

La justicia restaurativa. Mecanismos para disminuir el rigor del sistema punitivo en Chile*

Restorative justice. Mechanisms to reduce the rigor of the punitive system in Chile

Raúl Carnevali R.

Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Penal, Universidad de Talca (Chile).
Correo electrónico: rcarnevali@utalca.cl
ORCID 0000-0003-4430-0139

Resumen: El trabajo examina qué debe entenderse por justicia restaurativa, exponiendo sus particularidades esenciales, realizando un paralelo con la justicia retributiva. En este sentido, se pretende dar cuenta de los problemas que puede representar la pena como instrumento de respuesta frente al delito y por qué los procesos restaurativos permitirían ser más eficaces y con ello disminuir los rigores del sistema, con la siguiente reparación a la víctima y la asunción de responsabilidad por parte del autor. Para tal efecto, se analiza cómo se ha implementado la justicia restaurativa en diversos países y qué se propone para la legislación chilena.

Abstract: The paper examines what should be understood by restorative justice, exposing its essential particularities, and making a parallel with retributive justice. In this sense, it is intended to account for the problems that punishment can represent as an instrument of response to crime and why restorative processes would be more effective and thus reduce the rigors of the system, with the following reparation to the victim and the assumption of responsibility by the perpetrator. To this end, we examine how restorative justice has been implemented in various countries and what is proposed for Chilean legislation.

* Esta investigación se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N°1200083, titulado “Justicia restaurativa y sistema penal. Hacia un modelo de solución de conflictos”, del que soy investigador responsable. Se agradece las correcciones realizadas al texto a Alison Villalón Avendaño, ayudante del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Chile
Recibido: 06 de marzo 2022. Dictaminado: 11 de mayo de 2022

Palabras clave: Justicia restaurativa, reparación, víctima

Keywords: Restorative Justice, reparation, victim.

SUMARIO; I. PRESENTACIÓN GENERAL, II. ESCENARIO ACTUAL, III. INDIVIDUALIZACIÓN DE ALGUNOS PROBLEMAS, IV. PROPOSICIONES PARA UN MODELO RESTAURATIVO, V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS.

Presentación general

En un sentido amplio puede entenderse la justicia restaurativa como un proceso participativo y deliberativo, donde intervienen, principalmente, el autor, la víctima y, en algunos casos otras personas como los familiares, quienes a través de encuentros pueden llegar a acuerdos satisfactorios que permita reparar los daños causados por el hecho delictivo. Para Van Ness y Strong (2015), el término de Justicia Restaurativa se empleó por primera vez por Albert Eglash para distinguir tres tipos de Justicia criminal; a) Justicia Retributiva basada en la pena, b) Justicia Distributiva, basada en el tratamiento al ofensor, y c) Justicia Restaurativa, fundada en la restitución (p. 23). Esta última, entre otros propósitos, procura hacer justicia por medio de la reparación, lo que se alcanza en la medida que las partes se entienden satisfechas con el acuerdo logrado. Ciertamente, deben seguirse estándares mínimos que garanticen este objetivo como, por ejemplo, la voluntariedad e igualdad de condiciones en la participación, como así mismo en la aceptación de la solución.

La Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas afirma que por “proceso restitutivo” debe entenderse:

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. (p. 59)

Para comprender lo expuesto, se hace necesario distinguirla de la llamada justicia retributiva¹. Sin entrar en mayores detalles, puede destacarse que el modelo de la justicia restaurativa descansa más en el diálogo entre el autor y la víctima, que en la infracción de la norma y la consiguiente imposición de la pena. Por lo anterior, se destaca su carácter no adversarial, donde el encuentro que permita arribar a una solución que facilite la reparación a la víctima desempeña un rol preponderante. El que no se disponga de un castigo no supone que sobre el autor no recaigan responsabilidades y obligaciones. Pero éstas se centran, precisamente, en disponer de qué forma la víctima puede sentirse restaurada por el daño que el delito le causó. Justamente la víctima y su reparación son piezas fundamentales en la justicia restaurativa, lo que no sucede en la retributiva (Pemberton y Vanfraechem, 2015).

