal.

- Aplicación de penas alternativas: multas, tratamientos, trabajos sociales, etc.
- Medidas alternativas a la privación de libertad, ley N° 18.216, remisión condicional de la pena, reclusión nocturna, libertad vigilada.

e.- Medidas aplicables después de impuesta una pena:

- Beneficios intrapenitenciarios: Libertad condicional, salida diaria, salida esporádica, salida dominical.

f.- Medidas aplicables después de cumplida la condena:

- Omisión y eliminación de antecedentes penales.

Dentro de estas medidas, nos abocaremos a la mediación, sin perjuicio de lo cual, estimamos necesario precisar algunos conceptos:

I. 3.- El conflicto

El delito no sólo es la infracción a una norma jurídica abstracta con validez general, sino que expresa un conflicto entre personas o entre personas y grupos, frente al que debe actuarse, ya que se encuentra en juego la convivencia social pacífica. En este sentido, el conflicto se vincula al comportamiento que el derecho penal define como ilícito, y no tanto a la relación conflictiva que puede existir con anterioridad entre los implicados.

Para algunos autores⁷ la posible situación de conflicto sólo interesaría en la medida en que los implicados quieran abordarla, por lo que en principio puede parecer que la dimensión conflictual que interesa es solamente intersubjetiva y que se deja de lado la dimensión social, es decir, el daño social ocasionado por la comisión de un delito, cosa que no sucede.

I. 4.- Reparación

En un sentido amplio reparar el mal causado por el delito comprende la pena, que adopta un significado meramente simbólico ante la víctima y la sociedad; y la responsabilidad civil, que consiste en la indemnización de los daños causados a la víctima y que nace como consecuencia jurídica del delito.

La reparación en un contexto de conciliación autor-víctima tiene un diverso significado, ya que como instrumento de política criminal de respuesta al delito, va más allá del mero resarcimiento a la víctima. Se parte del reconocimiento positivo de la disposición del autor en la asunción de su responsabilidad ante la víctima y en su caso ante la sociedad. En este sentido, abarcará tanto prestaciones inmateriales como materiales, e incluso aquellas que suponen la dedicación de

⁷ Pérez S., Guapalupe: "Reparación y conciliación en el sistema penal ". Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos

tiempo o trabajo en beneficio de la víctima, inclusive puede existir una reparación simbólica a la sociedad, a través de prestaciones materiales a instituciones de utilidad.

La reparación dentro de la idea de conciliación autor-víctima responde a una función pacificadora dirigida prioritariamente a la superación de los efectos vinculados a la conducta delictiva.

I. 5.- Conciliación

La conciliación implica el acuerdo entre personas o sujetos que parten, en principio, de posturas discrepantes o posiciones enfrentadas. Se distingue⁸ dos tipos de dimensiones: el logro de un resultado, esto es, el acuerdo al que llegan las partes, que normalmente tendrá por objeto la reparación del daño; y, el procedimiento que supone un protagonismo del infractor y de la víctima, a través de un proceso comunicativo caracterizado por la horizontalidad y la superación de los límites que imponen las definiciones jurídicas.

En este sentido se trataría de una forma de tratamiento de las conductas delictivas caracterizado por la participación de los directamente implicados; la atención a las consecuencias lesivas del delito y la intervención de una instancia medidora que facilite la comunicación entre los sujetos enfrentados con la finalidad de llegar a una solución pacificadora.

I. 6.- Mediación

La mediación constituye una forma de intervención en un conflicto, un método, que consiste básicamente en facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas y que posibilita la adopción de un acuerdo por ellas mismas⁹. En este sentido la mediación se presenta como una herramienta que sobre la base de la reparación del daño, posibilita la conciliación.

María Elena Caram en su libro "Hacia la Mediación"¹⁰ da un concepto de mediación en general, para luego dar uno de mediación penal:

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

María Romeo Casanova. Editorial Comares, España, 1999, página 20 y 21.

⁸ Ob. cit. nota 6, página 22 y siguientes.

⁹ Ob. cit. nota 6, página 23 y siguientes.

