

1 Universidad Central de Chile
Santiago – Chile
<https://orcid.org/0000-0001-6845-8198>

2 Universidad Central de Chile
Santiago – Chile
<https://orcid.org/0000-0001-8232-0822>



Las consecuencias de regular normativamente la mediación penal en el Sistema Acusatorio de Tradición Jurídica Continental en Chile

THE CONSEQUENCES OF NORMATIVE REGULATION OF CRIMINAL MEDIATION IN THE ACCUSING SYSTEM OF CONTINENTAL LEGAL TRADITION IN CHILE

Isabel Ximena González Ramírez¹ y
María Soledad Fuentealba Martínez²

Resumen

Este artículo trata de un estudio que evalúa las consecuencias de regular normativamente la mediación penal en un sistema acusatorio de corte continental en Chile, como salida alternativa autónoma. Por medio de un diseño exploratorio-descriptivo con metodología cualitativa y de derecho comparado, utilizando fuentes secundarias y además un acotado trabajo de campo en una muestra de operadores jurídicos. Concluyendo que esta inclusión normativa sería un aporte para el sistema penal, para la víctima, imputado y sociedad, requiriendo se regulen exhaustivamente aspectos que impidan decisiones discriminatorias en la derivación y forma de término que se da a los delitos mediados, para no afectar el principio de legalidad procesal.

Palabras-clave

Regulación; mediación penal; principio de legalidad procesal; justicia restaurativa.

Abstract

This article presents a study that evaluates the consequences of normative regulation of Criminal Mediation in an accusatory system of continental tradition like the Chilean, as an alternative and autonomous solution. The approach works by means of an exploratory-descriptive design, using qualitative methodology and comparative law, as well as secondary sources and a limited fieldwork in a sample of legal operators. The conclusion is that this normative inclusion could represent a contribution to the criminal system, to the victim, the accused and society, once it would require the exhaustive regulation of issues that prevent discriminatory decisions in the derivation and termination of the mediated crimes, so as not to affect the principle of procedural legality.

Keywords

Regulation; criminal mediation; principle of procedural legality; restorative justice.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza las consecuencias de la regulación normativa de la mediación penal en Chile, que cuenta con un sistema acusatorio de corte continental, y la incidencia que esto tiene respecto del principio de legalidad procesal, para estos efectos se compara la manera como se aplica este mecanismo de la justicia restaurativa en países pertenecientes a la tradición jurídica del *common law* y continental. Usando como parámetro los dos países que sirven para el análisis comparado en el ámbito jurídico, el francés para el sistema continental, más cercano al prototipo Latinoamericano, y el inglés para el anglosajón (CORRAL TALCIANI, 2008, p. 62). El logro de este cometido se realiza a través de cinco etapas (EBERLE, 2009).¹ Lo que nos permite evaluar con mayor seriedad la posibilidad de inclusión de la mediación como forma de salida alternativa autónoma en el sistema penal, especialmente en Chile.

Para estos efectos, se ocupará un diseño de investigación exploratorio-descriptivo con una metodología cualitativa y de derecho comparado (CORRAL TALCIANI, 2008, p. 62), la que incluye un análisis teórico y de percepciones de los operadores jurídicos sobre la influencia interaccional de las variables en estudio (inclusión normativa de la mediación penal versus la incorporación informal de la mediación penal), sus consecuencias y su afección al principio de legalidad procesal.

En este estudio usaremos uno de los conceptos de mediación penal dado por Tamarit Sumalla (2012, p. 17 y 29), “es un proceso restaurativo que responde a un espacio de dialogo entre víctima y ofensor, facilitado por un tercero, en que los protagonistas interactúan asistidos por un mediador que crea el ambiente adecuado que permita una comunicación efectiva y beneficiosa según las necesidades de ambos”. Lo que nos permite, como autoras del presente artículo, enunciar como definición propia: mecanismo restaurativo en el cual las partes de un conflicto que tiene como base un delito, mediante un encuentro voluntario, en un espacio protegido y guiado por un tercero imparcial, procuran el reconocimiento del daño causado a la víctima y la posibilidad de ser reparada conforme a sus necesidades y a las opciones del infractor, para restaurar el equilibrio individual y social con miras a reintegrar a las partes a una convivencia social sana.

Ahora bien, la metodología comparada permitió entender que si bien en países del *common law* ha existido mayor desarrollo de mecanismos restaurativos, las ideologías que motivaron la aplicación de la mediación penal se inspiran en distintas maneras de concebir e impartir

•••

1 Que son: 1) definir el problema sustantivo que va a ser investigado en los distintos ordenamientos legales; 2) justificar la selección de los países a comparar; 3) producir reportes individuales por cada uno de los países analizados; 4) realizar un corte transversal en base a los informes individuales, de manera tal, de acceder a un sistema comparativo, de similitudes y diferencias; 5) analizar de forma separada cada una de las diferencias y similitudes detectadas, con objeto de definir las observaciones comparativas, ensamblando sus resultados, conforme a los datos obtenidos, así como elementos rescatables del análisis de los sistemas extranjeros.

justicia, por lo que las razones de su implementación masiva, que no han requerido de regulación normativa, no sirven como modelo a aplicar en países de corte continental, que tienen estricto apego a la norma y al principio de legalidad procesal a diferencia de la flexibilidad que posee el *common law* para decidir sobre la acción penal.

Es así como para evaluar el impacto que causa la incorporación de la mediación penal como salida alternativa autónoma, en el sistema normativo procesal penal, se partirá por analizar sucintamente el principio de oportunidad.

I EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Por este se entiende: “la facultad entregada al órgano persecutor de no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político-criminales” (HORVITZ; LÓPEZ, 2002, p. 48).

Según Dávalos (2010), existen dos modelos de oportunidad: a) la oportunidad como regla: donde el sistema de enjuiciamiento penal estadounidense desconoce el principio de legalidad. En este, la oportunidad constituye la regla sobre la cual descansa el funcionamiento del sistema. Las facultades discrecionales del Ministerio Público son de una importancia tal que es el fiscal quien domina por completo el procedimiento. Facultades que le permite desistirse de la acusación y también un amplio espectro de actos intermedios como los de plantear una reducción en los cargos en la acusación; y b) la oportunidad como excepción en cambio: es el sistema adoptado por la Ordenanza procesal penal alemana, que consagra como regla el principio de legalidad, constituyendo la aplicación de los criterios de oportunidad, un supuesto de excepción a este principio general. En este sistema los poderes discrecionales del Ministerio Público se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal no promoviendo la acción correspondiente o desistiendo de su ejercicio cuando es permitido legalmente. Por tanto, en el sistema continental, cuando los mecanismos restaurativos operan en virtud de facultades expresa o tácitamente otorgadas al órgano persecutor nos hallamos frente al principio de oportunidad como excepción.

Ahora bien, cuando la justicia penal en Latinoamérica inició hace más de 15 años un proceso de modernización, pasando de un sistema penal de corte inquisitivo a uno de carácter acusatorio, oral y público (HORVITZ; LÓPEZ, 2004, p. 31), se incorporó en el proceso penal el principio de oportunidad, que entre otras manifestaciones incorpora salidas alternativas. Por medio de ellas, el sistema penal utiliza criterios que tienden primordialmente a su eficiencia, intenta autorizar mecanismos autocompositivos, en caso de que los criterios preventivos y el interés público en la sanción penal no se comprometan (HORVITZ; LÓPEZ, 2002, p. 50 y ss.).

Se han definido las salidas alternativas como los “mecanismos de solución de conflictos, que buscan que las partes alcancen acuerdos con el fin de evitar dirimir los problemas en el sistema penal” (JIMÉNEZ BOLAÑOS, 2015, p. 162). En este sentido parece existir confusión

entre la forma de término del proceso y los mecanismos de resolución restaurativos que se ocupan, los que jugar un rol mucho más importante que estas salidas, ya que cuentan con un proceso de gestión del conflicto entre las partes involucradas.

Así las cosas, el principio de oportunidad o de discrecionalidad de la acción pública obliga a implementar mecanismos de selección. Principio que en su sentido amplio se ha enmarcado la aplicación de la mediación penal en los países en que no existe ni legal, ni jurisprudencialmente un reconocimiento formal de tal herramienta.

Este principio constituye una excepción en los sistemas de corte continental, donde se afirma la persecución de oficio y la víctima se observa desapoderada de su papel en el proceso, considerándose el delito no como una lesión hacia ésta, sino que más bien contra el orden establecido (ANITUA, 2004, p. 69-70); como consecuencia de lo anterior, en Francia, principal referente para el sistema continental europeo, se asentó un sistema penal operado por jueces profesionales fuertemente controlados por la corona, mientras que en Inglaterra se consolidó un sistema de jurados relativamente independientes (GLAESER; SHLEIFER, 2002, p. 1194), dado su resistencia hacia la consolidación de la estructura estatal, protegiendo la ley común su origen popular (ANITUA, 2004, p. 69).

Es así como el desarrollo del Derecho Penal en el sistema continental europeo es un producto moderno, fundado sobre los principios de legalidad, materialidad de los delitos, responsabilidad personal, juicio oral y contradictorio entre las partes y la presunción de inocencia (FERRAJOLI, 1995, p. 33). Donde el paso de un procedimiento de tipo inquisitivo a uno acusatorio mantuvo las metas principales del proceso. Sistema de justicia, en que la sanción intenta cumplir un fin de orden público y satisfacer expectativas de prevención general, quedando las expectativas personales y soluciones de consenso, relegadas a lo privado (GALAIN, 2009, p. 36).

Por esta razón, la mediación penal en los procesos penales de Latinoamérica se inserta en el principio de oportunidad, para determinados tipos de delitos, a diferencia de los sistemas del *common law* donde el *Bargain* o justicia negociada pueden utilizarse en una amplia gama de delitos, como ocurre en EE.UU. En los países del *common law* no se discute acerca de la inclusión de formas consensuadas de solución del conflicto penal, el sistema las acepta plenamente, además, tienden a interesarse por reparar el daño a la víctima, más que a una verdad histórica (GALAIN, 2009, p. 38 y ss.), atribuyéndose a Inglaterra el origen de los modelos procesales de participación ciudadana (HENDLER, 2006, p. 8-9).