Estimo que deben cuestionarse el que se siga sosteniendo que la pena constituye la principal respuesta frente al delito. Ciertamente, no se pretende con esta afirmación admitir posturas de orden abolicionista, es decir, la sustitución del sistema procesal penal por otro de resolución privada del conflicto, todo lo contrario. Es fundamental abrirse a otras formas de solución de los conflictos penales, pero siempre dentro del sistema procesal. No cabe duda de que instrumentos propios de la Justicia Restaurativa siempre deben entenderse respaldados por la autoridad pública, siendo para ello fundamental que una resolución judicial refrende lo acordado en los encuentros restaurativos. De este modo, se ven satisfechas funciones estabilizadoras, ya sea en un plano

1. Para conocer los primeros trabajos que distinguen entre Justicia Restaurativa y retributiva consultar la obra de Edward Zehr: *Retributive justice, restorative justice, New perspectives on crime justice*, Issue N° 4, pp. 2-18

comunicativo como aflictivo, que también son las que se esperan de la pena (Walgrave, 2008).

Debe tenerse presente, que la pena contiene efectos negativos ya no sólo para el autor –dado su carácter estigmatizador y desocializador–, sino también respecto de la víctima. La pena tiene un escaso o nulo contenido restaurador, salvo su reconocimiento simbólico de haber sido víctima de un delito. Todo ello, me hace pensar que resulta una tarea prácticamente ineludible, preguntarse qué podemos hacer para ofrecer otras respuestas que permitan enfrentar el delito. Por cierto, resultaría discutible pedir a la Justicia Restaurativa que uno de sus objetivos sea la disminución de las tasas de reincidencia, pero sí al menos, que a través de los encuentros restaurativos y la asunción de responsabilidad se puedan producir cambios en el ofensor, al reforzar valores compartidos con la víctima y la comunidad (Ward et al., 2014).

Considerando lo anteriormente reseñado, también puede apreciarse dentro del sistema procesal de orden acusatorio algunos estímulos negativos que no se pueden desatender pues, atentan a una real asunción de responsabilización por parte del autor.

En efecto, durante el desarrollo del juicio, el acusado puede sentirse desalentado a comprender las consecuencias de su acto, pues, se enfrenta al Estado, considerando a su órgano persecutor como a su antagonista, al que debe procurar vencer (Walgrave 2008, p. 50). Es más, también para el acusado la víctima es su adversario, por cuanto el ofensor la individualiza como la responsable de su situación judicial –aprecia que su denuncia, por ejemplo, lo ha colocado en esta situación–. Todo ello da lugar, de acuerdo con lo que señalan Walgrave (2008), Braithwaite (2005) y Sherman (1993), a una suerte de negación de lo sucedido, que, en no pocos casos, su propio abogado defensor lo impulsa, dentro la estrategia que se está siguiendo. Precisamente, la actitud asumida por el acusado, al negar responsabilidad en los hechos, puede causar un gran impacto emocional en la víctima, pues lo valora

como un ocultamiento de la verdad, profundizando la distancia y generando rencor, no sólo respecto del propio hechor, sino también hacia la sociedad, pues, de algún modo, ha tolerado que el sistema procesal admita tales prácticas. Es cierto, siguiendo a Etxebarria Zarrabeitia (2011), que el sistema se construye sobre la base de dos actores principales: el Estado representado por el Ministerio Público y el acusado, existiendo ciertos procedimientos que se explican dentro de lo que es propio de un proceso penal. Con todo, no pueden obviarse estas consideraciones, más aún si en esta construcción del proceso, la víctima es prácticamente un actor muy poco relevante.

Soy del parecer que hoy en día la capacidad de los procesos restaurativos para alcanzar una solución del conflicto penal se ha ido aceptando y que no se aprecia una mirada desconfiada hacia sus aportes, como sí existía en el pasado. En este sentido, han ido aumentando los ordenamientos nacionales que comprenden respuestas restaurativas. Por otro lado, el que éstas se incluyan dentro del sistema procesal reafirma su dimensión pública, no se trata pues de una solución entre privados donde se resarcen los daños, al modo que lo planteaban los abolicionistas. Sobre esto último es preciso ser claro, toda respuesta que procede de algún mecanismo propio de la Justicia Restaurativa se entiende que proviene de un pronunciamiento de la autoridad pública, pues existe una resolución judicial que la autoriza. El que las condiciones se alcancen dentro del sistema procesal penal, permiten satisfacer dimensiones comunicativas y afflictivas, que también pueden esperarse de la pena. Además, no debe olvidarse que el incumplimiento de lo acordado lleva consigo una consecuencia, a saber, que el autor del hecho quedará sometido a las reglas propias de la Justicia Retributiva. Todo se comprende reglado dentro de un proceso institucionalizado (Carnevali, 2019). Esto último es muy importante, pues al estar frente a un delito, toda la comunidad está interesada en que brinde una respuesta.

