

# La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal<sup>1</sup>

## Restoring justice as a mechanism in the conflict resolution. Its review from the criminal law

**RAÚL CARNEVALI RODRIGUEZ**

*Doctor en Derecho. Director Centro de Estudios de Derecho Penal*

*Universidad de Talca*

*rcarnevali@utalca.cl*

*Universidad de Talca-Sede de Santiago de Chile. Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales.  
Santa Elena 2222, San Joaquín, Región Metropolitana, Chile 8940583 Santiago, Chile*

### Para citar este artículo:

Carnevali Rodríguez, R. (2017). La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal. *Justicia Juris*, 13 (1), 122 - 132

**Recibido:** Noviembre 18 de 2016

**Aceptado:** Febrero 16 de 2017

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.15665/rj.v13i1.1529>

### RESUMEN

*El presente artículo analiza la justicia restaurativa como mecanismo para solucionar conflictos de naturaleza penal. En primer lugar, se ofrece una explicación de las dimensiones del conflicto penal y cómo se lo ha abordado tradicionalmente, sobre todo desde la perspectiva de la llamada justicia retributiva, que es el sistema tradicional de justicia penal. Ello permite examinar de mejor forma si es posible incorporar otros mecanismos, como puede ser la justicia restaurativa. A continuación, se analizan las características fundamentales de la justicia restaurativa y sus pilares fundamentales, y de qué modo se puede reparar a la víctima. Precisamente este último punto es muy importante, pues el eje central que justifica este mecanismo dice relación con las formas de reparación y reintegro a la sociedad. Por último, se estudia el modelo de justicia restaurativa, con una especial atención a la mediación, desde una perspectiva preventiva, tanto general como especial.*

**Palabras clave:** *Conflicto penal; Justicia restaurativa; Justicia retributiva; mediación, propósitos preventivos.*

### ABSTRACT

*This article analyzes restoring justice as a conflict resolution mechanism for issues of a criminal nature. First, an explanation is offered on the dimensions of the criminal conflict and how it has been addressed traditionally, especially from the perspective of what has been called retributive justice, which is the most traditional system of criminal justice. This allows for a better exam on whether it is possible to incorporate other mechanisms, such as restoring justice. Consequently, the essential characteristics of restoring justice and its fundamental pillars are analyzed, as well as the way in which the victim can be repaired. This very last point is the most important, since the core idea, the one that justifies this mechanism, is heavily related to the various forms of reparation and reintegration into society. Lastly, the model of restorative justice is fully studied, giving special attention to mediation, from both a general and a special preventive perspective.*

**Criminal conflict; mediation; Restoring justice; Retributive justice; Preventive purposes**

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte del Proyecto Anillo titulado "Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos como herramientas de modernización de la justicia. Construcción dogmática a partir de un análisis multidisciplinar", financiado por Conicyt Chile (SOC 1406).

## 1. Introducción

Fletcher (2008, pp 36). señala que en el Derecho penal se presentan dos dimensiones del conflicto: 1) entre el delincuente y la víctima y, 2) entre el sospechoso y el Estado. Mientras las víctimas demandan justicia, esencialmente a través de una condena, el delincuente exige que esa justicia aplique las garantías del debido proceso. Claramente, en los últimos siglos, se privilegió dentro del sistema penal la segunda dimensión<sup>2</sup>. Sin embargo, en el último tiempo se ha venido discutiendo, cada vez con mayor fuerza, de qué manera pueden intervenir los distintos actores en la solución del conflicto penal. Particularmente el autor y la víctima. Si bien, tratándose del autor se puede decir que ha sido el actor principal de la que podríamos denominar la forma de justicia tradicional —la retributiva, en cuanto el centro es la imposición de una pena—. La cuestión se complejiza cuando se pretende brindar un mayor espacio de actuación a la víctima y establecer mecanismos de interacción entre ambos.

Se plantea lo anterior, pues con más fuerza se viene hablando acerca de la necesidad de una mayor presencia de la víctima. Es decir, procurar, como ha señalado Binder (2011, pp. 180 y ss) privilegiar la solución del conflicto por sobre la coerción estatal —preeminencia del Estado—, donde la víctima tenga mayor protagonismo. Es, en este contexto donde pretendo inscribir el discurso de la llamada justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos penales. Por de pronto, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la justicia restaurativa se sustenta sobre dos grandes ideas: la primera dice relación con el papel activo que tienen en la búsqueda de la resolución, tanto el autor como la víctima, así como otros que pudieren sentirse afectados por el delito. Ello pone de manifiesto que el Estado no es “propietario” del conflicto, sino que son los involucrados en él los principales llamados a buscar una solución. La segunda idea central, es que se sustenta sobre la base de procesos deliberativos y participativos y no adversariales, con el propósito de lograr, entre otros fines, la reparación y la conciliación (Díaz, 2010, pp. 2-3)

A fin de centrar la discusión y ordenar la exposición, tres serán los temas a examinar, a saber, qué se quiere decir cuando se habla de justicia restaurativa y cómo se puede distinguir de la justicia retributiva, refiriéndome por esta última, al sistema tradicional de justicia penal. A continuación, se ex-

pondrá de qué manera se puede reparar, y cuándo se puede recurrir a ella. Este último punto, vincula a la tercera materia a examinar, su utilidad, es decir, preguntarse acerca de si es posible satisfacer propósitos preventivos. En este sentido, no puede dejarse de tener presente que se está frente a delitos, por lo que también hay un interés de la comunidad en que se alcancen tales fines.

## 2. Qué puede entenderse por justicia restaurativa y cómo se distingue de la llamada justicia retributiva

En los últimos decenios han comenzado a tener un fuerte desarrollo no solo los planteamientos centrados en la víctima, como sucede con las tesis victimológicas, sino también los movimientos de resolución alternativa de conflictos. (Díaz, 2010, pp. 17 y ss) A ellos debe unirse las ideas que provienen del abolicionismo. Todos estos planteamientos han dado lugar a una especie de reposicionamiento de la víctima, en cuanto a disponer de una mayor participación en la solución al conflicto (Barona, 2011. pp.95 y ss) Precisamente, es en este contexto que adquiere relevancia el discurso de la devolución del conflicto a la sociedad, cuyo eje central apunta a la necesidad de buscar instrumentos que permitan a las víctimas tener un mayor protagonismo en la solución de los conflictos penales<sup>3</sup>. En este sentido y en la línea de lo afirmado *supra*, no pocos han afirmado que el desarrollo del Derecho penal ha “abandonado” a la víctima dado que tradicionalmente ha dirigido su preocupación al otro interviniente, el delincuente. (CID MOLINÉ, 2009. pp. 118). Que así haya ocurrido se ha debido, entre otras razones, al modelo inquisitivo, en el que la víctima, en general, no tiene mayor participación ((Queralt 1997, P. 145); (García-Pablos De Molina 2009, Pp. 78 y ss.); (De Vicente Remesal 1997, Pp. 174-175); (Cancio Meliá, 1998 Pp. 17-18.))