¹⁰ **CALAM, M.E.** 2003. "El espacio de la Mediación Penal". Centro de Estudios de Justicia de Las Américas. <www.cejamericas.org>

los participantes.

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

Por su parte Gema Varona Martínez señala que la mediación penal *“es un proceso de comunicación en el que la víctima y el infractor llegan a un acuerdo, con ayuda de un tercero, que supone una reparación de los daños causados, materiales e inmateriales y que, en su caso, afectará el proceso penal”*¹¹.

Por último, el *Consell dels Il·lustres Col·legis d’Advocats* de Cataluña señala que la mediación penal consiste en *“la participación voluntaria del imputado por un delito o falta y de la víctima o perjudicado, en un proceso de diálogo y comunicación, conducido por un mediador imparcial, con el objetivo fundamental de conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto desde una perspectiva justa y equilibrada a los intereses de ambas partes”*¹² Ellos basan su definición en el objetivo fundamental de la mediación penal, que es conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto

La mediación, y en general los procedimientos de conciliación autor-víctima, permiten acercar las posiciones de la víctima y el imputado, lográndose en definitiva un acuerdo más eficiente que el judicial. La mediación, como hemos expresado, permite definir la prestación reparadora o la condición en virtud de la cual el imputado no es perseguido penalmente, y está presente a lo largo de toda la red de apoyo social.

Entre otros, Christopher Moore define la mediación como la *“intervención en una disputa o negociación de un tercero imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión, para ayudar a las partes en conflicto a alcanzar voluntariamente su propio arreglo, mutuamente aceptable”*.

A su turno, Folberg y Taylor, la entienden como: *“El proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus*

¹¹ VARONA MARTINEZ, G. 1998. “La Mediación Reparadora como estrategia de control social”. Granada: Ed. Comares. Pág. 2

¹² “La mediación como alternativa o complemento al proceso judicial.” Artículo publicado en www.togas.biz/togas35/consell_coladvocats.htm

necesidades".

Las definiciones aportadas, nos permiten identificar ciertas características inherentes a todo procedimiento de Mediación, entre las que contamos:

- a. Se trata de una modalidad de resolución (o conducción) del conflicto en que interviene un tercero,
- b. La intervención de este tercero frente a las partes, tiene por objeto facilitar la comunicación, no resultando del todo válido que el mismo proponga bases de acuerdo,
- c. La mediación no es un hecho puntual y determinado, es un proceso complejo,
- d. La Mediación otorga un protagonismo esencial a la autonomía de las partes, en orden que sean éstas las que de común acuerdo arriben a las soluciones que estimen necesarias y satisfactorias,
- e. El contenido de toda mediación es un conflicto, en el que no sólo intervienen intereses, sino que también culturas, identidades, aspectos emotivos y relacionales; esto es, el procedimiento esta llamado a *hacerse cargo* de una interacción social determinada en la que prevalecen posiciones antagónicas.
- f. La cuestión central de la mediación es sustituir un contexto de preeminencia de interacciones antagónicas por uno en que prevalezcan las interrelaciones colaborativas, sólo de dicha manera pueden superarse los problemas a que da origen el conflicto, en términos de resolver éstos y reconducir la disputa.

En consecuencia, conforme esta última afirmación y del conjunto de definiciones ya antes aportadas desde la doctrina, conceptualizaremos a la Mediación como un proceso de resolución o conducción de conflictos en que las partes, auxiliadas por un tercero que facilita la comunicación, son capaces de arribar a acuerdos voluntarios y satisfactorios para ambas, sustituyendo interacciones antagónicas por unas colaborativas.

La Mediación es un enfoque alternativo de resolución de conflictos, en el sentido que plantea una nueva fórmula -especialmente en el ámbito judicial- de acción social, que puede contribuir a considerar otras pautas de relaciones sociales de personas, grupos y comunidades; sentando las bases para un mejor y mayor entendimiento, respecto de las individualidades, aumento de la cooperación en el

enfrentamiento de los conflictos y la búsqueda de solución de éstos.