Con todo, las diferencias entre estas dos grandes familias jurídicas (*common law* y *continental law*) tienden a atenuarse (GLAESER; SHLEIFER, 2002, p. 1194 y ss.), y con la transición del sistema continental hacia un modelo acusatorio se incorporan prácticas restaurativas de los sistemas anglosajones.

Ahora bien, el principio de oportunidad constituye la contrapartida del denominado principio de legalidad procesal y asume un carácter excepcional frente a éste que, a su vez, representa una limitación a la actuación del órgano encargado de la persecución penal, y que le

impone la obligación, una vez que ha tomado conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, de iniciar su persecución y de no suspenderla o hacerla cesar a su arbitrio.

2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL

De este modo, en Latinoamérica se consagra el principio de legalidad (o indisponibilidad), que puede entenderse como “la automática e inevitable reacción del Estado a través de sus órganos, para que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo comiencen a investigarlo, reclamen luego el juzgamiento y si corresponde el castigo” (BUTELER, 1998, p. 32).

Por otra parte, cabe mencionar que en materia de política criminal el principio de oportunidad se visualiza muchas veces como antinomia del de legalidad, lo que no es absoluto, dado que si es la ley que da a los órganos encargados de la investigación penal la facultad de no iniciar la investigación o suspender provisoriamente la ya iniciada (AGUAD et. al., 2011), determinando las condiciones de esta decisión, que no opera discrecionalmente y no afecta la legalidad procesal,

Al respecto, Buteler (1998, p. 17) admitió la deslegitimación del principio de legalidad procesal en términos absolutos, y su tensión con el de oportunidad, pronunciándose por morigerar el primero incluyendo al segundo. Donde las salidas alternativas representan este cambio de perspectiva de la tradición jurídica continental, las que según dice Zarate Campos (2002-2003 p. 126-127) implementaron criterios de discrecionalidad reglada y restringida, siendo el más fundamental de ellos la aplicación de racionalidad de la persecución penal y mayor transparencia en la selectividad de los casos que son investigados por las agencias públicas.

Ahora bien, la característica común de la aplicación de la mediación penal es que el juez de garantía al aprobar ésta como salida alternativa hace las veces de juez encargado de dictar sentencia, quién pasa a quedar habilitado para ejercer legalmente funciones jurisdiccionales, extinguiendo de esta forma la acción penal. Por estas razones, algunas tendencias menos proclives a su uso afirman que esta salida no regulada expresamente se encuentra íntimamente ligada a la inobservancia del principio de legalidad procesal.

Entendiendo que la institución de la mediación penal puede ser formal o informal, dependiendo si está reglada o no por la ley. Cuando es una salida alternativa reglada se determinarán de forma previa, pública y transparente los criterios de selectividad de los delitos, permitiendo relativizar en menor medida el principio de legalidad procesal. El que importa un sistema de control a la discrecionalidad en la persecución penal, bajo el que subyace una noción paternalista del persecutor, con matices del antiguo sistema inquisitivo.

Se ha sostenido que uno de los fundamentos principales del principio de legalidad sería la igualdad ante la ley, lo que se explica en la medida que uno de los fines de este sería evitar arbitrariedades y discriminaciones en la persecución de los delitos (LANGBEIN, 1974,

p. 447 y ss.). El principio de legalidad para algunos no es solo un cuerpo de preceptos legales, sino también aquellos procedimientos jurídicos por los cuales se pueden aplicar estos (HALL, 1960, p. 45).

Adicionalmente, como señala Roxin (2006, p. 89), tras el principio de legalidad es posible encontrar la idea de retribución, “[...] según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación a la ley penal”.

Es así como en los sistemas inquisitivos, el papel del Ministerio Público y de la víctima era absolutamente irrelevante, porque son sistemas sin acción, por lo que la apropiación de la acción por el Estado parecía natural y muy ligada a determinar los delitos y las penas. En cambio, una consecuencia del régimen acusatorio (MÁRQUEZ, 2007, p. 201-212)² es el de dar legitimidad al Ministerio Público para ejercer la acción. En esta línea, si se parte del supuesto que la finalidad del proceso penal es buscar la verdad del hecho punible y castigar al autor para restablecer la validez de la norma lesionada (HORVITZ, 1994) no existiría lugar para la negociación (VIDELA BUSTILLOS, 2010, p. 296).

Pero tal principio se encuentra actualmente cuestionado, como expresa Neuman (2005, p. 97), y es tendencia mundial que no sea entendido de forma tan rigurosa como antaño, principalmente por la dificultad de tratar de conciliarlo con los fines preventivos generales y especiales de la pena (HORVITZ; LÓPEZ, 2004, p. 47).

Desde la perspectiva de Hassemer (1988, p. 8), el aseguramiento de la norma presupone que el proceso penal se va a aplicar tal y como el derecho material lo dispone, es decir, según la legalidad jurídico material, implicando el principio de oportunidad una implementación selectiva y oportunista de normas jurídicas materiales en el proceso penal, siendo esto una forma de debilitar estas normas a largo plazo. Sostiene este autor que considerando que el principio de legalidad asegura la igualdad de trato de los ciudadanos, desde el momento en que se obliga a una aplicación igualitaria de las normas jurídicas, el principio de oportunidad lesiona este mandato, poniendo en peligro la división de los poderes, cuando la autoridad instructora puede decidir autónomamente sobre la no persecución de hechos delictivos, tomando el poder ejecutivo la facultad del poder judicial de hacer un juicio sobre la punibilidad de un comportamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, si los procesos restaurativos operan después de la determinación de la culpabilidad y por medio de la reparación del daño causado por el ilícito, no habría ninguna razón para sugerir una interferencia entre la mediación penal y el principio de legalidad. Sin embargo, cuando esta desviación opera en una etapa anterior, como dice Portales (2014), la mediación penal requiere ser institucionalizada en el núcleo mismo del

...

2 Márquez sostiene que una de las bondades de la reforma procesal en la mayoría de los países del continente americano fue la implementación de algunas orientaciones restaurativas como una alternativa a la justicia penal.

procedimiento penal, para que se respeten los principios constitucionales de un Estado de Derecho.

Ahora bien, para focalizar la discusión en el principio de legalidad procesal, se debe entender que a los derechos materiales le corresponderá dar directrices sobre todos los individuos en forma duradera y general, en cambio al procesal dirigir conductas de los sujetos procesales, uno determina la ilicitud y el otro lo eficaz o ineficaz. En ese sentido el principio de legalidad procesal hace énfasis en la idea del derecho, como justicia y la oportunidad como efectividad (HORVITZ; LÓPEZ, 2002, p. 45).³

Por su parte, Carnevali (2005, p. 28) sostiene que también corresponde al derecho penal determinar en qué casos el sistema penal no debe intervenir y no debe imponer una pena. Así lo ponen de manifiesto las salidas alternativas, que no suponen una pena, apuntando más bien a procurar la verdad procesal más que a la histórica.

Para Hassemer (1988, p. 8-11) la oportunidad no es el instrumento correcto para la des-criminalización, que pertenece más bien al derecho penal material. Cuando existen supuestos de oportunidad, el respeto al Estado de Derecho dependerá de que los casos estén determinados con absoluta precisión, ya que las reglas de oportunidad vagamente formuladas destruyen el principio de legalidad, por que las decisiones de las autoridades instructoras de no perseguir un delito no pueden controlarse eficazmente y limitarse. Ahora, existen aún otros medios de limitar los peligros de la oportunidad para el Estado de Derecho, que son: participación del tribunal competente o juez instructor como instancia de control y la aceptación del afectado.

En este contexto el régimen de la acción penal y las normas relativas a ella conforman una legislación de contenido político, transformándose en uno de los elementos fundamentales de soporte de la legitimación del Estado en el proceso penal. Ya que al asumir éste el poder de requerir y por otro el poder de juzgar se garantiza el monopolio de la persecución penal (BINDER, 2009, p. 213-225).⁴

Al respecto Maier sostiene que la obligación persecutoria durante muchos siglos no existió, primando el modelo privado de persecución penal, esto antes del desarrollo del Estado moderno, por lo que la persecución penal pública es solo un modelo posible no el único (BINDER, 2009, p. 77).

Sin embargo, algunos defensores del principio de legalidad ven en la mediación penal el arribo de una justicia privada, donde faltan las garantías del debido proceso y en que se

•••

3 Contemplado en el art. 83 de la Constitución Política de Chile, en donde se establece que el ejercicio de la acción penal deberá sujetarse a lo que señala el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

4 Lo que para Binder no está del todo claro.

carecería en los acuerdos de la imparcialidad de un juez penal (DÁVALOS, 2010). Así este **desvío** de la persecución que representa la mediación, en la medida en que depende de la voluntad del delincuente, puede hacer caer al Estado en un incumplimiento de su deber de evitar la arbitrariedad y la discriminación en la persecución de los delitos (HARTMANN, 2010, p. 205).

Argumento que admite discrepancias que permiten afirmar que la mediación penal no debe ser un obstáculo para la igualdad ante la ley, dado que la defensa estricta del principio de legalidad representa una pretensión sesgada e irreal de igualdad de trato, que simplemente no se puede lograr a través de la práctica de la persecución penal (LANGBEIN, 1974, p. 467).

Para Binder (2009, p. 220-223) la acción penal pública debe ser diseñada de modo más complejo, dado que hay casos que aun existiendo interés social el Estado no debe encargarse de forma excluyente de la persecución penal. Es así como la relación entre la acción privada y pública debe ser dinámica, careciendo de sentido que el Estado asuma solo el ejercicio de esta acción, dejando fuera a la víctima y abandonándola después por estar sobrepasado.

Por esta razón el sistema de justicia penal holandés está empezando a incluir más y mayores prácticas que no tienen una intención punitiva, sino más bien el desarrollo personal y social del delincuente (BLAD, 2003, p. 196). Esta tendencia se observó también en Bélgica con las propuestas del año 2000 para reorientar sus sentencias a un enfoque más reparador (MORRIS, 2003, p. 469).

En Latinoamérica, respecto a la regulación de la mediación penal en Argentina, Del Val (2012, p. 290) argumenta que se requiere para no afectar el principio de legalidad que la ley cree un órgano administrativo, que determine con criterios claros que delitos van a mediación. Además, que como el artículo 71 del Código Penal legisla todo lo relativo a la acción penal, es necesario que en este mismo cuerpo legal se regule lo relativo a las acciones mediables, incluyendo la reparación como pena. Finalmente debe evitarse caer en una ilegalidad al funcionario público al que el artículo 274 del CPP conmina con una pena si deja de promover la persecución penal.