Si bien los procesos autocompositivos eran conocidos en el pasado y son aún practicados por pueblos aborígenes, se suele indicar como el primer intento de introducir la práctica restaurativa en el sistema de justicia criminal el que tuvo lugar en Canadá en el año 1975, concretamente en Ontario se comienza a estructurar el primer proyecto de reconciliación infractor-victima².

Por citar lo que acontece en el Reino Unido –nación con un intenso trabajo en esta área– se puede destacar que respecto a los infractores entre 10 a 17 años que admiten culpabilidad y que son condenados a prisión por primera vez, son remitidos al llamado Panel de Delincuentes Juveniles que comprende dos voluntarios de la comunidad local junto con un profesional del Equipo local de Delincuentes Jóvenes. Se requiere que los padres asistan a la reunión del panel si el joven es menor de 16 años, y las víctimas también pueden asistir a la audiencia y participar en las discusiones. En general, dentro del panel se le preguntará al joven sobre lo que sucedió y qué se puede hacer para evitar que vuelva a delinquir.

Resulta fundamental alentar a los delincuentes juveniles que asuman su responsabilidad y reflexionen sobre el daño causado a la víctima o a la comunidad en general. Asimismo, el panel debe determinar un plan que pueda proporcionar la reparación a la víctima o a la comunidad e incluir intervenciones al joven infractor. Lo anterior, incluye tratamientos de drogas y alcohol.

El número de países que han incorporado estos procesos restaurativos, sobre todo en el ámbito juvenil, se ha incrementado, por lo que se puede observar con optimismo su desarrollo. Si bien en Chile aún falta una política de fuerte impulso, cabe destacar que se pretende incorpo-

2. Al respecto consultar las obras de Van Ness y Strong (2015); *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, 5° edición p. 8-10 y Barona Vilar (2017); *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del medio*, Valencia: Tirant lo Blanch p. 85 y ss.

rar toda una estructura institucional que permita poner en funcionamiento mecanismos como la mediación.

En imposible dejar de destacar como México ha emprendido todo un proceso dirigido a incorporar mecanismos alternativos dentro de su sistema de justicia penal. Es así, que la Constitución de dicho país señala en el art. 17: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”. A partir de ese momento, se introducen cambios legislativos que culminan con la Ley nacional sobre Mecanismos Alternativos de solución de controversias en materia penal de fecha 29 de diciembre de 2014.

Escenario actual

Como se desprende de diversos estudios existen algunas divergencias en cuanto al desarrollo de los mecanismos alternativos. Por un lado, en el mundo anglosajón se encuentran muy avanzados y han estructurado diversos modelos que van más allá de la mediación, que sigue siendo el más tradicional. Basta tener presente lo que acontece en Nueva Zelanda, Australia e Irlanda del Norte, solo por citar algunos.

En nuestro continente hay países que han trabajado más intensamente, pero aún hay mucho camino que recorrer. El caso mexicano es uno de los más destacados, pues, como ya se indicó, por la Ley nacional sobre Mecanismos Alternativos de solución de controversias en materia penal de fecha 29 de diciembre de 2014 se han establecido tres mecanismos, a saber, la mediación, la conciliación y la junta restaurativa. Esta última consiste, conforme al artículo 27 de la citada Ley, en que:

La víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, busquen y propongan opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un

Acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad, permitiendo la recomposición del tejido social.³

En el caso chileno se aprecia un menor desarrollo normativo, lo que no difiere, por cierto, de lo que acontece en varios países latinoamericanos. Con todo, sí se observa un especial interés por avanzar en este camino. En estricto rigor, hoy no existe un cuerpo normativo especialmente abocado a mecanismos alternativos en materia penal. Si bien en el Código procesal penal se regula la suspensión condicional de procedimiento y los acuerdos reparatorios, no son propiamente mecanismos alternativos. En todo caso, los acuerdos reparatorios participan de ciertos rasgos que se asimilan a un programa de justicia restaurativa, en cuanto se exige de un acuerdo entre la víctima y el imputado, donde se procura la reparación de la víctima. No obstante, no puede aseverarse que se trata de un instrumento alternativo. Por de pronto, no interviene un mediador o facilitador que permita cumplir con los fines que se buscan. Es más, puede afirmarse que en no pocos casos, tanto el autor como la víctima no tienen claridad acerca del contenido y alcance del acuerdo (Delgado y Carnevali, 2022) Que así sea, es un reflejo que lo que se busca en muchos casos es más bien desahogar el sistema, desnaturalizándose el propósito que se persigue.