II.- ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN CHILE

Para el desarrollo de este capítulo, analizaremos las posibilidades que hoy en día nos entrega el propio sistema para introducir la mediación penal, o sea, donde podría ser útil y socialmente aceptada su introducción. La respuesta es dada tanto a nivel procesal como sustantivo, como veremos a continuación:

II.1.- Posibilidades de mediación desde el proceso penal

La imposición de una condena, o bien una sentencia absolutoria, no puede ser la única forma de terminar una investigación criminal. Particularmente en una sociedad en que la mayoría de los delitos refleja de algún modo la existencia de un conflicto individual, es indispensable reconocer y aceptar que el interés individual es, en ciertos casos, más relevante que el interés del Estado en la persecución penal y en la sanción.

El reconocimiento formal de estas salidas alternativas en la nueva legislación procesal penal, no hace otra cosa que regular legalmente lo que en el hecho se hacía en el procedimiento penal antiguo. La composición y el principio de la autonomía individual son la piedra angular de estas nuevas instituciones.

Lo importante es que estas situaciones en que los particulares ejercen ciertos derechos para terminar procedimientos criminales, estén rodeados de las garantías necesarias para asegurar que ellos son fruto de un acuerdo voluntario, y no de mecanismos constitutivos prácticamente de extorsión.

El Estado, de cualquier modo, nunca perderá completamente su función, toda vez que en el caso de los acuerdos reparatorios, podrá oponerse cuando lo estime procedente, y en la suspensión condicional, requerirá su consentimiento para que se materialice.

Como objetivos de las salidas alternativas podemos señalar los siguientes:

- Racionalización de la carga de trabajo
- Aumenta capacidad de respuesta del sistema frente a categorías de conflictos que requieren una reacción diferente a la privación de libertad
- Reconocimiento del interés preponderante de la víctima
- Constituyen mecanismos de aceleración de los procesos penales
- Contrarresta la criminalidad leve y mediana

Las salidas alternativas contempladas en el Código Procesal penal, son dos, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

II.1.a.- Acuerdos reparatorios¹³

Esta institución procesal consiste en un acuerdo entre el imputado y la víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda, las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente. Una vez aprobado este acuerdo por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal. De esta manera, la reparación coopera con los fines de la pena.

Ahora, estos acuerdos proceden sólo respecto de determinados delitos, que son los siguientes:

- a.- Aquellos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial
- b.- Lesiones menos graves
- c.- Delito culposos

El objeto del acuerdo puede ser tanto el pago de una suma de dinero fijada consensualmente, como otro tipo de prestación por parte del imputado, incluso puede ser una reparación simbólica, siendo la única limitación el que el objeto de la reparación sea lícito.

Esta salida es un terreno fértil para la mediación, pues su introducción permitiría que un mayor número de casos puedan terminar de esta manera. En efecto, la práctica ha demostrado que las partes se encuentran única y directamente en la audiencia, en la que no tienen mucho tiempo de plantear sus intereses y conciliar sus conflictos. El permitir que como instancia previa a la audiencia, las partes tengan acceso a un mediador que explore los intereses y posibilidades de acuerdo, sin duda permitiría una mayor descongestión del sistema, con mejores resultados para sus intervinientes.

En el mismo sentido, el Instructivo N° 34, de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios, señala expresamente la posibilidad de que de que el Fiscal pueda ofrecer a la víctima y al imputado la posibilidad de que concurran voluntariamente a un centro especializado de mediación, cuando lo hubiere en la región respectiva.

II.1.b.- Suspensión condicional del procedimiento¹⁴

Es un mecanismo procesal que permite a los fiscales del Ministerio Público, con el acuerdo del imputado y la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplan ciertos requisitos previstos por la ley y se satisfagan determinadas condiciones fijadas por el juez, que permitan suponer que

¹³ Artículos 241 y siguientes del Código Procesal Penal

¹⁴ Artículos 237 y siguientes del Código Procesal Penal

el imputado no volverá a ser imputado de un delito.

Tiene como objetivos, la economía procesal y el evitar efectos nocivos propios del enjuiciamiento criminal y de una condena privativa de libertad.