Es así como las opiniones respecto a la naturaleza de la acción penal están divididas, por una parte, Maier (2008, p. 350-357) sostiene que estas corresponden al derecho de fondo porque se trata de decisiones políticas que definen el sistema penal y, por otra, Mendaña (2007) afirma que la acción penal es una cuestión de forma, porque el artículo 71 no siempre estuvo en el Código Penal. Entendiendo entonces que esta discusión va a estar siempre atrás de la aplicación de un mecanismo de mediación penal, parece necesario regular muy rigurosamente la reglamentación para su implementación en países de corte continental.

3 EL SISTEMA DEL *COMMON LAW* Y EL SISTEMA EUROPEO CONTINENTAL

Ahora bien, para tratar sobre la aplicación de una institución como la mediación penal en Latinoamérica, es importante plantearse que la mayoría de nuestros sistemas jurídicos son

de corte continental, y que a pesar que este y el sistema del *common law* (GLAESER; SHLEIFER, 2002, p. 1193 y ss.)⁵ comparten raíces ideológicas y jurídicas, las diferencias entre ellos son variadas (FLEINER, 2005, p. 4).

Según Hendler (2006, p. 18-19), hay dos variantes del sistema de enjuiciamiento penal que son las de mayor influencia en la cultura occidental, las desarrolladas en Inglaterra por un lado y en Francia por otro, las que para ser distinguida se les ha llamado sistema acusatorio e inquisitivo, asignándose como característica diferenciadora de lo inquisitivo el juicio por jurados, que declinó en la época del Imperio Romano con Constantino, cuando los ciudadanos dejaron de tener la atribución de ejercer la acusación y paso la autoridad pública a ejercer esta acción, que al comienzo se llamó jurisdicción extraordinaria, cuando los magistrados conocían sin participación del jurado, la que se convirtió después en ordinaria con Diocesano, surgiendo la instrucción preliminar dirigida al juez.

En Inglaterra, la encuesta era confiada al vecindario, quien presentaba la acusación por medio de la asamblea del vecindario ante los funcionarios reales itinerantes (STEPHEN, 1883, p. 254-255). Estos tuvieron que acudir al testimonio de los mismos vecinos denunciantes para resolver sobre la culpabilidad del acusado. Donde para mantener la imparcialidad se recurría a un círculo más amplio de vecinos, dando lugar al gran jurado con 23 personas y pequeños con 12 (HENDLER, 2006, p. 2).

La característica común en Francia e Inglaterra era que se trataba de un procedimiento de oficio a iniciativa de la autoridad, con el que se buscaba establecer los hechos de forma más confiable que en las ordalías. Los franceses tuvieron los dos sistemas, estas encuestas públicas y las pruebas de testigos individuales de tradición Romano Canónico. En Inglaterra, en cambio, estas prácticas participativas entendidas como autogobierno y democratización se mantuvieron curiosamente aun después de la consolidación del poder central de gobierno. Lo contrario ocurrió en Francia y Alemania por la debilidad del gobierno central (HENDLER, 2006, p. 22-23).

Ahora bien, España, Italia y Alemania recibieron la influencia del código de instrucción criminal francés de 1808, de carácter mixto, esto es inquisitivo reformado, lo que influenció a América Latina (HENDLER, 2006, p. 17).

Por otro lado, el paso de Gran Bretaña de un Estado estamentario a una democracia de tipo parlamentaria se verificó sin que en tal proceso se plasmara un despotismo monárquico, contrario a lo sucedido en Francia, de manera que “nunca hubo un poder público absoluto que se colocara sobre sus leyes” (HORVITZ, 2005, p. 21 y ss.). Como consecuencia de lo anterior, en Francia, referente para el sistema continental europeo, se asentó un sistema judicial

•••

5 También denominado por quienes han desarrollado estudios comparativos como *French Civil Law System*, entre otros.

operado por jueces profesionales fuertemente controlados por la corona, mientras que en Inglaterra se consolidó un sistema de jurados relativamente independientes (GLAESER; SHLEIFER, 2002, p. 1194).

En el contexto del *common law*, la ley es solo un elemento del sistema. Así, la Constitución de Inglaterra es una mezcla de derecho estatutario, precedentes y tradición, pasadas todas éstas en actas parlamentarias, de ahí que la ley sea concebida “más como un producto de justicia que como voluntad política soberana”; contrario a lo que sucede en sistemas continentales (TERRILL, 2012, p. 19, 21 y ss.).

Es así como el desarrollo del derecho penal en el sistema continental europeo es un producto moderno, fundado sobre los principios de legalidad, materialidad de los delitos, juicio oral, contradictorio entre las partes y con presunción de inocencia (FERRAJOLI, 1995, p. 33). Donde el paso de un procedimiento de tipo inquisitivo a uno acusatorio mantuvo las metas principales del proceso la persecución penal pública y la búsqueda de la verdad histórica (MAIER, 2008, p. 344).

Las diferencias entre estos sistemas jurídicos permiten explicar cómo es que mecanismos de solución de conflictos propios de la justicia restaurativa han tenido una gran difusión en los países en que predomina la tradición del *common law*⁶ (GLAESER; SHLEIFER, 2002, p. 1193 y ss.), donde no se discute acerca de la inclusión de formas consensuadas de solución del conflicto penal, el sistema acoge dichas alternativas y se interesa en reparar el daño a la víctima, más que a una verdad histórica (MAIER, 2008, p. 358 y ss.), atribuyéndose a Inglaterra el origen de los modelos de participación ciudadana en los procesos penales (por todos: HENDLER, 2006, p. 8-9), los que han observado incipiente aplicación en los de tradición Continental Europea.

3.1 EL SISTEMA DE JUSTICIA CRIMINAL Y LA MEDIACIÓN PENAL EN REINO UNIDO⁷

En el sistema de justicia criminal de Reino Unido⁸ prevaleció un modelo de enjuiciamiento (FERRAJOLI, 1995, p. 565)⁹ de tipo *acusatorio* (SPENCER, 2004, p. 5), contrario a las otras

...

6 También denominado por quienes han desarrollado estudios comparativos como *French Civil Law System*, entre otros, véase: Glaeser y Shleifer (2002).

7 Aporte a la investigación de Samuel Malamud Herrera, Abogado “Unidad especializada de lavado de activos, delitos económicos, ambientales y criminalidad organizada” (ULDDECO). Fiscalía Nacional.

8 Escocia, Gales, Inglaterra e Irlanda del Norte, entendiéndose para estos efectos los países con mayor territorio, Inglaterra y Gales.

9 Si bien hay que reconocer que en la antigüedad, tanto en Grecia como en Roma, predominaba un proceso marcadamente acusatorio, a causa del carácter predominantemente privado de la acusación y de la consiguiente naturaleza arbitral tanto del juez como del juicio.

naciones europeas, donde luego que Napoleón dictara el *Code d' instruction Criminelle* (1808) se extendió en la Europa continental un proceso de tipo *mixto* entre inquisitivo y acusatorio (FERRAJOLI, 1995, p. 565-566).¹⁰

La razón por la que el modelo procesal acusatorio no habría desaparecido en Inglaterra en el medioevo, como ocurrió en el resto de los países europeos se debió a su fuerte sentimiento de autonomía social (RODRÍGUEZ, 2013, p. 6), así como a una concepción acerca de la relación entre el Estado y las personas, que se traduce en un sentimiento de desconfianza en los gobernantes (HORVITZ; LÓPEZ, 2004, p. 111-112). Lo que influyó en delegar potestades estatales a las comunidades y jurados, lo que se traduce en el juzgamiento por pares, de la *Magna Carta*.¹¹

Recién entre 1829 a 1856 se asentaron, en Inglaterra y Gales, servicios de policía profesional.¹² Los que a diferencia del resto de Europa, se organizaban de forma local, como policías comunitarias, no se hallaban bajo la dependencia del gobierno local; ni bajo las órdenes de ningún órgano de persecución, detentando el ejercicio de la acción con amplias libertades (SPENCER, 2004, p. 14-15). En 1879 para oficializar esta situación se creó la Oficina del Director de Persecución Pública (*Office of the Director of Public Prosecution*) y en 1985 fue creado el Servicio de Persecución de la Corona (*Crown Prosecution Service*) (SPENCER, 2004, p. 15). Dándose mayor relevancia a la actividad estatal y a la etapa prejudicial dentro del proceso, etapa que hoy es una fase regulada de importancia. Desestimándose gran cantidad de *casos débiles* en esta etapa (SPENCER, 2004, p. 15-16).

Ahora bien, dentro de los órganos que forman parte del sistema de justicia criminal en Reino Unido están: a) la policía es descentralizada, con un fuerte control de los gobiernos locales (WHITE, 2002, p. 7). Con gran relevancia dentro del proceso penal, especialmente en la fase prejudicial, con amplias facultades para determinar la existencia de persecución criminal (WHITE, 2002, p. 8-9); b) el Servicio de Persecución de la Corona (SPC) es una agencia estatal que sirve como *punte* entre la investigación llevada a cabo por la policía y el eventual juicio (WHITE, 2002, p. 9). Existen pautas reglamentarias y guías que orientan

...

10 Unas de las primeras naciones en abandonar el paradigma de tal código fueron Alemania e Italia, que en 1974 y 1988, respectivamente, suprimieron la figura del juez instructor dentro de sus sistemas: Spencer (2004, p. 11).

11 Señala expresamente el párrafo 39° de este antiguo documento legal: “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment **of his equals** or by the law of the land.” Disponible en: <<http://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>> (consultado el 20 jul. 2016 – el destacado es nuestro).

12 Disponible en: <<http://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>>, 2016, p. 14.

tal decisión¹³; c) el Servicio de Defensa Penal, que debe dar asistencia legal gratuita (WHITE, 2002, p. 10); y d) el sistema de tribunales compuesto por (*Courts*): los Tribunales de Magistrados (*Magistrate's Courts*); el Tribunal de la Corona (*The Crown Court*); y los Tribunales Juveniles (*Youth Courts*).¹⁴ En los dos primeros (WHITE, 2002, p. 11) intervienen legos.¹⁵

Existe un reconocimiento expreso en el Código para los Persecutores de la Corona (CPC) que avala las amplias facultades y la discrecionalidad que se le reconocen, tanto a la Policía como al SPC, a la hora de decidir sobre el ejercicio de la acción penal (ALLEN, 2002, p. 167).