En todo caso, existen experiencias piloto donde se llevan a cabo procesos de mediación, principalmente a través de la Corporación de Asistencia Judicial y el Ministerio Público. Pero no se comprenden dentro de una política pública nacional. No obstante, sí existen diver-

3. Véase los siguientes trabajos para un completo análisis de la normativa; Gorjón: El acuerdo del proceso de justicia restaurativa (acuerdo restaurativo)", p. 365-392, Zaragoza: La justicia restaurativa durante la ejecución de la pena privativa de libertad en México, pp. 381-392 y Sánchez; El acceso a los MASC en el contexto de los derechos humanos: una visión desde el principio de legalidad en México, pp. 393-406.

Los proyectos, particularmente, respecto de la delincuencia juvenil, en el que se incorporan procedimientos de mediación.

Individualización de algunos problemas

Diversos son los argumentos que se esgrimen dirigidos a la introducción de determinados mecanismos de solución de conflictos que contengan componentes autocompositivos. Se señala, entre otros, que permitiría la descongestión de los tribunales. En efecto, al ser las propias partes las llamadas a buscar la solución, sobre todo para aquellos casos de menor gravedad, permite que el sistema penal tradicional se avoque a atender los conflictos de mayor repercusión social. Lo anterior, lleva aparejado no solo que la propia ciudadanía se involucre de algún modo en la “administración” de justicia, sino que además, da lugar a un efecto social mayor. Y es que al descansar estos instrumentos sobre la base de procedimientos de participación voluntaria y de encuentro, se va construyendo una cultura de diálogo y de paz social, con la consiguiente disminución del recurso de la fuerza estatal. En este sentido, Binder (2011) señala que es preciso privilegiar la solución del conflicto por sobre la coerción estatal -preeminencia del Estado-, donde sea la víctima quien tenga un mayor protagonismo, lo cual, sin duda, constituye un “reposicionamiento” de la víctima dentro del conflicto y el papel que debe tener en su solución, estableciéndose así uno de los grandes aportes de la justicia restaurativa.

Sin duda uno de los grandes aportes de la justicia restaurativa es el “reposicionamiento” de la víctima dentro del conflicto y el papel que debe tener en su solución. Y es que cada vez se viene hablando con mayor intensidad sobre la necesidad de otorgar una mayor atención a la víctima. Es decir, procurar privilegiar la solución del conflicto por sobre la coerción estatal donde la víctima tenga mayor protagonismo.

Los fundamentos de la justicia restaurativa son esencialmente dos. El primero guarda relación con el papel preponderante que tienen, tanto autor como víctima en la búsqueda de la resolución del conflicto. Lo expuesto descansa en la idea de que son los involucrados en él los principales llamados a buscar una solución. El segundo pilar de la justicia restaurativa es que se apoya sobre la base de procesos deliberativos, participativos y no adversariales, con el propósito de lograr, entre otros fines, la reparación y la conciliación. En efecto, como ya se ha señalado en este trabajo, y de acuerdo con lo afirmado por Tamarit (2015), el modelo de la justicia restaurativa que se sustenta en el diálogo entre el autor y la víctima, principalmente, lo que 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 ocasionó.

Como ya se resaltó, es importante hacer presente que instrumentos internacionales como la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas destacan la necesidad de la reparación al precisar qué se entiende 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 (p. 59).

Luego, por “partes” se comprende, la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo.

Creo que uno de los argumentos más favorables en la búsqueda de nuevos mecanismos de solución de conflictos, dice relación con la crisis que experimentaría el sistema penal de corte retributivo, pues no solo se cuestiona la pena estatal, por su escaso efecto preventivo especial, sino también por su carácter segregador y estigmatizador. La que además se ve agravada por desconfianza de la ciudadanía en el sistema penal y la escasa atención que se les brinda a las víctimas. Bajo este contexto, Silva Sánchez (2018) admite la capacidad de rendimiento que pueden tener los procesos restaurativos para la superación del conflicto (p. 217). Sin embargo, no suscribe completamente las ideas que sustentan la Justicia Restaurativa.

Se afirma también, que la inflación punitiva que hoy se manifiesta en la política criminal genera mayores perjuicios. El exasperado recurso punitivo contradice el carácter de última ratio que se espera del Derecho penal (Carnevali, 2008). Justamente, 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.

Probablemente, es en la esfera juvenil donde mejor se puede apreciar las dificultades que el sistema tradicional conlleva para enfrentar sus causas –que pueden también extenderse para los adultos–. Es así, que el sistema de justicia criminal no ha sido eficiente para abordar el problema de la criminalidad juvenil y por ello que ha sido un campo fértil para introducir en el sistema componentes de orden restaurativo. El que permanentemente se esté innovando y proponiendo nuevas “ideas” para manejar el conflicto y la constante demanda de los instrumentos internacionales de derechos humanos por la atención de los jóvenes infractores son una efectiva prueba de que las soluciones no han sido del todo eficaces. Precisamente, la cárcel y otras respuestas

del sistema penal han sido no solo ineficientes para disminuir la reincidencia, sino que en muchas veces inciden para su aumento.