Los requisitos para alcanzar esta salida son:

- a.- que la pena que pudiere imponerse al imputado en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no exceda de 3 años de privación de libertad.
- b.- que el imputado no haya sido condenado previamente por crimen o simple delito.

Las condiciones a imponer son las siguientes:

- a.- Residir o no 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 o profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación.
- e.- Pagar una determinada suma de dinero, a título de indemnización de los perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago
- f.- Acudir periódicamente ante el Ministerio Público y en su caso acreditar el cumplimiento oportuno de las demás condiciones impuestas.
- g.- Fijar domicilio e informar al Ministerio Público de cualquier cambio del mismo.

De la misma forma que en la salida anterior, la introducción de la mediación permitiría acceder con mayor facilidad a esta, puesto que la materialización de las condiciones -lugar y forma en que se llevarán a cabo-, su cumplimiento y el control de las mismas podría quedar entregado a un tercero imparcial, mediador, con lo que seguramente, tanto jueces como fiscales, estarían más llanos a acceder a esta salida.

II.2.- Posibilidades de Mediación desde el derecho penal

El derecho penal también nos entrega la posibilidad de introducir la mediación como una forma de solución alternativa a los conflictos penales, específicamente, en algunas leyes especiales, como también en aquellos delitos en los que procede el perdón del ofendido.

II.2.a. Perdón del ofendido

El perdón del ofendido es aquel concedido por el sujeto pasivo del delito después de la consumación del hecho típico. Esta característica lo diferencia del consentimiento del titular del derecho.

Con arreglo al Art. 93 N°5 del Código Penal *“la responsabilidad penal se extingue por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto*

de los cuales la ley sólo concede acción privada”.

Por su parte el Art. 19 del Código Penal, dispone que *“el perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal, salvo respecto de los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado”.*

Las circunstancias en las que procede el perdón del ofendido son las siguientes:

a.- Delitos respecto de los cuales solo procede la acción privada, artículo 55 Código Procesal Penal.

- La calumnia e injuria
- Falta del artículo 496 N° 11 del Código Penal
- La provocación a duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado
- El matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

b.- Delitos respecto los cuales proceda un acuerdo reparatorio, artículo del 241 Código Procesal Penal.

- Afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial
- Lesiones menos graves
- Delitos culposos.

c.- Otros delitos, artículo 369 del Código Penal.

- En los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales, a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados.

La participación de un mediador, en este tipo de delitos, sin duda permitiría alcanzar una mayor satisfacción en los intervinientes.

II.2.b. Aplicación de circunstancias atenuantes de responsabilidad penal

Como ya hemos señalado, la mediación penal tiene cabida en nuestro ordenamiento a través de las salidas alternativas, específicamente los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento.

Sin embargo, la regulación de ambas instituciones coarta la posibilidad de que muchos delitos puedan alcanzar estas salidas, ya sea por la naturaleza de los mismos, por la gravedad de la pena, o porque los imputados cuentan con antecedentes penales.

En esos caso, estimamos que la mediación puede ser igualmente una herramienta útil en el proceso penal, puesto que con su intervención podría arribarse a una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, la que incluso, atendidas las características del proceso de mediación podría ser considerada como muy

calificada por el juzgador.

De esta manera, creemos que la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, esto es, procurar con celo reparar el mal causado, puede ser obtenida a través de una mediación, que deje satisfecha a la víctima y permita al ofensor aminorar el rigor de la pena que en definitiva se le imponga.

II.2.c. Leyes especiales

La posibilidad de mediación, también se encuentra contemplada en algunas leyes especiales, de las cuales nos referiremos a dos.

a.- Responsabilidad Penal Juvenil

El proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal Juvenil establece, por primera vez en el país, un sistema de justicia especializado para adolescentes mayores de 14 años y menores de 18, que han cometido infracciones a la legislación penal.