En todo caso, afirmar así sin más que el derecho penal haya abandonado a la víctima debe explicarse con cuidado. En efecto, si se entiende que su misión esencial es la protección de bienes jurídicos, en particular, la afectación o puesta en peligro de éstos —de manera clara, tratándose de los bienes de carácter individual— cabría afirmar que hay un titular, esto es, una posible víctima que puede verse afectada. Justamente, la prevención de delitos se

2 Como afirma, CID MOLINÉ (2009) pp. 112, las dos filosofías penales más influyentes en el derecho penal occidental —la tradición utilitarista y la tradición retribucionista—, comparten la idea de que el delito supone un conflicto entre el delincuente y la sociedad en su conjunto.

3 Sobre el punto BARONA (2011), pp. 124: “Si bien ciertamente en el desarrollo de esta justicia reparadora han influido factores como la evolución de la victimología a una victimología de la acción, así como una importante y profusa cultura de la resolución alternativa de conflictos, evolucionada hacia una cultura adecuada de resolución no jurisdiccional de conflictos, también es cierto que se había entrado en una crisis del modelo rehabilitador y en la necesidad de buscar otras respuestas que pudieran ubicarse entre el abolicionismo penal y el retribucionismo”.

dirige a evitar convertir víctimas potenciales en actuales. En consecuencia, no es correcto afirmar que existe una falta de atención. En cambio, sí puede afirmarse que ha habido una escasa preocupación por parte de la doctrina penal y de algún modo, también normativa<sup>4</sup>.

Ahora bien, algunas de estas orientaciones que pretenden brindar una mayor atención a la víctima buscan que el Derecho penal y procesal penal dispongan de herramientas con contenidos transaccionales, esto es, que la víctima pueda concordar con el autor del delito mecanismos de acuerdo, de manera tal que no sea necesario, en algunos casos, imponer sanciones penales. A este respecto, es usual recurrir a la afirmación: “El ladrón armado no robó a la sociedad: robó a su víctima. Por tanto, su deuda no es con la sociedad, lo es con la víctima”. Con ello qué es lo que se quiere afirmar: el delito no sólo constituye un acto que conforma un quebrantamiento del Ordenamiento Jurídico, y por ende, tiene un fuerte componente de repercusión social, sino que también, genera un menoscabo a quien es el titular del bien jurídico, ya que es él quien sufre el delito. En términos más simples, delito no es solo violación o quebrantamiento de la norma, sino que es, por sobre todo, un daño a alguien en concreto.

En términos generales, cuando se habla de justicia restaurativa se lo entiende como un proceso participativo y deliberativo, donde intervienen el autor, la víctima y otras personas —así, familiares de ambos—, quienes a través de encuentros puedan llegar a un acuerdo satisfactorio que permita reparar los daños causados por el hecho delictivo. Es decir, procurar hacer justicia por medio de la reparación del daño<sup>5</sup>. Justicia que se alcanza en la medida que las partes se entienden satisfechas con el acuerdo logrado. Para ello, ciertamente, deben seguirse ciertos procedimientos o estándares mínimos que garanticen tal propósito, como, por ejemplo, la voluntariedad y la proporcionalidad del acuerdo alcanzado (Blanco/Díaz/Heskia/Rojas 2004, pp 13). Más adelante se tratarán estos temas.

En esta línea, se puede citar la definición de proceso restaurativo que se comprende dentro de los

4 Hay quienes ven críticamente la mayor atención a la víctima. Así Albrecht (2006), pp. 58 “El aumentado enfoque sobre la víctima en el Derecho penal, el uso creciente de partes privadas en las investigaciones preliminares, y la asignación parcial de la seguridad pública a los servicios de seguridad privados es tanto el resultado del incremento del poder gubernamental social como el armamento de medios estatales de poder. Últimamente, la privatización es sólo un medio para crear más —e incontrolable— Derecho penal. En este proceso, la víctima sirve como una herramienta para el objetivo político de fomentar la reducción de los derechos civiles”.

5 En estos términos, Blanco/Díaz/Heskia/Rojas (2004), Pp. 10-11; Díaz (2010), Pp. 2; González (2014), pp. 40-42.

principios básicos sobre utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal —Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas<sup>6</sup>—: “Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas”<sup>7</sup>.

La misma Resolución también precisa qué debe entenderse por resultado restaurativo: “un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente”. Por partes se comprenden: “la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo”<sup>8</sup>.

Cuando se refiere a la mediación, entendida como una forma de justicia restaurativa —la más común, ciertamente—, se dirige en el sentido ya ex-

6 Ver Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_1080\\_1.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf) (visitado el 4 de mayo de 2016).

7 Refuerza la idea de la importancia de impulsar estos mecanismos de solución de conflictos lo que se expone en el preámbulo de la resolución 2002/12: “Recordando que en el mundo entero ha habido un significativo aumento de las iniciativas en materia de justicia restaurativa.

*Reconociendo* que esas iniciativas a menudo se basan en formas de justicia tradicionales e indígenas en las que el delito se considera fundamentalmente un daño a la persona.

*Recalcando* que la justicia restaurativa es una 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.

*Destacando* que este enfoque permite a los afectados por un delito compartir abiertamente sus sentimientos y experiencias y tiene por objeto atender sus necesidades.

*Consciente* de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad; y permite a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia,

*Observando* que la justicia restaurativa da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y complementan esos sistemas, teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas, sociales y culturales,

*Reconociendo* que el uso de la justicia restaurativa no menoscaba el derecho de los Estados de perseguir a los presuntos delincuentes”. (Cursiva en el original).

8 Ver en [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_1080\\_1.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf) (visitado el 4 de mayo de 2016).

puesto, esto es, como un proceso en que habiendo un menor grado de formalización y bajo la intervención de un tercero neutral las partes —víctima y autor— procuran arribar a un acuerdo satisfactorio y reparatorio del daño ocasionado. (Lamas, 2008, pp. 37 y ss. Y, Díaz, 2010, pp. 5)

Se observa en estos casos una relación de horizontalidad y no de verticalidad que es la propia de la justicia punitiva. Y es que, como ya se resaltó, uno de los grandes principios que inspiran la justicia restaurativa se refiere a que los delitos no sólo suponen una vulneración a la ley penal, sino que, y por sobre todo, una afectación a personas determinadas. De allí pues, la importancia de que sean las propias partes involucradas las que busquen la solución al conflicto.

En este orden, es esencial dirigirse a reconocer los derechos que tiene la víctima a ser reparada y que el autor acepte la responsabilidad que le cabe en este conflicto —que no supone culpabilidad, como se verá—.