Sobre el punto es importante tener presente que estudios y mediciones que se han realizado a programas que usan la aproximación restaurativa, no solo muestran altos niveles de satisfacción de las partes involucradas⁴. El sistema de justicia criminal tradicional probablemente no podría mostrar los mismos resultados, al menos en lo que dice relación con modelos de protección o bienestar, como los de asunción de responsabilidad.

Debe tenerse presente, que programas de justicia restaurativa han sido implementados en no pocos países, como una mejor forma de resolver casos criminales relativamente leves, especialmente cuando el infractor es un menor de edad.

Con todo, surgen interrogantes que no son fáciles de dilucidar, ¿cuál es la perspectiva de la justicia restaurativa cuando se trata de delinquentes adultos y de criminalidad más grave?

Asimismo, ¿cuál deberían ser las exigencias en cuanto a las garantías de este modelo? ¿Debe alcanzar los mismos de la justicia retributiva?

Cabe señalar que algunos Estados han implementado modelos restaurativos para la justicia de adultos y respecto de crímenes de mayor gravedad, pero están lejos de ser mayoritarios y no generan el nivel de consenso como sí sucede en la justicia juvenil. Se suele señalar como uno de los más fuertes argumentos que estos programas podrían contravenir garantías y derechos fundamentales de los involucrados en el conflicto penal, en particular las garantías de los autores. Ciertamente, es una tarea pendiente.

4. Sobre la satisfacción de la víctima, revisar la obra de Shapland et al., (2011) titulada: *Restorative Justice in Practice*, pp. 139 y ss.; y la obra de la autora Villacampa (2020): *Justicia Restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal*, pp. 58 y ss.

La cuestión no es menor ¿es necesario para la justicia restaurativa las mismas garantías del proceso que se establecen para la justicia retributiva? En principio, podría sostenerse que si la justicia restaurativa pretende una solución a un conflicto de carácter penal, esto es, un delito, en donde hay una víctima, tendría que establecerse los mismos parámetros de garantías.

Sin embargo, si consideramos que ambos modelos de justicia encuentran su basamento en pilares diversos, no posible imponer a la justicia restaurativa las mismas exigencias. 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. Sobre el punto, debe tenerse presente que el establecimiento de las garantías procesales y de manera particular la del debido proceso, se explican para resguardar al imputado frente al poder que tiene el Estado cuando ejerce el *ius puniendi*. Y es que solo a través de un proceso justo el Estado puede legítimamente imponer una pena y eventualmente una limitación a las libertades fundamentales. En 2005 Walgrave ya planteaba lo siguiente:

In a coercive procedure, all legal guarantees must be observed. A traditional criminal justice procedure offers safeguards such as legality, due process and proportionality, but it is not evident that these legal safeguards also apply unchanged in a system premised on restoration. The main function is different, the actors are partly different, and the social and judicial context is different. Contrary to the top-down approach of the traditional process, a restorative system should allow ample space for a bottom-up approach. (En un procedimiento coercitivo, todas las garantías legales deben ser observadas. Un procedimiento tradicional de justicia criminal ofrece garantías como la legalidad, el debido proceso y la proporcionalidad, pero no está claro que esas garantías legales también se apliquen sin cambios en un sistema basado en la restauración. La función principal es diferente, los actores son parcialmente diferentes, y el contexto social y judicial es diferente. Contrariamen-

te al enfoque descendente del proceso tradicional, un sistema restaurativo debería permitir un amplio margen para aproximarse a un enfoque ascendente).

Conforme a lo anterior, y considerando que la justicia restaurativa representa un modelo diverso de hacer justicia, donde no cabe, por ejemplo, la imposición de la pena de reclusión no es posible exigir el mismo nivel de garantías. Por cierto, no quiere decir que no se dispongan de reglas, como el asegurar que los distintos intervinientes se encuentren en un plano de igualdad.

Otro de los problemas complejos de dilucidar dice relación con la precisión de los delitos a los que pueden aplicarse mecanismos propios de la justicia restaurativa. Así también, si este sistema cabe ser aplicado para los adultos. Y es que no pocos consideran que sólo tendría sentido tratándose de los adolescentes infractores.