Con esta propuesta legal se pone fin al trámite del discernimiento y hace responsables a los adolescentes por las infracciones que cometen, en el marco de un procedimiento de justicia que entrega garantías fundamentales, tanto a víctimas como imputados, con pleno respeto a los principios establecidos en la Constitución y en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. A través de procedimientos especiales, se castigan todos los crímenes, simples delitos y faltas del Código Penal. Para ello se establece un amplio catálogo de sanciones que se dividen en dos categorías: las no privativas de libertad, que serán aplicadas por instituciones colaboradoras del SENAME y bajo su supervisión, y las privativas de libertad, las que deberán ser cumplidas en recintos especiales administrados por el SENAME, bajo seguridad de Gendarmería, y no en cárceles de adultos.

Dentro de este catálogo de sanciones no privativas de libertad se encuentran aquellas que buscan hacer responsable al joven de las consecuencias de su actuar. De esta manera, la mediación se convierte en una eficaz herramienta, sobretodo atendiendo a la calidad de menores de los responsables, que hace más aconsejable, siempre, la aplicación de cualquier salida distinta a la privación de libertad.

b.- Negligencia Médica

El procedimiento de mediación quedó estampado en la Ley 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud [AUGE]. La normativa contiene un título especial referido a la responsabilidad en materia sanitaria, donde se fija el procedimiento de mediación como mecanismo pre-judicial en casos de reclamos

de los usuarios “en contra de los prestadores públicos de salud o sus funcionarios o de prestadores privados, cuando ellos se funden en la alegación de haber sufrido daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial”.

En el caso de los reclamos en contra de los prestadores públicos de salud o sus funcionarios, éstos se realizarán directamente en la sede de la Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado y los servicios serán gratuitos para el interesado.

La Ley señala que si el proceso concluye en un acuerdo entre las partes, los contratos de transacción deberán ser aprobados por el Consejo de Defensa del Estado cuando se trate de sumas superiores a mil UF. Además, los contratos de transacción deberán ser aprobados por resolución del Ministerio de Hacienda, cuando se trate de sumas superiores a tres mil UF. Los montos que se acuerde pagar como resultado de la mediación obligarán única y exclusivamente los recursos del prestador institucional público involucrado.

La normativa también indica que “los prestadores institucionales públicos deberán instruir la investigación sumaria o sumario administrativo correspondiente, a más tardar diez días después de la total tramitación del contrato de transacción, sin perjuicio del derecho de demandar a el o los funcionarios que hayan incurrido en culpa o dolo, para obtener el resarcimiento de lo que se haya pagado en virtud del contrato de transacción”.

Los reclamos en contra de prestadores privados se presentarán en la Superintendencia de Salud, la cual administrará el proceso a través del manejo de un registro de mediadores particulares a disposición de los usuarios, cuyos servicios serán con costo a las partes involucradas. Las partes deberán designar de común acuerdo al mediador y a falta de acuerdo se entenderá por fracasado el sistema de mediación.

La Ley señala que “en caso de llegar a acuerdo, se levantará un acta firmada por las partes y el mediador. En ella se describirán los términos del acuerdo, las obligaciones que asume cada una de las partes y la expresa renuncia del reclamante a todas las acciones judiciales correspondientes. El acta surtirá los efectos de un contrato de transacción”.

Específicamente en los reclamos relacionados con las garantías del AUGE, la Superintendencia de Salud actuará como organismo de segunda instancia tanto para los afiliados a Isapre como del Fonasa.

II.3. Instituciones en las que se realiza mediación en materia penal

Dentro de las instituciones que en la actualidad se encuentran entregando

servicios de mediación de materia penal, se encuentran las siguientes:

- 1.- Corporación de Oportunidad y Acción Solidaria "OPCION", con su proyecto "Reparación a la Víctima y Servicios en Beneficio de la Comunidad", dirigido a adolescentes infractores de ley penal, entre 14 y 18 años de edad.
- 2.- Red de Centro de Mediadores, del Instituto Carlos Casanueva.
 - a.- Instituto Carlos Casanueva "IPCC".
 - b.- Centro de Orientación Familiar y Mediación "ORHFAM".
 - c.- Nexos Ltda.
 - d.- Acuerdos y Soluciones.
 - e.- Mediadores Asociados.
 - f.- Centro de Mediación y Desarrollo Integral (CEMEDI).
- 3.- Centro de Resolución Alternativa de Conflictos "CREA", de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco.
- 4.- Corporación de Asistencia Judicial, "Programa Centros de Mediación".
- 5.- YMCA, Asociación Cristiana de Jóvenes, dirigido a adolescentes infractores de ley penal, entre 14 y 18 años de edad.