Las prácticas restaurativas han tenido considerable aplicación en el sistema de justicia criminal de Reino Unido. Pero contrario a lo que ha sucedido en otros sistemas, tales prácticas no se han asentado gracias a la legislación, sino que por la acción propia comunidad. En efecto, la primera expresión de justicia restaurativa en Inglaterra y Gales tuvo su origen en la comunidad misma, sin norma legal alguna y ausente de todo apoyo gubernamental. Esto tuvo lugar en Bristol, el año 1972, con un programa piloto de mediación víctima-ofensor (MVO), replicado en otras localidades (GAVRIELIDES; ARTINOPOULOU, 2007, p. 64). No fue sino hasta 1997 que el gobierno laboralista presentaría un documento denominado *no más excusas*, que presagió la introducción de los principios y prácticas de la justicia restaurativa al sistema de justicia juvenil. Luego en una primera normativa: la *Crime and Disorder Act* de 1998, se reemplaza las cauciones, para los ofensores jóvenes por *reprimendas y advertencias* (HOYLE; YOUNG, 2002, p. 533); y la ley estableció nuevas condiciones y enmendó las existentes, estableciendo la *orden de reparar* para los adolescentes (GAVRIELIDES; ARTINOPOULOU, 2007, p. 66).

Un año después se dictó otra ley la *Youth Justice and Evidence Act* de 1999, que introdujo la obligación para los tribunales de derivar a los infractores adolescentes¹⁶ a un Panel de Justicia Juvenil (HOYLE; YOUNG, 2002, p. 534). Contrario a lo que ocurre con los adultos, donde no existe una regulación específica en esta materia (BELTRÁN, 2014, p. 34). No obstante, existen referencias a la reparación a la víctima, en la *Criminal Justice Act* de 2003.¹⁷

En el mismo sentido, se destacan las enmiendas legislativas que introdujo la *Crime and Courts Act* de 2013. Que explicitó que los tribunales pueden derivar la sentencia impuesta,

...

13 Véase: <http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/>. Consulta: 20 jul. 2016.

14 Estos tribunales serán obviados, al igual, debido a que exceden el objeto del presente estudio.

15 Quienes deciden acerca de la absolución o condena del acusado no serían profesionales del área jurídica.

16 De 10 a 17 años; pár. 1, *Youth Justice and Evidence Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/23/pdfs/ukpga_19990023_en.pdf>. Consulta: 31 jul. 2016.

17 Véase, por ejemplo, la sección 22 n. 3 literal b) o la sección 142 n. 1 literal e) de la *Criminal Justice Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga_20030044_en.pdf>. Consulta: 31 jul. 2016.

para permitir acciones restaurativas y pueden aplazar o suspender la imposición de la sentencia para realizar prácticas restaurativas.¹⁸ Lo que ha permitido el aumento de derivaciones a mediación penal de causas de ofensores adultos (BELTRÁN, 2014, p. 34). En materia de adultos a diferencia de la de adolescentes, la mediación penal no se haya expresamente reconocida,¹⁹ cuestión que no ha impedido su ejercicio. Desde el Estado, las prácticas restaurativas surgen principalmente a través de la acción y derivaciones de las policías y en menor medida de los SPC. Sin embargo, es a partir de iniciativas y programas comunitarios, apoyados por el Estado, ha tenido más difusión la mediación penal (BELTRÁN, 2014, p. 41-42).²⁰

Pues bien, aunque la mediación penal es un elemento importante dentro del sistema criminal de Reino Unido, ésta no ha sido plenamente impulsada para la justicia de adultos, siendo su incorporación legislativa progresiva y lenta en materia de preceptos (BELTRÁN, 2014, p. 47).²¹ Pero permitiendo su tradición jurídica que se desarrolle al margen de los procesos (HOYLE; YOUNG, 2002, p. 535-540).

3.2 EL SISTEMA DE JUSTICIA CRIMINAL Y LA MEDIACIÓN PENAL EN FRANCIA²²

El procedimiento penal francés suele ser presentado como paradigma del modelo híbrido. No obstante, si analizamos su evolución, podemos constatar que también ha transitado por sistemas acusatorios e inquisitivos a través de su historia. En la Edad Media en Francia predominó un procedimiento puramente acusatorio. No obstante, a partir del siglo XIV, progresivamente se instalará un procedimiento de tipo inquisitivo, cuya cara visible serán los acusadores públicos, denominados *Procuradores del Rey*. Este procedimiento se caracterizó por poseer una fase de instrucción previa totalmente secreta, donde el papel del acusado se encontraba absolutamente mermado, ya que solo se le reconocía el derecho de defensa en la fase del juicio oral (SOLARO; PAUL JEAN, 1987, p. 32-38).

El Código Napoleónico opta por conciliar ambos sistemas e instaurar un procedimiento inquisitivo, secreto, escrito y no contradictorio para la fase de investigación, y uno acusatorio, oral y contradictorio para la fase de juzgamiento. A lo anterior, se suma la presencia de

...

18 *Crown Prosecution Service*: <http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/restorative_justice/#an02>. Consulta: 31 jul. 2016.

19 Véase: sección 8 N° 2 literal b) de la *Youth Justice and Criminal Evidence Act*, 1999; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/23/pdfs/ukpga_19990023_en.pdf>. Consulta: 31 jul. 2016.

20 Sobre otros programas también relevantes: Gavrielides y Artinopoulou (2007, p. 67-70).

21 Opinión en parte compartida por Beltrán.

22 Aporte realizado a la Investigación, por Alejandro Gacitúa Espósito, Depto. de estudios de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

un Ministerio Público organizado y fuertemente jerarquizado, que sostiene la acusación. Con ello nace el denominado procedimiento mixto, que será exportado a muchos países europeos y latinoamericanos (CARVAJAL, 2010, p. 23-33).²³

En 1958 entra en vigor el Código de Procedimiento Penal (SOLARO; PAUL JEAN, 1987, p. 32). En donde la investigación policial inicial se desarrolla bajo la dirección del fiscal, conforme a un procedimiento secreto, escrito y no contradictorio para la persona investigada. Sin perjuicio de lo señalado, el juez de instrucción es un magistrado independiente del fiscal y su papel no consiste en acusar al inculpado de todas formas, sino en buscar la verdad a favor y en contra del mismo (SOLARO; PAUL JEAN, 1987). Así podemos indicar que este código hoy en Francia concilia los dos sistemas procesales, pero con un leve predominio del sistema inquisitivo.

Otra característica de este modelo francés, que tiene incidencia en materia de mediación penal, es la multiplicidad de jurisdicciones competentes de acuerdo al tipo de infracción cometida. Así el procedimiento y el tribunal aplicable serán distintos según el tipo de delito (SOLARO; PAUL JEAN, 1987, p. 24). En este contexto, la mediación penal empezó a ganar terreno de facto en la década de los ochenta y terminó por consolidándose en la década de los noventa, por medio de una ley que la reconoce y valida, usándose habitualmente en litigios menores (CESANO, 2010).²⁴

El titular de la acción penal en el sistema procesal penal francés es el fiscal, quién inicia el proceso penal, interviene seguidamente como parte representando a la sociedad y actúa a lo largo de todo el proceso hasta la ejecución de la sentencia.

Sobre la aplicación del principio de oportunidad en este sistema, Solaro y Jean Paul (1987, p. 33) señalan que “la apreciación jurídica, de la constitución de la infracción y de los cargos sobre los individuos, corresponde a los fiscales, que son libres de no continuar la acusación si estiman que la intervención judicial sería inoportuna o socialmente más perjudicial”. Lo que hace que la tasa de asuntos sin persecución represente aproximadamente el 80% de las investigaciones iniciadas por delitos y crímenes.

No obstante, la libertad de los fiscales franceses para aplicar el principio de oportunidad no es absoluta ya que deben someterse a los parámetros que la propia ley de procedimiento les establece. Las disposiciones contenidas en los artículos 40, 40-1 y 40-2 del CPP posibilitan salidas alternas al procedimiento o medidas de composición. Es el Procurador quién decidirá si es oportuno: a) ejercer la acción penal; b) poner en ejecución un procedimiento alternativo a la persecución; o c) archivar el procedimiento. Acorde al artículo 41-1, el fiscal puede decidir

...

²³ Al respecto, véase Carvajal y la bibliografía citada por la autora.

²⁴ Portal Europeo de e-Justicia, “Mediación Francia” (2016). Al respecto véase Cesano (2010).

sobre la suspensión del ejercicio de la acción pública, si resulta que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño y poner fin al conflicto.

En general, los casos de *disposición de la acción*, que están contemplados por la ley procesal francesa pueden ser clasificados en dos grandes grupos, según sean de decisión unilateral o multilateral.²⁵ La principal manifestación de la disposición unilateral del procedimiento penal está dado por el *classement sans suite* (archivo) decidido por el ministerio público (DÍAS; LOUSTEAU; TEDESCO, 1997). Asimismo, para la disposición multilateral de la acción en Francia solo hay tres maneras de variar el curso del procedimiento: negociación entre las partes, archivo bajo condición y la mediación, las que a iniciativa del ministerio público solucionan un conflicto sin juicio (DÍAS; LOUSTEAU; TEDESCO, 1997).

En la década de los ochenta, las asociaciones de defensa de las víctimas o de control judicial promovieron la práctica de la mediación penal en Francia (TRUCHE, 1991, p. 111 y ss.), su primer reconocimiento formal fue brindado por circular a principios de la década de los noventa.²⁶ No obstante, al poco tiempo fue reconocida con rango legal por la ley 93-2, de 4 de enero de 1993, que posibilita someter a mediación ciertos actos constitutivos de delitos.²⁷ Añadiendo un último párrafo al artículo 41-1 del Código de Procedimiento Penal,²⁸ mediante un procedimiento al que puede recurrir el procurador de la República cuando considera que tal decisión aseguraría la reparación del daño causado a la víctima, pondría fin al problema causado por el delito, y contribuiría a resocializar al autor.²⁹ En estos casos, el fiscal podrá previamente decidir sobre el ejercicio de la acción pública, directamente o por medio de un oficial de policía judicial, de un delegado o de un mediador del ministerio fiscal:

[...] 4° Pedir al autor de los hechos que repare el daño; 5° Favorecer que se realice, con el acuerdo de las partes, un intento de mediación entre el autor de los hechos y la víctima; [...] El procedimiento previsto en el presente artículo suspende la prescripción de la acción pública. En caso de éxito de la mediación, el ministerio fiscal o el mediador levanta un atestado, que es firmado por él mismo y por las partes; Pudiéndose solicitar el procedimiento de apremio, conforme a las reglas previstas por el código procesal civil. (SAN MARTÍN LARRINOA, 1997, p. 101-102)

...