Es interesante considerar que Bélgica es uno de los pocos países en el mundo donde la justicia restaurativa está disponible para todo tipo de delitos –incluso, los más graves– y en todas las etapas del proceso de justicia penal, tanto para menores como para adultos.

Pues bien, en lo que dice relación con los delitos que pueden comprenderse dentro del modelo, no existe una restricción, por lo que en principio todos podrían ser abarcados. La cuestión debe quedar entregada a lo que cada Estado estime como más prudente atendiendo consideraciones culturales. Por lo anterior, parece razonable pensar que solo pueden seleccionarse para ser sometidos al modelo de justicia en comento aquellos sobre los cuales no se ejerce violencia sobre las personas, como sucede en los delitos contra la vida, lesiones graves, algunas hipótesis de robos y de delitos sexuales. No cabe duda de que es tema complejo, ya que también puede sostenerse que sean las propias partes las que determinen si quieren someterse o no a los mecanismos de justicia restaurativa. Apreciado en estos términos, no habría razón para imponer restricciones al catálogo de delitos. No obstante, y tal

como se afirmó, no pueden desconocerse las particularidades de la sociedad chilena –no tan diversa a otras naciones latinoamericanas–, tan inclinada a estimar que solo la pena puede resolver un conflicto penal, por lo que debería obrarse con mesura, restringiendo el catálogo solo a aquellos delitos que generan menor consternación social (Díaz Gude, 2010). Un elenco amplio, en donde se incluyan delitos graves puede generar desconfianza en la ciudadanía y con ello, hacer fracasar todo el sistema.

Proposiciones para un modelo restaurativo

No es fácil exponer soluciones, sobre todo en una materia tan compleja como son los conflictos penales. No obstante, me parece importante observar algunas propuestas que emergen de las experiencias comparadas. Puede decirse que una tendencia reciente en Europa ha sido la mayor atención que se está dedicando a las formas de conferencia. Ya no solo la mediación que es la más usual. El crecimiento en la implementación de esquemas de conferencia ha venido como consecuencia de experiencias positivas con modelos de conferencia en Nueva Zelanda y Australia desde la 1990 que se han extendido desde entonces a Europa y América del Norte.

Las conferencias han sido objeto de numerosas evaluaciones que, en suma, apuntan a altos niveles de satisfacción de los participantes, potencial de ahorro económico a largo plazo y tasas de reincidencia prometedoras. Además de estas ventajas, las conferencias a nivel judicial también han llegado a ser consideradas por Van Ness y Strong (2015), como una alternativa viable o elemento adicional para responder a ofensas de una gravedad mayor de la que normalmente puede cubrirse en el contexto de la mediación (p. 28).

Del mismo modo, hay experiencias con los llamados “círculos pacificadores” o “círculos de sentencia” en un pequeño grupo de países, y tienen la virtud de ser un enfoque adecuado para resolver la delincuencia más compleja, a menudo más grave (Van Ness y Strong, 2015, p.29).

Los presupuestos sobre los cuales se asientan estos mecanismos son plenamente justificables tratándose de los adultos, y que se expresan en diversos instrumentos internacionales, como la citada Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas⁵. Nociones como reparación, responsabilización –se parte de que existen antecedentes para inculpar– y reintegración, que pueden ser valorados desde una perspectiva preventivo general y especial, y que se encuentran recogidos en los programas restaurativos.

Como ya se hizo presente precedentemente, dado que los propósitos que persiguen la justicia retributiva y la justicia restaurativa son diversos, no es posible imponer a esta última las mismas pretensiones garantísticas de aquélla (Carnevali, 2017). En efecto, no puede dejarse de tener presente que la alta exigencia de la justicia retributiva se justifica por cuanto se puede llegar a privar de la libertad al imputado de un delito y condenarlo por largo tiempo. De allí pues, el esfuerzo por introducir un alto rigor en cuanto a las garantías en favor del imputado. Ello explica que deba tratarse de manera distinta en la justicia restaurativa. Y es que no se requiere tal exigencia, pues lo que propone aquí es, esencialmente, la solución del conflicto y la reparación, no la imposición de un castigo penal. No se discute, si se está frente a un hecho que el Estado debe probar que se trata de un delito, pues siguiendo a Gordillo Santana (2006), al desvirtuarse la presunción de inocencia autorizaría al juzgador para condenar (p.116). En la esfera de la justicia restaurativa más que buscar la verdad de los hechos lo fundamental

5. Ver Consejo económico y social de las Naciones unidas (2002). También véase Consejo de Europa sobre mediación en justicia penal (1999).

es que a través del encuentro entre el autor y la víctima –en un plano de igualdad– se alcance la reparación de esta última, que permita la reinserción y la inclusión de ambos en los términos expuestos precedentemente.