Al respecto, cabe destacar que en experiencias comparadas la gran mayoría de los casos sometidos a mediación son delitos contra la propiedad. Las víctimas manifiestan su interés en participar en estos procesos de mediación penal, expresando un alto grado de satisfacción frente a la resolución a su conflicto. Por otra parte, se ha podido apreciar que los autores tienen mayores posibilidades de no reincidir que quienes no han intervenido en estos sistemas<sup>9</sup>.

Llegado a este punto, y a fin de poder ir trazando líneas que permitan distinguir entre la llamada justicia retributiva y la restaurativa, es posible realizar el siguiente paralelo.

Esencialmente, la justicia retributiva se construye bajo ciertos pilares que son centrales. Es así, que el delito es concebido como la realización de un comportamiento que es tipificado como delito por una ley, es decir, supone un quebrantamiento de la norma penal. La mirada está puesta más bien en la infracción a la norma que en la búsqueda de la solución al conflicto. A ello se sigue la imposición de una pena entendida como un castigo. Indefectiblemente, cuando se habla de Derecho penal se piensa en que la forma de hacer justicia es a través de la imposición de un mal al delincuente, expresada en la pena. En este contexto, dicha pena solo se justifica si se está frente a un responsable, dado que se

ha demostrado su culpabilidad<sup>10</sup>. En este contexto, son actores principales el Estado y el autor, en el sentido que el ejercicio del *ius puniendi* y por tanto, la determinación de si se está o no frente a un delito y la imposición de la pena queda en manos del Estado. La víctima desempeña un papel más bien secundario y puede no quedar satisfecha con la sentencia. Al respecto debe tenerse presente, que los delitos no son *conflictos de estructura dual* —como sí lo son los propios del Derecho Civil— Como señala Silva Sánchez (1997, pp. 196). Con ello se quiere poner de relieve que el sistema penal estatal, esencialmente a través de la imposición de la pena, se dirige a restablecer la paz social quebrantada por la comisión de un delito, pues se trata de conflictos que tienen una trascendencia general —de interés para la colectividad toda—. El modelo procedimental es, fundamentalmente, de corte adversarial, esto es, se enfrentan las partes como antagonistas, dentro de un marco de igualdad, tanto de derechos como de deberes, frente un tribunal que no tiene una iniciativa probatoria, pues el peso de la investigación recae en la fiscalía (Tavolari, 2005 pp. 268).

Como ya se hizo presente, el modelo de la justicia restaurativa se sustenta en el diálogo entre el autor y la víctima, pudiendo, en algunos casos, participar familiares de ambos. Es decir, se destaca su carácter no adversarial, pues, lo que se pretende es el encuentro que permita arribar a una solución que facilite la reparación a la víctima. El que no se disponga de un castigo no supone que sobre el autor no recaigan responsabilidades y obligaciones. Pero éstas se centran, justamente, en precisar de qué forma la víctima puede sentirse restaurada por el daño que el delito le causó.

Sin perjuicio de lo expuesto, hay ciertos puntos que desde la posición de la justicia retributiva deben ser resaltados. Por de pronto, y como ya se destacó, es muy discutible señalar que el Derecho Penal se despreocupa de la víctima. En efecto, el surgimiento del Derecho Penal moderno, tuvo lugar por la desconfianza que generaban las reacciones sancionatorias de las propias víctimas —énfasis en la solución privada de conflictos—, las que muchas veces excedían la real magnitud del hecho cometido<sup>11</sup>. Es por ello que el Estado monopoliza el ejercicio del *ius puniendi*. Por otro lado, el Derecho Penal moderno ha estado

9 Experiencias en procesos de justicia restaurativa en <https://www.restorativejustice.org.uk>; <http://restorativejustice.org> (visitado el 14 de abril de 2016). En el Derecho comparado en Blanco/Díaz/Heskia/Rojas (2004).

10 Silva Sánchez (2015), pp. 6, afirma lo expuesto, en cuanto a que el Derecho penal se relaciona con ideas como producción de daños a otros e infracción de reglas de convivencia general. De allí que al responsable del delito se le debe castigar, pues esa es la idea de justicia.

11 Hassemer (1984, pp. 92-93), destaca que el control del delito deja de ser tarea de la víctima para pasar a ser competencia del Estado, quien se convierte en exclusivo detentador de la reacción penal; Silva Sánchez (1997), Pp. 190.

“desde siempre” orientado hacia la víctima: evitando que las víctimas potenciales se conviertan en víctimas actuales. Dicho en otros términos, si bien no se dirige a reparar una situación de victimización sí lo hace para impedir ésta. Se aprecia dada la función preventiva que le cabe.

Al tenor de lo afirmado, hay quienes sostienen que un particular énfasis en las orientaciones de satisfacción a la víctima actual, podría generar una desestabilización y desconfianza hacia la norma penal y, de esta forma, afectar a las víctimas potenciales. Siendo así, no se estarían cumpliendo los fines preventivo generales que le caben a las normas jurídico-penales. Basta pensar en los peligros que puede representar un excesivo empleo de acuerdos reparatorios tratándose de delitos económicos, si éstos privilegian a sujetos con recursos financieros. Como ya lo ha expuesto Hirsch, tal situación encierra el riesgo de una justicia de clases. (Hirsch, 1992, pp. 181)

En esta misma línea, para Schünemann el reemplazo completo o parcial de la pena por la mediación solo puede justificarse desde una perspectiva preventivo general bajo dos circunstancias: a) se aprecie un real arrepentimiento del autor, aunque su alcance sea limitado, y b) cuando la conducta se descriminalice y el conflicto deje de estar en la esfera penal (Schünemann 2006 pp 35-36.)

Este autor pone como ejemplo una estafa, donde el autor calcula si puede o no cometer el delito. Si es sorprendido devolverá el dinero y restaurará a la víctima, si no es así, se quedará el dinero donde estaba. Frente a estos cálculos racionales, aunque haya devolución y reparación, no puede quedar sin sanción, pues no hay una expiación genuina (Schünemann 2006 pp 35).