25 Cfr. artículo 40 del CPP.

26 Circular de fecha 2 de octubre de 1992.

27 Loi n. 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

28 Cfr. <<https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance>> (2016).

29 Cfr. artículo 41, último párrafo, del CPP.

Sin embargo, la mediación penal ha sido criticada por parte de asociaciones de protección de las víctimas de violencia doméstica, ya que sería una negación del derecho de las víctimas a acudir a la vía jurídica.³⁰ Razón por la que la Ley 2014-873, del 4 de agosto de 2014,³¹ la reformó exigiendo que: la mediación penal en caso de violencia doméstica es posible solo a petición expresa de la víctima y por una sola vez.

Ahora bien, en cuanto a los criterios de derivación de los delitos a mediación, es una facultad exclusiva del fiscal. En casos de hechos punibles de baja intensidad, el fiscal puede ordenar una medida que sustituya a la persecución. No obstante que la decisión de derivar a mediación es exclusiva del fiscal, la víctima siempre debe dar su consentimiento para que sea procedente e incluso la puede solicitar (DEL RÍO FERNÁNDEZ, 2006).

Para ver la procedencia de la mediación, el fiscal debe analizar varios aspectos como el tipo de delito y la pena asignada, si se cumplen algunos de los fines señalados por la ley para la mediación, tales como: a) garantizar una indemnización por los daños sufridos por la víctima; b) poner fin al problema que da origen de la infracción; o c) ayudar en la rehabilitación del infractor. En cuanto a los hechos que dan origen a la mediación, estos deben ser simples, claramente establecidos, reconocidos y constituir una infracción leve. Los casos más habituales de mediación en Francia son: insultos, amenazas, alteración del orden público, violencia moderada, robo, daños a la propiedad, no pago de alimentos (DIRECTION DE L'INFORMATION LÉGALE ET ADMINISTRATIVE, 2015).³²

La mediación se lleva a cabo por un mediador penal, que es un funcionario público dependiente del poder judicial y también por un representante de una asociación autorizada. La que se lleva a efecto en un tribunal, una asociación, una *maison de la justice*.³³ Si el acusado es un menor de edad, los padres deben participar en la entrevista. Las partes podrán estar asistidos por un abogado (DIRECTION DE L'INFORMATION LÉGALE ET ADMINISTRATIVE, 2015). Pudiendo participar personas jurídicas (DÍAZ LÓPEZ, 2011, p. 31). Si las partes no responden o rechazan el intento de mediación, los antecedentes vuelven al fiscal.

...

³⁰ Al respecto véase <http://www.avft.org/article.php?id_article=288> (2015).

³¹ Loi n. 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (2015). Disponible en: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029330832&categorieLien=id>>. Consulta: 30 mar. 2017.

³² Traducción libre, con la colaboración de la Dra. Natacha Bonnal.

³³ Las “antenas de justicia” son instituciones públicas que ofrecen un servicio cercano a las comunidades, gratuito y confidenciales que cumple algunas funciones judiciales, así como de apoyo las víctimas del delito, véase: <<http://www.ville-thonon.fr/annuaire/269/97-antenne-de-justice-et-du-droit-en-chablais.htm>> (2016). Consulta: 28 set. 2017.

Si la mediación es exitosa, se levanta un acta (*Procès-verbal*) con los términos del acuerdo. Luego, el mediador verifica el cumplimiento de los términos del acuerdo y elabora un informe sobre el resultado de la mediación al fiscal, que archiva el caso. Sin perjuicio de lo anterior, el fiscal todavía puede perseguir al infractor ante un tribunal, por ejemplo, en caso de nuevos antecedentes referidos a la causa. Si no hay acuerdo o en caso de incumplimiento del acuerdo, el mediador deberá informar por escrito al fiscal quién decide si enjuiciar o archivar (oportunidad) (DÍAZ LÓPEZ, 2011, p. 31). El Código de Procedimientos Civiles dispone que tendrán carácter de título ejecutivo los acuerdos de una mediación judicial o extrajudicial los que los órganos jurisdiccionales confieran fuerza ejecutiva.

Un efecto importante es que la mediación suspende la prescripción de la acción penal pública (artículo 42-1). Al término de la ejecución de la medida el expediente se archiva; en cambio, si la medida no ha sido cumplida correctamente, el fiscal podrá ordenar una composición penal o continuar la acción pública, persiguiendo al autor.

4 COMPARACIÓN REINO UNIDO/FRANCIA

El modelo inquisitivo y el modelo acusatorio se encuentran en parte contrapuestos, al ser comparadas la vigencia y extensión de los principios de legalidad y de oportunidad. Mientras el modelo inquisitivo consagra un irrestricto apego al principio de legalidad procesal, el modelo acusatorio hace lo propio respecto al principio de oportunidad.

Como un ordenamiento procesal acusatorio podemos señalar el Reino Unido y de tipo mixto o híbrido el de Francia. Sin embargo, los modelos mixtos adoptan una serie de rasgos propios del sistema acusatorio, relativizando el principio de legalidad procesal.

Algunas diferencias que pueden identificarse son: la *vigencia formal* del principio de legalidad en Francia, principio que no es considerado en Reino Unido y que, aún más, contradice su tradición e historia política. Pero dicha vigencia es más bien formal, porque cuando se analiza su *vigencia material* el porcentaje total de causas sin ejercicio de la acción penal en Francia representa cerca del 80%, destacando el predominio de formas de término que implican el no ejercicio de la acción penal, cuestión que en Reino Unido también se da, pero sin provocar contradicción entre la vigencia y efectividad de la norma. De esa forma aun cuando normativamente el principio de legalidad sea la regla general, fácticamente es la excepción. Esta situación plantea la incapacidad de todo sistema procesal penal de hacerse cargo, a través del ejercicio de la acción penal, de la mayoría de los conflictos penales.

Por otro lado, aun cuando en Francia se reconozcan espacios al principio de oportunidad, estos son normativamente regulados, cuestión que resta algo de flexibilidad en comparación a Reino Unido, donde los usuarios pueden negociar con mayor libertad formas de término anticipada. Pero no solo la oferta de salidas que siguen al principio de oportunidad es mayor en Reino Unido, sino que también la clase de funcionarios que pueden proponerlas y aprobarlas (oficiales de policía, funcionarios del Servicio de Persecución de la Corona y también

magistrados), cuestión que en Francia se limita a un órgano único: el fiscal persecutor. Lo que influye en el mayor impacto de formas colaborativas de término en el Reino Unido, como una herramienta útil y validada por el sistema de justicia criminal, contrario a lo que sucede en los modelos híbridos de corte continental donde se les concibe como una necesidad, no tan validada socialmente.

Es así como, en los sistemas de corte continental por su mixtura, la no existencia normativa de la mediación penal haría difícil y ambiguos sus criterios de aplicación, lo que podría afectar el principio de legalidad procesal, al dejar abierto al criterio del órgano persecutor la determinación de someter o no a mediación penal una causa.

5 PERCEPCIONES DE LOS OPERADORES SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE REGULAR LA MEDIACIÓN PENAL

Para detectar las percepciones de los operadores jurídicos y de mediación penal, sobre las consecuencias de la regulación normativa de este mecanismo, en un país con sistema acusatorio de tradición continental en Latinoamericano, se optó por tomar la muestra en Chile, por tratarse de uno de los países que tiene un sistema acusatorio que lleva ya 15 años de implementación y es una república unitaria, que tiene mayor uniformidad en la implementación de su sistema procesal penal.

En este contexto se realizó un trabajo de campo con un tipo de investigación cualitativa-exploratoria, en que se aplicaron técnicas de recolección de información, consistente en entrevistas en profundidad a una muestra seleccionada en cuatro ciudades de Chile: Iquique, Valparaíso, Santiago y Temuco, debido a la significativa experiencia que presentan dichas localidades en mediación penal, con un representante por ciudad, de cada uno de estos cargos: fiscales (4), jueces de garantía (4) y mediadores penales por ciudad (4), dependiendo del nivel de saturación de la información.³⁴

Para el análisis de las entrevistas se etiquetó la muestra seleccionada según significado (RUBIN; RUBIN, 1995, p. 7-22). Luego, se procedió a integrar la información, estableciendo relaciones entre las categorías obtenidas entre sí y con los fundamentos teóricos postulados.

Los objetivos del presente trabajo de campo incluyen: detectar las percepciones de los operadores jurídicos y de mediación penal sobre las consecuencias de regular normativamente este mecanismo en el sistema procesal penal acusatorio de corte continental, como salida alternativa autónoma y los contenidos a normar en Chile, con preguntas tales como ventajas y desventajas de regular normativamente la mediación penal, requerimientos para su incorporación

•••

³⁴ Aporte a la investigación de jueces de garantía, de fiscales, de defensores y de mediadores de las regiones indicadas.

en el sistema penal chileno, tipo de salida que debiera configurar este mecanismo dentro del proceso penal, entre otras.

Como resultados, se aprecia que una de las principales consecuencias de normar la mediación penal son sus ventajas entre las que encontramos:

Permitir que el sistema pueda descongestionarse de causas sobre delitos de menor envergadura, lo que significa gastos de recursos, en desmedro de otros delitos de mayor gravedad; evitar desgaste, redirigiendo esfuerzos de los operadores de justicia, evitando extrema judicialización, creando instancias previas que otorgan mejores soluciones.

Al ampliar la oferta de justicia a mecanismos colaborativos se incorporan nuevas alternativas para su acceso, más proactivas e integrales, mejorando la oferta que brinda el sistema, sin eliminar las opciones judiciales. Según los jueces de garantía: *da mayor representación de todas las partes del proceso, permitiendo a las víctimas a través de proceso de mediación se sientan escuchadas, evitándoles una sensación de impunidad.*

La regulación de la mediación penal permitiría incorporar mayor formalidad y objetividad a dicho proceso, con involucrados más partícipes, *empoderando a la víctima. Un acuerdo entre las partes siempre va a resultar mejor que la decisión de un tercero por muy imparcial que sea.*

Permite dar una solución más funcional a las víctimas, reparando el daño en forma inmediata y no solamente sancionando al imputado. Con espacios para trabajar el perdón y la reparación entre las partes.