Ahora bien, siempre se deben considerar estándares mínimos, como son los de igualdad, información previa y participación voluntaria. Asimismo, la participación del imputado no puede significar reconocimiento de culpabilidad, no siendo posible emplear los antecedentes, en caso de que fracase la mediación u otro mecanismo, en el futuro procedimiento y eventual juicio (Cuadrado, 2015, p. 19).

Atendido lo expuesto, la instauración de un modelo en nuestro sistema procesal para atender ciertos casos, no solo permitiría descongestionarlo –si bien no es el fin principal no es posible eludir que es uno de los objetivos–, sino que también brindaría un mensaje a la sociedad, de que existe una preocupación particular por la víctima, al tener esta la oportunidad de poder participar directamente en la solución del conflicto (González Cano, 2009, p. 25).

Respecto de los delitos que pueden comprenderse dentro del modelo, como ya se destacó, estimo que solo podrían seleccionarse aquellos sobre los cuales no se ejerce violencia sobre las personas. Reconozco que es un tema discutible, pero por prudencia y debiendo ir paso a paso, más aun tratándose de un sistema que requiere asentarse dentro de la cultura social, sería irresponsable pretender un amplio elenco de delitos. Es preferible, en una primera atapa, centrarse en aquellos delitos que generan menor repercusión en la sociedad.

Desde la perspectiva procesal para poder recurrir a estos instrumentos, debe ir desde el inicio de la investigación hasta la dictación de la sentencia. Asimismo, también puede aplicarse al momento de su ejecución –la mediación penitenciaria–⁶.

6. Esta materia ya la traté en Carnevali (2019) “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta *de lege ferenda*”, p. 431 y ss.; siguiendo a

Es posible distinguir tres momentos. Hago presente que para efectos de exposición me centraré en la legislación chilena:

- a) Ingreso hasta antes de la audiencia de formalización. Etapa no judicializada.
- b) Desde la formalización hasta la sentencia. Etapa judicializada.
- c) Ejecución de la sentencia hasta su cumplimiento total. Etapa condenatoria.

Respecto de la primera etapa, esto es, la prejudicializada, es posible comprenderlas dentro de los términos facultativos del fiscal. Como señalan Cuadrado (2015) y Gordillo Santana (2006), es por cierto más rápida, pues no se requiere de una audiencia ante un juez, por lo que puede aplicarse, luego de que tenga lugar el proceso restaurativo, el principio de oportunidad.

Soy del parecer que permitiría enfrentar un problema de creciente preocupación por parte de la ciudadanía, como es la atención que se le presta a la víctima y el rol más activo que ésta puede tener, más allá de lo que propone el artículo 170 del Código procesal penal chileno. En efecto, conforme al precepto en comento la víctima puede dentro de los diez días de tomada la decisión por parte del fiscal solicitar que se deje sin efecto si manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

Se podría establecer que si la víctima manifiesta su propósito de continuar, debe someterse a un proceso de mediación. Tomando en cuenta que queda entregado a la decisión del juez, éste puede determinar que para resolver las partes deberán sujetarse a una mediación. Si se logra un acuerdo se aplica el principio de oportunidad. En caso contrario, el juez determinará si se continúa o no con la persecución penal. Lo ante-

González Cano (2009): *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, p. 43 y ss.

rior entrega un espacio para que la víctima y el autor puedan solucionar su conflicto y lograr la reparación y satisfacción de quien es víctima.

En lo que respecta a la segunda etapa puede afirmarse que esta es la más frecuente, pues se materializan con la aplicación de las salidas alternativas, a saber, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. Con todo, y tal como se ha destacado anteriormente, no son propiamente programas de justicia restaurativa, por lo que se desaprovechan estas instancias para su aplicación. Me parece que respecto a los acuerdos reparatorios es plenamente aplicable lo que dispone la legislación mexicana. En efecto, a fin de darle un efectivo carácter restaurativo a los acuerdos, es imprescindible que los intervinientes se sometan a un proceso de mediación. Luego, si se llega a un acuerdo, éste pueda refrendarse ante el juez. Estimo también importante la regulación del seguimiento del acuerdo, esto es, verificar si se está o no llevando a cabo.