Asimismo, hoy se presenta con especial interés el discurso del derecho de la víctima al castigo del autor, que a su vez tiene una estrecha relación con otro discurso, a saber, el de la lucha contra la impunidad, que tiene una especial incidencia en la esfera del Derecho penal internacional<sup>12</sup>. De algún modo las doctrinas contra la impunidad tienen como eje central el de hacer justicia a través del castigo del autor; ambos se relacionan en cuanto a que la lucha contra la impunidad busca satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, entendida esta última, y para este efecto, como derecho al castigo del autor. Justamente, este último discurso tuvo especial repercusión cuando en marzo de 1996 es secuestrado Jan Philipp Reemtsma, permaneciendo encerrado por treinta y tres

días. Luego fue liberado al pagar su familia treinta millones de marcos. En aquel entonces, alcanzó gran notoriedad, publicando un libro —Im Keller—. Entre otras afirmaciones, señalaba: “La pena muestra la solidaridad de la comunidad con la víctima”. En diversas charlas acerca del trauma que para la víctima significa el delito, señalaba “el derecho de la víctima de obligar al Estado a penar al ofensor”. Se fundamentaba en que la víctima también requiere de rehabilitación. Precisamente, la pena reduce el daño para la víctima que ha sido humillada por el delito, pues vuelve a creer en el Derecho, creencia que en su momento fue destruida por el autor al cometer el delito. Frente a los planteamientos de Reemtsma, y empleando su lenguaje, se podría entender que la víctima tiene derecho a ser “compensada”; es decir, recibir una respuesta simbólica de restablecimiento de su autoestima, su dignidad. Aquello incluso, favorecería el interés público de que se responde frente al delito. La cuestión, ciertamente es, si esta compensación sólo se satisface con la imposición efectiva del castigo o basta la declaración de la pena a través de una sentencia<sup>13</sup>.

Discusiones de esta naturaleza, acerca de cómo satisfacer a la víctima, imponen la búsqueda de mecanismos de orientación a la víctima actual, entre ellos, los propios de la justicia restaurativa, los que solo pueden validarse en la medida que permitan alcanzar también los fines de pacificación social. En este sentido, y como se verá *infra*, deben valorarse atendiendo consideraciones preventivas, tanto generales como especiales.

En favor de buscar mecanismos alternativos a los propios de la justicia retributiva, se argumenta la crisis que está viviendo el sistema penal, pues además, del cuestionamiento que se hace a la pena estatal, se afirma que la inflación punitiva que hoy se manifiesta en la política criminal genera mayores perjuicios. El exacerbado recurso punitivo contradice el carácter de *última ratio* que se espera del Derecho penal. (Carnevali 2008, pp. 13 y ss)

Es en este contexto, en que pueden tener un espacio real de utilidad estos instrumentos alternativos, que al no ser violentos —como sí lo es el penal, por muy legitimado que esté por el orden público— puedan constituirse en un sistema más *humanizado* para solucionar los conflictos<sup>14</sup>.

12 En el preámbulo el Estatuto de Roma que instaura la Corte Penal Internacional señala expresamente el propósito de luchas contra la impunidad.

13 Al respecto, Silva Sánchez, (2009), pp. 35-56; Carnevali (2014), pp. 776 y ss.; Barona (2011), pp. 102 y ss.

14 Así lo expresa, Maier, Julio (2000) pp. II.

### 3. Cómo se puede reparar a la víctima. Criterios que sustentan la justicia restaurativa.

Teniendo en consideración lo expuesto, en cuanto a la necesidad de buscar instrumentos que permitan satisfacer a la víctima y también prevenir la comisión de hechos que generen conflictividad dentro de la sociedad, es que pueden resultar válidos los mecanismos provenientes de la justicia restaurativa. En efecto, es necesario explorar espacios que permitan al ofensor renunciar a su derecho de ir a juicio y someterse a procedimientos alternativos, dirigidos a materializar los cuatro valores que inspiran los programas restaurativos.

Antes de examinar de qué forma se puede, a través de estos instrumentos, reparar a la víctima, hay que indicar cuáles son los pilares fundamentales sobre los que se sustenta la justicia restaurativa.

Tradicionalmente, se afirman los siguientes: (Blanco/Díaz/Heskia/Rojas .2004 PP 13-14)

**Encuentro:** crear espacios de reunión entre autor y víctima. También se pueden incluir otras personas, como familiares o miembros de la comunidad. Todo ello dirigido a conocer a las partes involucradas en el conflicto, lo que facilitaría llegar a acuerdos satisfactorios.

**Reparación:** adoptar medidas dirigidas a la reparación del daño causado, que puede ir desde la compensación económica hasta las disculpas y reconciliación. Primeramente se debe atender a la víctima, pero también se puede considerar a sus familiares o miembros de la comunidad.

**Reintegración:** Devolver a víctimas y autores a la sociedad como miembros capaces de contribuir. El autor se responsabiliza, lo que puede facilitar su reincorporación a la sociedad. En este sentido, la comunidad también desempeña un rol relevante desde una perspectiva restauradora al “acoger” a ambos.

**Inclusión:** Que las partes participen en las distintas etapas, por lo que deben darse las instancias necesarias para ello, más aún si éstas son voluntarias.

Fundamentalmente y como ya se ha destacado precedentemente, en los procesos restaurativos lo esencial no es la acreditación de los hechos ni la búsqueda del castigo al responsable, sino que el de dirigirse a formas de solución que logren la reparación de la víctima y que las partes —víctima y autor— se sientan reintegradas.

Considerando pues, el propósito anterior surge la pregunta: ¿cuáles procedimientos o estándares mínimos deben disponerse dentro de estos mecanismos

alternativos que garanticen tal propósito? En este sentido, ¿debe seguirse el mismo rigor garantístico que el que se dispone para la justicia retributiva? No es fácil responder, pues también en la justicia restaurativa se está buscando una solución a un conflicto de carácter penal; es decir, hay alguien que ha lesionado un interés de relevancia jurídico penal y, por tanto, hay una víctima. Empero, tampoco se puede desconocer, tal como se ha resaltado *supra*, que los objetivos perseguidos por ambas formas de justicias son distintos y que sus modelos descansan sobre otros pilares. Por ello, no puede exigirse a la justicia restaurativa los mismos parámetros. El alto grado de formalización en la justicia retributiva se explica por el alcance que tienen ciertas decisiones, como es disponer de la privación de libertad al autor del delito. En términos generales, puede decirse que toda persona tiene derecho a que su causa sea conducida de manera justa —*fair trial* anglosajón—, y para ello se debe garantizar a todo ciudadano imputado de un delito de los medios necesarios como para que pueda defenderse en condiciones de relativa igualdad frente al Estado, que de por sí ya está en posición de superioridad. (ROXIN, 2000 pp.80).

A este respecto, no debe olvidarse que si se examinan las distintas vertientes que permiten comprender el origen del establecimiento de las garantías procesales y de manera particular la del debido proceso, se podrá comprender que éstas se dirigen a resguardar al imputado frente a lo que representa el poder que tiene el Estado cuando ejerce el *ius puniendi*<sup>15</sup>.

En efecto, en la medida en que el Estado fue monopolizando el instrumento punitivo se hacía necesario limitar este poder y, de este modo, fortalecer las garantías desde una perspectiva puramente penal, de modo que solo a través de un proceso justo el Estado podía legítimamente imponer una pena<sup>16</sup>.

Conforme a lo anterior, y teniendo en consideración los propósitos perseguidos en la justicia restaurativa no es posible exigir el mismo nivel garantístico.