Mayor eficacia y eficiencia, tanto en términos de tiempo y de resultados tangibles. Con menores costos e igualdad de condiciones entre víctima e imputado, debido a que no tendría que incurrir en gastos asociados a un abogado.

Los defensores opinan que: se evita que el imputado quede con antecedentes penales o que tenga que cumplir con una pena sustitutiva. Para ambas partes es más humanizante el proceso, la persona se pone al centro antes que el castigo, *valoración social y comprensión de las partes sobre lo que ocurre.*

Mayor credibilidad en el sistema de justicia. El hecho de que esté normado permite que exista certeza jurídica y con acceso *igualitario*. Aumentando la confianza de las instituciones del sistema judicial.

Se pueden lograr más salidas alternativas a través de la mediación, la víctima viene con sus emociones exaltadas a audiencia de control lo que se aplaca con la mediación. Instancia que permite al imputado un espacio de reflexión y de toma de consciencia de su actuar, que evitaría la reincidencia, con mejoramiento del sistema carcelario, menor sobrepoblación y contagio carcelario.

Evitaría lo que ocurre hoy, que al no está regulada la mediación, su implementación favorece una situación de desigualdad entre las partes y vulneración de las normas del debido proceso.

A nivel transversal todos los actores opinan que regular normativamente la mediación penal sería un aporte, dado que será más fácil de utilizar por parte de la ciudadanía, lograría

mayor credibilidad y permitiría consensuar un trabajo en red, esto dado que Chile tiene una cultura legalista, por lo que el cambio en las políticas públicas sobre la forma de resolución del delito no debe quedar al arbitrio de la voluntad de los involucrados, debiendo la ley establecer los resguardos necesarios en las condiciones de aplicación.

La normativización de la mediación penal elevaría el estándar de la justicia penal chilena, devolviendo la justicia a la ciudadanía, pero debe cuidarse que no prevalezca la sensación de *mano blanda* en un país que privilegia mucho el castigo.

En cuanto a las desventajas asociadas: no son muchas las desventajas asociadas a la implementación normativa del proceso de mediación. Siendo los mediadores quienes hacen referencia al choque cultural de este mecanismo con las expectativas retributivas de la ciudadanía. Y los fiscales quienes previenen que puede incentivar a aceptar soluciones insatisfactorias, frente a procesos judiciales extensos, tomando la mediación como el mal menor, que puede permitir que la víctima acepte acuerdos que no le favorecen o hacen difícil su cumplimiento.

Los procedimientos necesitarán más tiempo, mayor cantidad de profesionales y claridad en el procedimiento y establecer la forma cómo se procede frente a su frustración y como se controlará que se cumplan los acuerdos, requiriendo una regulación normativa muy exhaustiva.

En cuanto al mejor momento para insertar la mediación penal, observamos que existe alineamiento en que mientras antes, mejor son sus repercusiones en todo el sistema. Uno de los momentos propuestos es antes de la audiencia de formalización, una vez hecha la denuncia: en este punto la mediación puede adelantar la resolución del conflicto y evita judicializar pero en la etapa de investigación. Otros dicen que debiera insertarse antes de la participación de la fiscalía para que efectivamente la descongestionara. Hay un menor número de operadores que opinan que para que de verdad sea llamada justicia penal la mediación debiera insertarse cuando el ofensor esté formalizado. Esto porque una vez que esto ocurre ya se tienen claras sus responsabilidades. Finalmente hay quienes sostienen que la mediación debe ser transversal al proceso penal, en todo momento, incluso cuando haya concluido. Sería también útil dentro de un marco regulado derivar casos en etapas primarias y como forma paralela al proceso penal hasta muy avanzado este.

En relación a si debiera configurar la mediación penal una salida independiente u ocupar una de las salidas alternativas ya existentes, hay opiniones dispares, pero se aprecia que si tiene una salida especial, esta podría registrarse y hacerse un mejor seguimiento. “Creo que sería óptimo una etapa distinta, que no sea tan gravosa como la suspensión condicional, que tiene muchos requisitos, que están restringidas por los instructivos del fiscal nacional y además si hay incumplimiento vuelves al juicio penal y requiere un plazo para sobreseerse”.³⁵

...

35 Aporte a la investigación de operadores del sistema penal.

Respecto a los organismos de los cuales debería depender la derivación de causas a mediación penal, lo importante es que no dependa del arbitrio de los fiscales o de una persona en particular, como ha ocurrido en los proyectos pilotos en Chile. Podría tratarse de una entidad de carácter imparcial: que dependa del Ministerio de Justicia o del Interior. Los fiscales creen que el ente derivador debiera ser el Ministerio Público, ya que tienen toda la información, llevan las investigaciones y tienen a cargo el principio de oportunidad.

Los mediadores, defensores y jueces opinan que también podrían estar encargados de derivar los Carabineros o Investigaciones, por tratarse de la primera fuente de información, lo que es menos burocrático. Esta opción tiene detractores, porque estos son parte interviniente y persecutora.

En cuanto a los delitos a considerar para la mediación penal, de forma transversal se asume que no todos los delitos pueden ser tratados mediante mediación penal, debería aplicarse cuando es posible un acuerdo reparatorio, sin embargo, la mayor parte de los entrevistados acepta que se incluyan temas de violencia intrafamiliar. Los fiscales creen debieran excluirse delitos violentos, de grave connotación sexual, con penas de crímenes y manejo en estado de ebriedad causando muerte. Sin embargo, los mediadores consideran que con los resguardos adecuados todos los delitos pueden pasar por este proceso.

La mediación penal debe consignarse en una ley de carácter obligatoria establecida dentro del Código Procesal Penal para poder ser aplicada en la gran mayoría de los casos.

En relación a la forma en que este principio de legalidad procesal se puede ver afectado por la regulación normativa de la mediación penal, la mayoría de los actores opina que para que no se le afecte, se requiere un protocolo que defina exhaustivamente cuales son las condiciones y requisitos para derivar a mediación, determinando que todos los delitos son susceptibles de mediación, salvo los que la ley expresamente excluya de estos procesos, y qué además debe determinarse el valor jurídico de los acuerdos.

Para los fiscales, si está todo normado por ley, no debiera haber ningún tipo de vulneración del principio de legalidad procesal, porque finalmente el principio de legalidad pone un acuerdo social donde se establecen ciertas reglas que deben ser respetadas, el incorporar la mediación como salida alternativa independiente no lo afecta.

Los defensores dicen que si la regulación es bien precisa habrá más y mejor alineamiento de la información en todos los involucrados, “y no existiría una vulneración al principio de legalidad procesal, porque este mecanismo no impide la intervención del tribunal en cualquier parte del procedimiento”.

En opinión de los jueces de garantía, para que no se afecte el principio de legalidad con la incorporación normativa de la mediación penal debieran regularse en ella los siguientes aspectos: quiénes pueden ser mediadores penales, de quien dependen orgánicamente, etapa de aplicación antes o después de su judicialización, tipo de delitos y personas que pueden optar a ella, cuales son los criterios para llegar al acuerdo, sus estándares mínimos, el acuerdo debe ser aprobado por un juez, determinarse si sirve como una atenuante de responsabilidad penal

y en qué casos sigue en paralelo el proceso penal. Debiendo velarse por que no afecte los tiempos de investigación para no chocar con las metas de gestión de los organismos. Debiendo existir para su implementación un presupuesto nacional adecuado.

CONCLUSIONES

La mediación penal como mecanismo restaurativo tiene gran aceptación en los procesos penales angloamericanos, inclinándose inicialmente la justicia continental a considerarla como inactividad estatal y autotutela de los derechos, dado que se estimaba existía una renuncia a la acción penal por parte de los órganos de persecución, lo que afectaría según sus críticos, al principio de legalidad procesal.

En este contexto, además de los avances ya obtenidos con las reformas procesales penales en Latinoamérica, las que han cambiado un sistema inquisitivo por uno acusatorio, que permite la apertura al principio de oportunidad, e incorpora salidas alternativas a sus formas procesales de término, facilitando la aplicación de mecanismos colaborativos, los que en la tradición jurídica continental se caracterizarían por una escasa participación de la comunidad, optando por un modelo bilateral de diálogo, que es mayormente restaurativo. Con la participación de profesionales mediadores y no de voluntarios, como ocurre en los modelos propios de la tradición jurídica anglosajona, como el VORP en que los voluntarios son guías y representan a la comunidad.

El modelo Latinoamericano de mediación penal comparte características con la teoría de Zehr, en que prevalece la mediación directa. Pero también usa sesiones individuales previas, propias del modelo anglosajón VORP. Las que, según Wright, sirven para estimular la participación voluntaria e informada de las partes. El modelo funciona principalmente con ofensores adultos, en delitos de escasa gravedad, y en etapas informales del proceso (*diversion*) (DÍAZ GUDE; NAVARRO PAPIC, 2018, p. 12).

En países de tradición continental, en que no está normada la mediación penal, como el caso de Chile, las derivaciones han operado fundamentalmente desde la Fiscalía. En cuanto a los organismos que realizan la mediación, son organizaciones de la sociedad civil, tales como instituciones universitarias y del Estado.

El escaso número de casos mediados los últimos 16 años permite afirmar que existe una práctica marginal de mediación penal y no está plenamente institucionalizada.

Asimismo, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países del *common law*, el surgimiento de estas prácticas se inicia de arriba hacia abajo, desde los expertos y autoridades hacia la comunidad (DÍAZ GUDE; NAVARRO PAPIC, 2018, p. 12).

Ahora bien, la metodología comparada permitió entender que si bien en países del *common law* ha existido mayor desarrollo de mecanismos restaurativos, las ideologías que motivaron su aplicación se inspiran en distintas maneras de concebir e impartir la justicia, por lo que las razones de su aplicación masiva y forma de implementación, que no han requerido de regulación

normativa, no sirven como modelo a aplicar en países de corte continental que tienen estricto apego a la norma y al principio de legalidad procesal para decidir sobre la acción penal.