Actualmente los servicios de mediación prestados, en la práctica han sido sin costo para las partes, sin perjuicio de la necesidad de regular a futuro si existirá un servicio proporcionado por el Estado de manera gratuita, o si bien se establecerá algún sistema de pago o copago del mismo.

CONCLUSIONES

Entendemos la mediación como una forma de desjudicialización, es decir, de sacar del ámbito judicial penal aquellos delitos en los que la imposición de una pena no reporte utilidad social, y no como una posibilidad de incluir en el sistema conductas y actuaciones que hoy escapan al sistema de persecución penal.

Asimismo, entendemos la mediación desde una doble perspectiva, a nivel individual, entre particulares; y a nivel social, es decir, entre el infractor y la sociedad. Sólo el entenderlo de esta manera permitirá incluir delitos que puedan terminar por mediación, en los que no exista una víctima determinada.

En este sentido, la mediación puede ser introducida paulatinamente dentro del sistema chileno como una herramienta de desjudicialización de los conflictos que llevan a los Juzgados de Garantía.

En una primera etapa, su introducción podrá consistir en facilitar el alcance de otras salidas alternativas, tales como acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales del procedimiento, así como también configurar la circunstancia atenuante de reparación celosa del mal causado. Asimismo, debería quedar limitada a los delitos en que de acuerdo con nuestro Código Penal proceda el

perdón del ofendido.

Demostrada la conveniencia de la utilización de esta institución, en el sentido que descongestionar el sistema judicial, satisfacer los intereses de los intervinientes y asegurar los fines de persecución penal del Estado, mediante un control efectivo del cumplimiento de los acuerdos alcanzados, podrá ampliarse el catálogo de delitos y situaciones en los cuales proceda la mediación.

Por último, debe tenerse en cuenta que la mediación facilitará el acceso a la justicia de la población en general, no sólo porque abaratará en forma significativa los costos económicos que implica el desarrollo de un procedimiento judicial, sino que además, al darle tanto a la víctima de un delito como al infractor mayor control sobre su conflicto, se logrará alcanzar la anhelada reparación del daño causado con el delito, yendo así mucho más allá de la mera retribución que implica la aplicación de una pena.

BIBLIOGRAFÍA

- 1º **Higthon, Elena; Alvarez, Gladys; Gregori, Carlos:** *“Resolución alternativa de disputas y sistema penal”*. Editorial Ad-Hoc, B. Aires, 1998.
- 2º **Pérez S., Guapalupe:** *“Reparación y conciliación en el sistema penal”*. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casanova. Editorial Comares, España, 1999.
- 3º **Higthon, Elena, y Alvarez, Gladys:** *“mediación para resolver conflictos”*, Editorial Ad-Hoc, B. Aires, 1997.
- 4º **Fisher, Roger, Kopelman E., Kupfer, A.** *“Más allá de Macquiavelo. Herramientas para afrontar conflictos”*. Editorial Gránica. 1996.
- 5º **Gottheil, Julio y Schiffrin Adriana. Compiladores.** *“Mediación: una transformación en la cultura”*. Editorial Paidós, 1996.
- 6º **Folger, Joseph P., y Tricia S. Jones.** *“Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales”*. Editorial Paidós, 1997.
- 7º **CALAM, M.E.** 2003. *“El espacio de la Mediación Penal”*. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas. <www.cejamericas.org>
- 8º **VARONA MARTINEZ, G.** 1998. *“La Mediación Reparadora como estrategia de control social”*. Granada: Ed. Comares. Pág. 2
- 9º *“La mediación como alternativa o complemento al proceso judicial.”* Artículo publicado en www.togas.biz/togas35/consell_coladvocats.htm