<sup>15</sup> Precisamente, esta clase de consideraciones son las que permiten aseverar que el Ministerio Público no puede interponer recursos de nulidad fundados en el Art. 373 a) del Código Procesal Penal, esto es, sobre la base de infracción de derechos y garantías, por cuanto éstas se disponen a favor del perseguido por la acción penal y no del persecutor. Como señalan Horvitz Lennon/López Masle (2004), T. II, pp. 410: “tales derechos están establecidos como salvaguardas frente al ejercicio del poder estatal para la persecución de los delitos y no a favor del Estado”. En pp. 404 a 409 examinan diversos fallos de la Corte Suprema sobre la materia.

<sup>16</sup> El principio del debido proceso que puede fundamentarse en el Art. 19 N° 3 inc. 5 de la Constitución, Art. 1 del Código Procesal Penal, así como en tratados internacionales —entre otros, Convención Americana de Derechos Humanos—, ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial en el marco del sistema interamericano. Nogueira Alcalá (2007), *passim*; Horvitz Lennon/López Masle (2002), T. I, pp. 67-71; Bacigalupo (2005), *passim*; Guerrero, (2006), pp. 1047 y ss.

Ello no quiere decir, claro está, que no se dispongan de ciertas reglas a seguir, de manera que los distintos intervinientes se hallen en un cierto plano de igualdad ( Mera González-Ballesteros 2009 pp. 168)

Pero, sí se plantea que las garantías penales tradicionales no pueden, así sin más, ser traspasadas, pues la justicia restaurativa representa un modelo diverso de hacer justicia. Por de pronto, difícilmente se puede hablar propiamente de defensa frente a una persecución, pues en rigor no se trata de un conflicto con el Estado, que, como se expuso, sí exigiría una serie de garantías para enfrentar a tan formidable oponente. En la justicia restaurativa lo que se discute son los efectos que han tenido lugar como consecuencia de la comisión de un delito y cómo se puede lograr una reparación a la víctima. Por tal motivo, lo relevante no es la determinación de la verdad, es decir, si los hechos sucedieron o no. Sí lo es, que una vez admitida la responsabilidad precisar qué hacer para alcanzar propósitos como la reintegración e inclusión (Mera González-Ballesteros 2009 pp. 186)

En este orden de ideas, el imputado que interviene dentro del sistema de justicia restaurativa no está en la misma posición que aquel que está sometido al sistema penal tradicional, pues lo que se discute no es la imputación de un delito y su pena —cuestión que determina el Estado—, sino resolver con la víctima la mejor solución que la satisfaga (Mera González-Ballesteros 2009 pp. 186)

Ciertamente, esto último no puede considerarse una tarea fácil, pues ambas partes se encuentran frente a frente. Por tal razón, es que el sistema debe procurar garantizar la igualdad —esto es, evitar los desequilibrios y que una parte se sienta en una posición de mayor debilidad— y la participación voluntaria, de manera que la discusión permita arribar a una solución satisfactoria.

Ahora bien, lo indicado no quiere significar que no se procuren imponer ciertos estándares, sobre todo si la reparación importa obligaciones para el autor o, incluso, someterse al sistema penal en caso de incumplimiento. Es decir, aquéllos no deben tener el grado de formalidad que los propios de la justicia penal, pero sí deben alcanzar los parámetros mínimos que brinden legitimidad al sistema.

Precisamente, esta es la línea dispuesta en la Recomendación N° R (99) 19 del Consejo de Europa sobre Mediación en justicia penal<sup>17</sup>. Es así, que su regulación es bastante simple y desformalizada.

<sup>17</sup> Ver Recomendación N° R (99) 19 del Consejo de Europa sobre Mediación en justicia penal en [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=090000168062e02b](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168062e02b) (visitado el 10 de mayo de 2016).

Sus Principios generales son:

1. La mediación en materia penal sólo debe llevarse a cabo si las partes consienten libremente. Las partes deben ser capaces de retirar dicho consentimiento en cualquier momento de la mediación.
2. Las discusiones en la mediación son confidenciales y no pueden ser utilizadas posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes.
3. La mediación en materia penal debe ser un servicio generalmente disponible.
4. La mediación en materia penal debe estar disponible en todas las etapas del proceso de justicia criminal.
5. Servicios de mediación deben tener suficiente autonomía dentro del sistema de justicia criminal.

En cuanto al funcionamiento de la justicia penal respecto a la mediación, la Recomendación citada dispone lo siguiente:

1. La decisión de remitir un caso criminal a la mediación, así como la evaluación de los resultados de un procedimiento de mediación, debería reservarse a las autoridades de justicia penal.
2. Antes de aceptar la mediación, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, la naturaleza del proceso de mediación y las posibles consecuencias de su decisión.
3. Ni la víctima ni al delincuente deben ser inducidos por medios desleales a aceptar la mediación.
4. Regulaciones especiales y las garantías legales acerca de la participación de los menores en los procedimientos legales también deberían aplicarse a su participación en la mediación en materia penal.
5. La mediación no debe proceder si alguna de las principales partes implicadas no es capaz de comprender el significado del proceso.
6. Los hechos fundamentales de un asunto normalmente deben ser reconocidos por ambas partes como base de la mediación. La participación en la mediación no debe ser utilizada como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales posteriores.
7. Las discrepancias evidentes con respecto a hechos tales como la edad de las partes, la madurez o la capacidad intelectual deben ser tomados en consideración antes de que un caso se remite a la mediación.

8. Una decisión de remitir un caso criminal a la mediación debe ir acompañada de un plazo razo-

nable en el que las autoridades competentes de justicia penal deben ser informadas del estado del procedimiento de mediación.

9. Los descargos en base a los acuerdos de mediación deben tener el mismo rango que las decisiones o sentencias judiciales y deben excluir el enjuiciamiento por los mismos hechos (*ne bis in idem*).

10. Cuando un caso se remite de nuevo a las autoridades de justicia penal sin un acuerdo entre las partes o después de la falta de aplicación de dicho acuerdo, la decisión en cuanto a la forma de proceder se debe tomar sin demora<sup>18</sup>.

Sin lugar a dudas la fijación de estándares en programas de justicia restaurativa es de particular relevancia. Con todo, sería un error pensarlos sobre la base de aquellos establecidos para la justicia penal tradicional. Son modelos distintos y su regulación debe ser acorde a su estructura y a los objetivos que persigue.

En general, puede decirse que en el ordenamiento jurídico penal chileno, formas de justicia restaurativa, particularmente la mediación, no se encuentran recogidas. Por de pronto, en la suspensión condicional de procedimiento el rol de la víctima no es determinante —eso sí, es escuchada conforme al Art. 78 d) del Código Procesal penal— para resolver su procedencia, se trata de un salida que requiere como fundamento de legitimación la voluntad del imputado, el que debe soportar determinadas cargas de carácter sancionatorio<sup>19</sup>.