Considerando que la cultura continental es legalista, y que la implementación de la mediación penal requiere de recursos permanentes, es necesario que una ley establezca explícitamente un sistema formal de abordarlo y un presupuesto para estos fines, lo que permitiría ampliar su tipología a delitos de mayor gravedad, para evitar la extensión de la red de control social a pequeños delitos, además porque son las víctimas y ofensores de delitos más graves las más necesitadas de restauración, y reintegración social, donde si el fiscal estima necesario judicializar el caso, este puede ser derivado a mediación penal una vez formalizado, para asegurar un control judicial mayor.

Con el objeto de ampliar la tipología de los delitos que pueden ser sometidos a mediación, del estudio de campo realizados con operadores del sistema, sin perjuicio de la reticencia de algunos para que se deriven a mediación delitos violentos, los que afecten al interés público y los de grave connotación social, se propuso como forma de ampliar la derivación la posibilidad de que todos los delitos puedan ser gestionados en mediación, salvo aquellos que estén expresamente prohibidos por la ley, restricciones que dicen relación especialmente con las temáticas recién mencionadas.

Hoy, en los países en que la mediación no tiene regulación normativa, los acuerdos productos de una salida alternativa se alcanzan mediante una rápida negociación dirigida por el fiscal, el que intenta un acuerdo, sin contar con herramientas que permitan tratarlo integralmente. Estas formas de abordar el conflicto dejan a la víctima con muy poco espacio de participación e impiden una paridad de condiciones con el victimario.

Ahora bien, las experiencias comparadas y las percepciones de los operadores demuestran que la regulación normativa de la mediación penal no puede verse como un ataque al principio de legalidad, sino más bien un modo de ampliarlo o complementarlo, especialmente cuando el proceso de mediación penal está normado en forma exhaustiva y se encuentra inserto en el sistema judicial, con un juez que vigila las garantías de sus actos.

Los avances de Latinoamérica en materia de regulación normativa de la mediación penal permiten concluir que se requiere para su implementación un modelo que contenga un protocolo detallado de actuación, debidamente difundido entre los actores del sistema penal y la ciudadanía, para su mayor uso y seguimiento, como una salida alternativa autónoma, que permite su seguimiento y requiere contar con apoyo gubernamental como medida de política criminal.

Sin embargo, la regulación de este mecanismo podría afectar al principio de legalidad, en la medida en que no se establezcan criterios claros para optar a este, como el tipo de delito al que se aplica, dejando discriminatoriamente en manos del fiscal esta determinación, o cuando se omite incluir el cumplimiento del acuerdo mediado, como una causal de extinción de la acción penal en el Código Penal, y además si no se incluye la derivación a mediación como excepción para la sanción establecida al funcionario público que dejara de promover la

persecución penal. Exigencias que para algunos parecen incoherentes, si no se le hicieron a las salidas alternativas, las que serían objeto de los mismos reparos.

Ahora bien, hoy la desregulación de la mediación penal la deja en una situación de informalidad, impidiendo un control de legalidad de sus acuerdos, ya que solo se exige la homologación de éstos por el juez, cuando se realiza dentro de una salida alternativa como los acuerdos reparatorios o suspensión condicional y no así cuando termina las más de las veces, por archivo provisional o facultad de no investigar del fiscal, entre otros, sin aparecer referencia alguna al proceso de mediación en las resoluciones del juez de garantía que aprueban el acuerdo o sobresee definitivamente la causa por estas salidas.

Del presente estudio se concluye que regular normativamente la mediación penal sería un gran aporte tanto para el sistema penal, víctima, imputado y sociedad en general. Sin embargo, son muchas las aristas, mencionadas anteriormente, que deben determinarse previamente para que este sistema funcione.

En cuanto al sistema penal, la mayor parte de las ventajas habla de la posibilidad de descongestionar el sistema y evitar su sobre judicialización. Además de aportar mayor diversidad de opciones de solución al conflicto.

Respecto a la percepción de los operadores del sistema penal, existe uniformidad de criterios en cuanto a la utilidad de que la mediación se inserte en la normativa procesal penal y que mientras mayor precisión tenga su regulación menos probabilidad existe que se afecte el principio de legalidad procesal, aunque le resta algo de flexibilidad al sistema.

Finalmente, de forma transversal se considera que la mediación penal si está regulada por ley, aceleraría los procesos y la resolución de los conflictos penales, con un mejor uso de la información disponible desde la base, evitando el tener que investigar tan exhaustivamente causas que pueden tener mejor solución desde las partes.

REFERENCIAS

ALLEN, R. Alternatives to prosecution. En: MC CONVILLE, M.; WILSON, G. (Ed.). *The Handbook of the Criminal Justice Process*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ANITUA, Gabriel Ignacio. El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base a la historia y el derecho comparado. En: HENDLER, Edmundo (Comp.). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Publicaciones Universidad de Buenos Aires, 2004. p. 65-102.

AGUAD, Dolores; BAZÁN, Natalia; BIANCIOTTI, Daniela; GORGAS, Milagros; OLMEDO, Berenice. *La regulación provincial del principio de oportunidad*. Sistematización comparativa de las legislaciones

provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Instituto de Ciencias Penales, 2011. Disponible en: <www.acaderc.org.ar>. Consulta: 9 oct. 2017.

BELTRÁN, A. Justicia restaurativa y mediación penal en los modelos anglosajones. *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, n. 11, 2014.

BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.

BLAD, J. Community mediation, criminal justice and restorative justice: rearranging the institutions of Law. En: Walgrave, L. (Ed.). *Repositioning Restorative Justice*. Portland: Willan Publishing, 2003.

BUTELER, José A. Los problemas constitucionales y procesales que plantea el principio de oportunidad en el Derecho Argentino. *12 Jornadas Nacionales de Derecho Penal*. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho, 1998.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, semestre I, p. 27-39, 2005.

CARVAJAL, Zunilda. Reformas procesales penales en Francia. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Universidad San Sebastián, Chile, n. 15, p. 23-33, 2010.

CESANO, José Daniel. *El nuevo Derecho Procesal Penal, entre el fortalecimiento de las garantías y la evitación del castigo*. Lima: Editorial Ara, 2010.

CORRALTALCIANI, H. *Cómo realizar una tesis en Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.

DÁVALOS, José Ignacio. La mediación penal como método alternativo de resolución de conflictos: resultados actuales en la República Argentina. *Derecho y Cambio Social*, año VII, n. 22, 2010. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/mediacion_penal.pdf>. Consulta: 2 jun. 2017.

DAWSON, John. *A history of law judges*. Cambridge: Harvard University Press, 1960.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo. El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad, *Revista Nodo 50*, año XXVII, n. 6520, 2006. Disponible en: <<http://www.nodo50.org/ala/comisiones/penal/laleymediacionpenal.doc>>. Consulta: 21 mar. 2017.

DELVAL, María Teresa. *Gestión del conflicto penal*. Buenos Aires: Astrea, 2012. p. 282-296.

DÍAS; LOUSTEAU; TEDESCO. El sistema procesal penal francés, trabajo presentado en el *Seminario Sistemas procesales penales comparados*, a cargo del Prof. Dr. Edmundo S. Hendler, 1997. Disponible en: <http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=98#_ftn39>. Consulta: 13 out. 2017.

DÍAZ GUDE, Alejandra. *The growth of an international restorative justice movement: some implications for juvenile justice in Chile*, PhD Thesis, 2004, Leeds, UK: The British Library, Dewey class. no. 345.8308 22, accessible en The British Library Electronic Online System (EThOS): <<https://ethos.bl.uk/OrderDetails.do?did=1&uin=uk.bl.ethos.416554>>. Recuperado el 14 de enero de 2016, de <https://www.researchgate.net/publication/280155042_FIRST_PAGE_-_pdf_1>.

DÍAZ GUDE, Alejandra; NAVARRO PAPIC, Iván. Restorative justice and legal culture. *Criminology and Criminal Justice*, 2018, p. 1-19. DOI: <https://doi.org/10.1177/1748895818796549>.

DÍAZ LÓPEZ, Juan. Propuestas para la práctica de la mediación penal: delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, julio 2011.

DIRECTION DE L'INFORMATION LÉGALE ET ADMINISTRATIVE. *Médiation Pénale*, 13 de mayo de 2015. Disponible en: <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1824>>. Consulta: 20 jul. 2018.

EBERLE, E. The method and role of Comparative Law. *Washington University Global Studies Law review*. v. 8, n. 3, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1995.

FLEINER, Thomas. *Common Law and Continental Law: two legal systems*. Proyecto de investigación encargado y financiado por la Agencia Suiza de Desarrollo y Cooperación. Fribourg, 2005. Disponible en: <http://www.thomasfleiner.ch/files/documents/legalsystems_fulltext_final.pdf>. Consulta: 21 mar. 2017.

GAVRIELIDES, Theo; ARTINOPOULOU, Vasso. *Restorative justice theory and practice: addressing the discrepancy*. London: IARS Publications, 2007.

GALAIN PALERMO, Pablo. Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 24, p. 35-54, 2009.

GLAESER, Edward; SHLEIFER, Andrei. Legal origins. *Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v. 117, n. 4, p. 1193-1229, 2002.

- HALL, J. *General principles of criminal law*. Indiana: The Bobbs-Merrill Company Inc., 1960.
- HARTMANN, Arthur. The practice of “Täter-Opfer-Ausgleich” in Germany. *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure Conference Publication*. Budapest: Minister of Justice and Law Enforcement, 2010.
- HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Revista Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 4, p. 8-11, 1988. Disponible en: <<http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2004%20septiembre%201988.pdf>>. Consulta: 30 jul. 2018.
- HENDLER, Edmundo. *El juicio por jurados*. Significados, genealogías, incógnitas. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- HORVITZ, María Inés. La influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de sus órganos en el proceso penal europeo. En: *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994. Colección de Estudios n. 1.
- _____. Las nociones de Estado de Derecho y Rule of Law. Origen, evolución y contenido. En: COOPER, J.; GROTE, R.; HORVITZ, M. I.; STRIPPEL, J. (Eds.). *Estado de Derecho y reformas a la justicia*. Edición Universidad de Chile, Heilderberg University y California Western School of Law, 2005. p. 19-26.
- HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. Tomo I.
- _____. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004. Tomo II.
- HOYLE, C.; YOUNG, R. Restorative justice: assessing the prospects and pitfalls. En: MC CONVILLE, M.; WILSON, G. (Ed.). *The Handbook of the Criminal Justice Process*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- JIMÉNEZ BOLAÑOS, Jorge. Breve análisis de la Justicia Restaurativa. *Revista de Ciencias Jurídicas*, Santiago, n. 136, p. 161-174, enero-abr. 2015.
- LANGBEIN, John. Controlling prosecutorial discretion in Germany. *The University of Chicago Law Review*, v. 41, n. 3, p. 439-467, 1974.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. *Revista Derechos y Valores*, Universidad Militar Nueva Granada, p. 201-212, 2007.
- MAIER, Julio B. J. Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX. *Antología. El Proceso Penal Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2008. p. 343-365.