18 En la misma línea la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, ya citada: "Utilización de programas de justicia restaurativa 6. Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional. 7. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas. 8. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores. 9. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso. 10. La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso. 11. Cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad".

19 Así, Horvitz Lennon/López Masle (2002), T. I, pp. 553. Para González (2014), pp. 125 la suspensión condicional del procedimiento es lo más cercano a la conciliación. En cambio, en los acuerdos reparatorios, la mediación es el proceso más adecuado.

Sí podrían estimarse como instituciones que responden a este sistema, los acuerdos reparatorios —con ciertas limitaciones, claro está regulado en los Art. 241 y ss del Código Procesal penal<sup>20</sup> y la conciliación dentro del procedimiento por delito de acción privada, tratada en el Art. 404 del código procesal penal<sup>21</sup>. En efecto, en ambos casos se exige, para que puedan materializarse, el consentimiento, tanto del imputado —no se requiere que reconozca su responsabilidad en los hechos— como de la víctima. Aunque es posible, respecto de los acuerdos reparatorios, que el juez de garantía no los autorice si se dan los presupuestos que precisa el inciso tercero del Art. 241. Por tanto, la sola voluntad del autor y la víctima no es determinante, ya que hay un tercero —el juez— que mantiene un papel decisivo.

El ámbito juvenil es un excelente terreno para implementar mecanismos propios de la justicia restaurativa (Díaz ,2010, pp. 50 y ss.) En efecto, las oportunidades se pueden presentar en el marco de los acuerdos reparatorios, de la suspensión condicional del procedimiento y en relación a las sanciones que tienen un carácter reparatorio.

Es interesante destacar que cuando se estaba discutiendo en el Congreso Nacional el proyecto de Ley de responsabilidad penal para los adolescentes, se pretendió introducir medidas de orden reparatorio. De algún modo estaba presente la idea de que el autor "tomara contacto" con la víctima y que pudiera apreciar directamente las consecuencias de comportamiento, de manera de generar en aquél una fuerte impresión que permitiera fortalecer su proceso de reinserción y de asumir activamente la responsabilidad para reparar el daño causado. Es así, que se llegó a proponer —Art. 58 del proyecto<sup>22</sup>— la posibilidad de autorizar acuerdos repara-

20 "Procedencia de los acuerdos reparatorios. El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

En consecuencia, 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".

21 "Conciliación. Al inicio de la audiencia, el juez instará a las partes a buscar un acuerdo que ponga término a la causa. Tratándose de los delitos de calumnia o de injuria, otorgará al querrellado la posibilidad de dar explicaciones satisfactorias de su conducta"

22 Artículo 58: "Acuerdo reparatorio. En los procesos de que trata la presente ley regirán los acuerdos reparatorios establecidos en el



ratorios sin establecer limitaciones en cuanto a su procedencia, es decir, para cualquier delito. Lamentablemente tal iniciativa no prosperó. Primaron los espíritus punitivistas, tan apreciados para no pocos legisladores.

Dentro del arsenal sancionatorio dispuesto en la Ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal es posible encontrar penas en donde se atiende al fin reparatorio. En efecto, el Art. 10 se refiere a la reparación del daño, dirigido a resarcir a la víctima por los perjuicios causados con la comisión del delito<sup>23</sup>. Por su parte, el Art. 11 regula los servicios en beneficio de la comunidad, a través de los cuales el infractor debe realizar actividades en favor de la colectividad o de personas en situación de precariedad<sup>24</sup>.

Empero, el empleo de estas sanciones ha sido más bien limitado. Entre las razones que se argumentan está la escasa información que dispone el juez para determinar qué tipo de reparación puede establecer y que además, satisfaga a la víctima<sup>25</sup>.

Cabe destacar que gran parte de los programas

---

artículo 241 del Código Procesal penal. En todo caso, no tendrá lugar la limitación establecida en el inciso segundo de dicha disposición, como tampoco su inciso tercero en lo que dice relación con aquél”.

23 Artículo 10.- Reparación del daño. La reparación del daño consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, sea mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor. En este último caso, la imposición de la sanción requerirá de la aceptación previa del condenado y de la víctima. El cumplimiento de la sanción no obstará a que la víctima persiga la responsabilidad contemplada en el artículo 2320 del Código Civil, pero sólo en aquello en que la reparación sea declarada como insuficiente.

24 Artículo 11.- Servicios en beneficio de la comunidad. La sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad. La prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá exceder en ningún caso de cuatro horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el adolescente realice. La sanción tendrá una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120. La imposición de esta sanción requerirá del acuerdo del condenado, debiendo, en su caso, ser sustituida por una sanción superior, no privativa de libertad.

25 Ver Díaz (2010), pp. 55: “Es probable que una de las razones del escaso número de sanciones de reparación dictadas por los jueces se deba a que la LRPA no contempló plazos ni procedimientos especiales para la realización de procesos restaurativos, de manera que, una vez establecido el veredicto de culpabilidad, no se contempla un plazo o período especial para intentar, por ejemplo, una mediación penal cuyo resultado, de llegar las partes a un acuerdo, pudiera ser considerado por el juez en su sentencia. Tampoco se establecen mecanismos que permitan a los jueces saber cuál es el tipo de reparación que la víctima desea recibir. Sin estos antecedentes, es muy difícil que un juez decida imponer una pena de reparación, especialmente porque cuando la reparación no es monetaria sino que consiste en un trabajo a favor de la víctima, se requiere de su acuerdo y el del joven para poder decretarla. Asimismo, el hecho de que el juez carezca de un informe que le señale si el joven tiene o no capacidad para reparar económicamente a la víctima, puede ser una razón adicional que desincentive a los jueces para decretar esta sanción”.

de justicia restaurativa se han comprendido en la esfera juvenil, entendiéndolos como una alternativa real a la justicia penal tradicional. (Mera González-Ballesteros 2009. pp. 167). Algunos casos emblemáticos son los programas implementados en Nueva Zelanda como las llamadas Conferencias Familiares (*Family Group Conferences*) en donde se reúne el infractor, la víctima y grupos familiares de ambos. Participan además, el abogado del infractor, profesionales involucrados en el caso y también la policía, que da a conocer cuáles son los cargos. Lo que se pretende no es solo procurar reparar, sino también la admisión de responsabilidad, de manera de prevenir futuros delitos. Es importante que la solución provenga de las mismas partes involucradas y que el autor asuma su responsabilidad en los hechos. Las soluciones pueden ir desde pedir disculpas hasta la reparación económica<sup>26</sup>. En general, las evaluaciones de estos programas han sido positivas, sobre todo en materia de reincidencia, que presentaría mejores números que la justicia tradicional<sup>27</sup>.

También es posible encontrar experiencias similares en Australia, incluso, tratándose de infractores juveniles con un comportamiento más peligroso. Allí las conferencias tienen una estructura similar a la ya descrita<sup>28</sup>.

---

26 Con detalle, ver Mera González-Ballesteros (2009), Pp. 172 y ss. Blanco/Díaz/Heskia/Rojas (2004), pp. 30 y ss.

27 Así lo expresa Mera González-Ballesteros (2009), pp. 175: “Las evaluaciones de este sistema indican que, en términos generales, las conferencias son vistas de manera positiva por todos los involucrados. Según la evaluación realizada por Maxwell y Morris<sup>19</sup> en 1990-1991, cerca de la mitad de los jóvenes se sintieron involucrados en el proceso de llegar a una decisión. Otra mitad sintió que su voluntad había sido subsumida por su familia, pero de acuerdo a Maxwell y Morris, incluso este porcentaje de involucramiento es mucho mayor al de los jóvenes en la Corte, donde generalmente permanecen pasivos, dejando actuar a sus abogados. En relación a los acuerdos, los jóvenes muestran altos niveles de satisfacción (84, 85%) De las víctimas que participaron, cerca del 60% describe la FGC como de gran ayuda, positiva y reconfortante. Generalmente se sintieron activamente involucradas en el proceso y mejor tras haber participado, pudieron intervenir en el logro del acuerdo y además pudieron enfrentarse cara a cara, lo que les permitió comprender mejor lo que había pasado y enfrentar de mejor manera una situación similar en el futuro. Un cuarto, sin embargo, dijo sentirse peor, especialmente por sentir que el ofensor y su familia no sentían lo que había sucedido. Por otra parte, la reincidencia tras un procedimiento restaurativo de estas características parece no ser peor, y a veces muestra mejores resultados que el sistema tradicional”.

28 Blanco/Díaz/Heskia/Rojas (2004), pp. 33-35, quienes también exponen las experiencias de Canadá e Inglaterra con sus paneles juveniles (pp. 48 y ss.). Estos paneles (*Youth Offender Panels*) están compuestos por voluntarios de la comunidad y uno del equipo para la delincuencia juvenil local. Allí participan el infractor, su familia y, de proceder, la víctima y su entorno de apoyo. El acuerdo debe contemplar todo un programa de actividades de trabajo con el joven y formas de reparación a la víctima o a la comunidad. Se pueden contemplar encuentros con la víctima y ésta pueda opinar sobre el acuerdo. Los paneles trabajan en una fase anterior a la sentencia que obliga al juez y se trata de un primerizo que se ha declarado culpable, salvo que el juez igualmente opine la necesidad de privarlo de libertad. Ver también BARONA (2011), pp. 161 y ss.; Cid Moliné (2009), pp. 123 y ss.

#### 4. Consideraciones desde una perspectiva preventiva. Qué puede destacarse que justifique un empleo mayor a modelos de justicia restaurativa.

Probablemente, una de las grandes ventajas que pueden presentar estos mecanismos alternativos, como es la mediación, guarda especial relación con la posible disminución en los grados de victimización secundaria que puede experimentar la víctima, al no tener que “revivir” el drama que para ella le significó el delito a través de un proceso largo y muchas veces doloroso. En efecto, estos instrumentos alternativos se estructuran sobre la base de una mayor informalidad, en que el eje central no es la confrontación sino que el encuentro y el procurar arribar a una solución que pueda satisfacer a la víctima. Quien además, no debe esperar a la finalización del proceso —muchas veces extensos en el tiempo— para lograr algún grado de reparación. Precisamente, el ambiente que rodea las sesiones busca que la víctima no se sienta intimidada por la presencia del infractor. Asimismo, éste participa en condiciones de igualdad y no debe sentirse coaccionado por el resto de los intervinientes, de manera que el acuerdo sea voluntariamente aceptado.

Las reglas expuestas precedentemente en los instrumentos internacionales apuntan en esta dirección, pues se entiende que son fundamentales para su implementación. En consecuencia, si se pretende impulsar este tipo de mecanismos en la esfera penal debe obrarse con especial cuidado, a fin de ir generando confianza en la sociedad.

En este sentido, no debe olvidarse que la gran mayoría de las personas ven con cierta desconfianza este tipo de mecanismos, pues todavía impera la idea de que la justicia penal debe ir asociada a la imposición de una pena. Es decir, aún existe una valoración mayor para estos sistemas por su mayor carácter coactivo. Hay por tanto, una consideración cultural que no es menor, pues predominan rasgos autoritarios de nuestra sociedad<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Muy clara sobre este punto, DIAZ (2010), pp. 56-57: “Estos rasgos relativos a la tradición política chilena, su sistema judicial y su cultura legal, permiten aseverar que la justicia restaurativa, con sus valores de participación democrática de los ciudadanos en la resolución de sus conflictos, y la creación de órdenes normativos locales, está en tensión con la tradición de las instituciones políticas y la cultural legal y judicial en Chile. Desde el poder judicial, se puede prever resistencia hacia esta forma de justicia, más aún en el ámbito de la justicia penal, que hasta hace muy poco se regía por el principio de legalidad estricta. Con la reforma procesal penal, entra un nuevo actor no considerado previamente en el escenario jurídico chileno, cual es el Fiscal, quien resulta ser clave para el éxito de los programas de mediación penal. Si bien el fiscal ejerce el principio de oportunidad en sentido amplio como una herramienta esencial en su gestión, no es menos cierto que forma parte de una institución autónoma, jerarquizada y centralizada, que tiene a su cargo la investigación de los delitos, dirigiendo para ello a las policías, y que representa el interés público en la persecución penal de

En este orden de ideas, no se observa aún con claridad políticas públicas dirigidas expresamente a implementar mecanismos alternativos de solución de conflictos penales. Incluso, en áreas tan sensibles como la juvenil, predomina un espíritu particularmente punitivista, a pesar de que la experiencia comparada ha demostrado la utilidad de aquéllas.

Sin perjuicio de lo expuesto, puede afirmarse que los mecanismos alternativos, como es la vía de la mediación permitirían satisfacer las funciones preventivas que le caben a las normas del Derecho penal. En efecto, si se valora esta institución desde una perspectiva preventivo general, en la medida en que intervenga un tercero que cumple funciones dentro de un procedimiento regulado, que interceda entre el autor y la víctima en la búsqueda de una solución consensuada, permitiría la reafirmación de la norma jurídica quebrantada<sup>30</sup>. Si bien la mediación ha tenido lugar dentro de un sistema menos formalizado, supone un acto de público reconocimiento de que ha tenido lugar la infracción de una norma penal. Con todo, y como se ha expuesto precedentemente, la anterior afirmación puede dar a algunos cuestionamientos, pues, no son pocos los que sostienen que estas manifestaciones “privatizadoras” generarán desconfianza al sacrificarse a la víctima potencial —la sociedad— en pos de la víctima actual.