MENDAÑA, Ricardo. *Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad*. 2007. Disponible en: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/33130-ejercicio-accion-penal-y-principio-oportunidad>>. Consulta: 2 jun. 2017.

MORRIS, A. Critiquing the critics: a brief response to critics of restorative justice. En: JOHNSTONE, G. (Ed.). *A restorative justice reader*. Portland: Willan Publishing, 2003.

NEUMAN, Elías. *Mediación penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005.

PORTALES GONZÁLEZ, Maximiliano. Restorative justice & the principles of the rule of law. *Internet Journal of Restorative Justice*, p. 1-44, 2014. Disponible en: <<http://www.rj4all.info/content/restorative-justice-principles-rule-law>>. Consulta: 2 jun. 2017.

RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *La Casación y el Derecho de recurrir en el Sistema Acusatorio*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, fundamentos la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2006.

RUBIN, H. J.; RUBIN, I. S. *Qualitative interviewing. The art of hearing data*. Thousand Oaks: Sage, 1995.

SAN MARTÍN LARRINOA, María. *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos: del presente francés al futuro español*. Gobierno Vasco, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, 1997.

SANCHO GARGALLO, Ignacio. *Legalidad, oportunidad y transacción penal en el procedimiento Abreviado*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002.

SPENCER, J. R. Introduction. En: DELMAS-MARTY, M.; SPENCER, J. R. (Eds.). *European Criminal Procedures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

STEPHEN, James. *A history of the criminal law of England*. London: Macmillan & Co., 1883. v. I.

SOLARO, Chantal; PAUL JEAN, Jean. El proceso penal en Francia. *Jueces para la democracia*, n. 2, p. 32-38, 1987. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2525740.pdf>>. Consulta: 2 jun. 2017.

TAMARIT SUMALLA, Joseph. La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones, En: TERRILL, Richard J. *World Criminal Justice Systems: a comparative survey*. 8. ed. Boston: Elsevier, 2012.

TERRILL, Richard J. *World Criminal Justice Systems. A comparative survey*. 8. ed. Boston: Elsevier, 2012.

TRUCHE, Pierre. Violente justice/justice non violente. *La Justice, Cahiers Français*, n. 251, mayo-jun. 1991.

VELANDIA, R. El principio de oportunidad en el derecho procesal penal inglés. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, v. VIII, n. 16, p. 183-185, 2005.

VIDELA BUSTILLOS, Lino. Los acuerdos reparatorios a la luz del concepto de reparación. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 13, p. 293-321, 2010.

WHITE, R. The Structure and organization of criminal justice in England and Wales: an overview. En: MC CONVILLE, M.; WILSON, G. (Ed.). *The Handbook of the Criminal Justice Process*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ZARATE CAMPOS, Manuel. Los acuerdos reparatorios. Comentarios desde su regulación normativa algunos comentarios a partir de las nociones de reparación y negociación. *Revista de Derecho y Humanidades*, Santiago, n. 9, p. 125-146, 2002-2003.

Isabel Ximena González Ramírez

ABOGADA, PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE.
DOCTORANDA EN DERECHO PENAL, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. MAGÍSTER EN DERECHO PENAL. DIRECTORA DEL CENTRO DE MEDIACIÓN, NEGOCIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE.

igonzalezr@ucentral.cl

María Soledad Fuentealba Martínez

PSICÓLOGA, UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE. DOCTORANDA EN DERECHO PENAL, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. MAGÍSTER EN GESTIÓN COLABORATIVA DE CONFLICTOS: MEDIACIÓN. INVESTIGADORA Y DOCENTE DEL CENTRO DE MEDIACIÓN, NEGOCIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE.

mfuentealbam@ucentral.cl

ERRATA

→ NESTE ARTIGO, NAS PÁGINAS 767-768:

ONDE SE LIA:

“En este contexto, además de los avances ya obtenidos con las reformas procesales penales en Latinoamérica, las que han cambiado un sistema inquisitivo por uno acusatorio, que permite la apertura al principio de oportunidad, e incorpora salidas alternativas a sus formas procesales de término, facilitando la aplicación de mecanismos colaborativos, los que en la tradición jurídica continental se caracterizarían por una escasa participación de la comunidad, optando por un modelo bilateral de diálogo, que es mayormente restaurativo. Con la participación de profesionales mediadores y no de voluntarios, como ocurre en los modelos propios de la tradición jurídica anglosajona, como el VORP en que los voluntarios son guías y representan a la comunidad.

El modelo Latinoamericano de mediación penal comparte características con la teoría de Zehr, en que prevalece la mediación directa. Pero también usa sesiones individuales previas, propias del modelo anglosajón VORP. Las que, según Wright, sirven para estimular la participación voluntaria e informada de las partes. El modelo funciona principalmente con ofensores adultos, en delitos de escasa gravedad, y en etapas informales del proceso (*diversion*).

En países de tradición continental, en que no está normada la mediación penal, como el caso de Chile, las derivaciones han operado fundamentalmente desde la Fiscalía. En cuanto a los organismos que realizan la mediación, son organizaciones de la sociedad civil, tales como instituciones universitarias y del Estado.

El escaso número de casos mediados los últimos 16 años permite afirmar que existe una práctica marginal de mediación penal y no está plenamente institucionalizada.

Asimismo, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países del *common law*, el surgimiento de estas prácticas se inicia de arriba hacia abajo, desde los expertos y autoridades hacia la comunidad.

Ahora bien, la metodología comparada permitió entender que si bien en países del *common law* ha existido mayor desarrollo de mecanismos restaurativos, las ideologías que motivaron su aplicación se inspiran en distintas maneras de concebir e impartir la justicia, por lo que las razones de su aplicación masiva y forma de implementación, que no han requerido de regulación normativa, no sirven como modelo a aplicar en países de corte continental que tienen estricto apego a la norma y al principio de legalidad procesal para decidir sobre la acción penal.”

LEIA-SE:

“En este contexto, además de los avances ya obtenidos con las reformas procesales penales en Latinoamérica, las que han cambiado un sistema inquisitivo por uno acusatorio, que permite la apertura al principio de oportunidad, e incorpora salidas alternativas a sus formas procesales

de término, facilitando la aplicación de mecanismos colaborativos, los que en la tradición jurídica continental se caracterizarían por una escasa participación de la comunidad.

Para estos efectos ha operado un modelo bilateral de diálogo, que es mayormente restaurativo. Con la participación de profesionales mediadores y no de voluntarios, como ocurre en los modelos propios de la tradición jurídica anglosajona, como el VORP en que los voluntarios son guías y representan a la comunidad (DÍAZ GUDE, 2004, p. 26).

El modelo Latinoamericano de mediación penal comparte características con la teoría de Zehr, en que prevalece la mediación directa. Pero también usa sesiones individuales previas, propias del modelo anglosajón VORP. Las que, según Wright, sirven para estimular la participación voluntaria e informada de las partes. El modelo funciona principalmente con ofensores adultos, en delitos de escasa gravedad, y en etapas informales del proceso (*diversion*) (DÍAZ GUDE; NAVARRO PAPIC, 2018, p. 12).

En países de tradición continental, en que no está normada la mediación penal, como el caso de Chile, las derivaciones han operado fundamentalmente desde la Fiscalía. En cuanto a los organismos que realizan la mediación, son en general instituciones universitarias y del Estado.

El escaso número de casos mediados los últimos 16 años permite afirmar que existe una práctica marginal de mediación penal y no está plenamente institucionalizada.

Asimismo, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países del *common law*, el surgimiento de estas prácticas se inicia de arriba hacia abajo, desde los expertos y autoridades hacia la comunidad (DÍAZ GUDE; NAVARRO PAPIC, 2018, p. 12).

Ahora bien, la metodología comparada permitió entender que si bien en países del *common law* ha existido mayor desarrollo de mecanismos restaurativos, las ideologías que motivaron su aplicación se inspiran en distintas maneras de concebir e impartir la justicia, por lo que las razones de su aplicación masiva y forma de implementación, que no han requerido de regulación normativa, no sirven como modelo a aplicar en países de corte continental que tienen estricto apego a la norma y al principio de legalidad procesal para decidir sobre la acción penal.”

→ Na página 771:

ONDE SE LIA:

“DÍAS; LOUSTEAU; TEDESCO. El sistema procesal penal francés, trabajo presentado en el *Seminario Sistemas procesales penales comparados*, a cargo del Prof. Dr. Edmundo S. Hendler, 1997. Disponible en: <http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=98#_ftn39>. Consulta: 13 out. 2017.

DÍAZ LÓPEZ, Juan. Propuestas para la práctica de la mediación penal: delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, julio 2011.”

LEIA-SE:

“DÍAS; LOUSTEAU; TEDESCO. El sistema procesal penal francés, trabajo presentado en el *Seminario Sistemas procesales penales comparados*, a cargo del Prof. Dr. Edmundo S. Hendler, 1997. Disponible en: <http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=98#_ftn39>. Consulta: 13 out. 2017.

DÍAZ GUDE, Alejandra. *The growth of an international restorative justice movement: some implications for juvenile justice in Chile*, PhD Thesis, 2004, Leeds, UK: The British Library, Dewey class. no. 345.8308 22, accessible en The British Library Electronic Online System (EThOS): <<https://ethos.bl.uk/OrderDetails.do?did=1&uin=uk.bl.ethos.416554>>. Recuperado el 14 de enero de 2016, de <https://www.researchgate.net/publication/280155042_FIRST_PAGE_-_pdf_1>.

DÍAZ GUDE, Alejandra; NAVARRO PAPIC, Iván. Restorative justice and legal culture. *Criminology and Criminal Justice*, 2018, p. 1-19. DOI: <https://doi.org/10.1177/1748895818796549>.

DÍAZ LÓPEZ, Juan. Propuestas para la práctica de la mediación penal: delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, julio 2011.”