En lo que respecta a consideraciones preventivo especiales, dado que las medidas que se adoptan no suponen graves limitaciones a los derechos fundamentales del autor —como sí sucede con las penas privativas de libertad—, no se lo expone a un importante factor criminógeno como lo es la convivencia carcelaria (Cid Moliné. 2009) En consecuencia, las posibilidades de reinserción social se acrecientan.

Además, y creo que se trata de uno de las particularidades más relevantes de estos mecanismos alternativos, el que el autor se “contacte” con la víctima, el que pueda apreciar directamente las consecuencias de comportamiento, puede producir en aquél una fuerte impresión que fortalecería su

los delitos. Esto permite pensar que el fiscal tendrá ciertas resistencias para delegar o transferir el poder sobre la resolución de un caso penal a las partes directamente afectadas por el mismo y/o a la comunidad, misma resistencia que podrían tener los jueces en delegar la decisión del caso a las partes, en la fase de sentencia (por ejemplo, en la sanción juvenil de reparación del daño)”.

<sup>30</sup> Al respecto, Barona (2011), pp. 263 y ss.; Cid Moliné (2009), pp. 125-126, quien frente a las críticas de que la justicia restaurativa dispone de sanciones blandas, cuyo cumplimiento depende la buena voluntad del infractor, argumenta que en el caso de no cumplirse con los acuerdos, opera la justicia penal como segunda opción, con toda su capacidad intimidatoria e incapacitadora. Es decir, el infractor sabe que el sistema es inexorable y que funciona.

proceso de reinserción y el de asumir activamente la responsabilidad para reparar el daño causado<sup>31</sup>.

## Referencias

Albrecht, P. (2006). *La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal*, (trad. de Luis Reyna), en SCHÜNEMANN/ALBRECHT/PRITTWITZ/FLETCHER (pp. 58). Lima: Grijley.

Bacigalupo, E. (2005). *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Barona Vilar, S. (2011). *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico* (pp. 95, 102 y ss., 161, 263). Valencia: Tirant lo Blanch.

Binder, A. (2011). *Análisis de la política criminal* (pp. 180 y ss.). Buenos Aires: Astrea.

Blanco, R/Díaz, A/Heskia, J/Rojas, H (2004): "Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública", en Colecciones de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado (6) pp. 10, 11, 13, 14, 29 y ss.

Cancio Meliá, M. (1998). *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (pp. 17 y 18). Barcelona: Bosch.

Carnevali, R. (2008). Derecho penal como Ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius Et Praxis*, 1(14), pp. 13 y ss.

Carnevali, R. (2014). Conferencia Seminario "La víctima en el sistema de justicia penal". Mesa "La víctima en el Derecho Penal Internacional" ", en VV.AA., "La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva Jurídica y criminológica". *Política Criminal*, 9(18), 776 y ss. Retrieved from [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_09/n\\_18/Vol9N18D1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf)

Cid Moliné, J. (2009). *Revista De Estudios De La Justicia, Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal*(11), pp. 112, 118, 123-126.

De Vicente Remesal, J. (1997). *La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro* en Silva Sanchez, J. (2009). *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*. pp. 174-175. Barcelona: Bosch.

Díaz, A. (2010). *La experiencia de la mediación Penal en Chile, en Política Criminal. Política Criminal*. Retrieved 23 July 2016, from [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf), pp. 2, 5,17, 50-57.

Fletcher, G. (2008). *Gramática del derecho penal* (pp. 36). (Trad. MUÑOZ CONDE, F. Buenos Aires: Hammurabi.

García-Pablos De Molina, A. (2009). *Tratado de criminología* (4th ed., pp. 78 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanch.

González Ramírez, I. (2014). "¿Es necesario incorporar formalmente mecanismos propios de la justicia restaurativa en el sistema penal chileno?", en GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel

(Dir.), *Herramientas para el cambio desde la gestión del conflicto. Anuario Del Centro De Mediación, Negociación Y Arbitraje De La Universidad Central De Chile*, 1, pp. 40-42, 125.

Guerrero, O. (2006). *El difícil encuentro entre el proceso civil anglosajón y el procesal penal continental*. Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. pp.1047 y ss.

Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho penal Trad. Francisco Muñoz Conde* (pp. 92,93). Barcelona: Bosch.

Hirsch, H. (1992). *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*, (trad. E. Carranza), en VVAA, *De los delitos y de las víctimas* (pp. 81). Buenos Aires: Ad-Hoc.

Horvitz Lennon, M/López Masle, J (2002). *Derecho procesal penal chileno*. T. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Lamas Leite, A. (2008). *A Mediação penal de adultos. Um novo "paradigma" de justiça?* (pp. 37 y ss.). Coimbra: Coimbra.

Maier. (2000). *Prólogo, en Rodríguez Fernández, G (Comp.), Resolución alternativa de conflictos* (pp. II). Buenos Aires: Editorial del Puerto.

Mera González-Ballesteros, A (2009): *Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y responsabilidades, Ius et Praxis* 2(15) pp. 167, 168, 172 y ss., 183, 186, 189.

Nogueira, H. (2007). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Santiago: Librotecnia.

Queralt, J. (1997). *Víctimas y Garantías: Algunos cabos sueltos en SILVA SANCHEZ, J. (2009). Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin* (pp. 145). Barcelona: Bosch.

Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal* (pp.80). Buenos Aires: Editorial del Puerto.

Schünemann, B. (2006). *El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas* (trad. de Luis Reyna), en Schünemann/Albrecht/Prittwitz/Fletcher, *La víctima en el sistema penal* (pp. 35, 36). Lima: Grijley.

Silva Sánchez, J. (1997). Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación». *Revista Del Poder Judicial*, pp. 45, 190,196.

Silva Sánchez, J. (2009). Una crítica a las doctrinas penales de la "Lucha contra la impunidad" y del "Derecho de la víctima al castigo del autor". *Revista De Estudios De La Justicia*, pp. 11, 35-56.

Silva Sanchez, J. (2015). *En busca del Derecho Penal* (pp. 6). Montevideo - Buenos Aires: B de F.

Tavolari, R. (2005). *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos* (pp. 268). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

31 Mera González-Ballesteros (2009), p. 189, señala que uno de los objetivos más importantes de estos procedimientos es que el ofensor acepte su responsabilidad, eventualmente se pueda disculpar y se prepare un plan de reparación. Destaca que la experiencia ha demostrado que las disculpas sinceras ayuda a su reinserción futura. Por ello es tan importante la participación voluntaria. Así también, Cid Moliné (2009), p. 125, pues el infractor sentirá que es tratado con justicia y no es estigmatizado. Además, las sanciones no son excluyentes lo que permitirá reafirmar su reconciliación dentro de la comunidad.