Por último, en lo que respecta a la tercera etapa se puede establecer que durante el debate al que alude el artículo 343 del Código procesal penal⁷ y solo respecto de los delitos en los que procede el modelo, que el juez proponga a las partes someterse a mediación. En caso de alcanzarse un acuerdo y la víctima sea reparada, pueda suponer ya sea, una suspensión de la condena o una disminución de la pena. Asimismo, puede contemplarse la aplicación de alguna pena sustitutiva, especial-

7. Art.343 inciso final del Código procesal penal chileno: “En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad prevista en el inciso primero. No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal abrirá debate sobre tales circunstancias y factores, inmediatamente después de pronunciada la decisión a que se refiere el inciso primero y en la misma audiencia. Para dichos efectos, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, dejando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia”.

mente útil sería el trabajo en beneficio de la comunidad. Lo anterior, es posible incluso durante el período de ejecución de la sentencia⁸.

Conclusiones

Aun cuando en Chile no existe aún una política pública dirigida a instaurar procedimientos propios de la Justicia restaurativa, sí puede afirmarse que se aprecia una mirada positiva en esta dirección⁹. En efecto, unido a las experiencias piloto donde se llevan a cabo procesos de mediación penal a través de la Corporación de Asistencia Judicial, existen proyectos respecto de la delincuencia juvenil, donde se pretende incorporar procedimientos de mediación. Por otro lado, la Fiscalía de Chile pretende impulsar estos mecanismos en todo el país.

No es posible negar que existe cierto escepticismo respecto de este tipo de modelos, pues estamos acostumbrados a que los conflictos penales se resuelvan sobre la base del antagonismo y que sea un tercero, el juez, el que lo haga. En este sentido, se presentan, como ya se expuso, consideraciones culturales y rasgos autoritarios no menores en nuestra sociedad (Días Gude, 2010, pp. 56-57). Por ello resulta tan importante exponer estos modelos y dar cuenta que existen otros mecanismos para resolver conflictos, contruidos sobre la base del diálogo, el encuentro y la reparación.

Por último, es fundamental recalcar que estos procedimientos no se pueden concebir como alternativos o separados a la justicia penal tradicional, sino que complementarios e incorporados a ésta (Esquinas Valverde, 2006, p.71). De este modo, y siguiendo a Esquinas Valverde,

8. Ver los art. 80 y ss. del Código penal español, en particular el Art. 84. Esta disposición señala que el juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna prestación, siendo una de ellas el cumplir el acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

9. Sobre la materia, Navarro y Díaz (2015); *Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia Restaurativa en Chile*, p. 5 y ss.

pueden satisfacer de mejor forma los fines tanto de prevención general como especial que se esperan de todo sistema que procura la solución de conflictos penales, pues, en definitiva, es una autoridad pública la que autoriza el acuerdo (p. 71). No se trata de una solución alcanzada por privados, sino que, por el contrario, es el Estado el que la respalda.

Referencias

- Barona Vilar, S. (2017): *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del medio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Binder, A. (2011). *Análisis de la política criminal*, Buenos Aires: Astrea.
- Braithwaite, J. (2005). “Between proportionality and impunity: confrontation truth prevention”, *Criminology*, N° 43 (2), pp. 283-306.
- (2003). “Principles of Restorative Justice”, en Andrew Von Hirsch *et al.* (Editores), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Portland, Oregon: Hart Publishing, pp. 1-20.
- Carnevali, R. (2019). “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta *de lege ferenda*”, *Ius et Praxis*, Año 25, N° 1, p. 415 y ss.
- (2017). “La Justicia Restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal”, *Justicia Juris*, 13 (1), pp. 122-132.
- (2008). “Derecho Penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, *Ius et Praxis* Año 14, N° 1, pp. 13-48.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2002). *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal*. Resolución 2002/12.
- Cuadrado Salinas, C. (2015). “La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 17-01, pp. 1-25.
- Delgado, J. y Carnevali, R. (2020). “El rol del juez penal en los acuerdos reparatorios: soluciones alternativas efectivas”, *Revista Política Criminal*, Vol. 15, N° 29, pp. 1-24.

- Díaz Gude, A. (2010). “La Experiencia de la Mediación Penal en Chile”, *Revista Política Criminal*, Vol. 5, N° 9, pp. 1-67.
- Esquinas Valverde, P. (2006). “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?”, *Revista Penal* (N° 18), pp. 55-101.
- Etxebarria Zarrabeitia, X. (2011). “Justicia Restaurativa y fines del Derecho penal”, en Margarita, Martínez Escamilla y María Pilar, Sánchez Álvarez (Editoras), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid: Editorial Reus, pp. 47-68.
- González Cano, M. I. (2009). “La mediación penal en España”, en: Barona, Silvia (dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 19-52.
- Gordillo Santana, L. (2006). “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, N° 4, pp. 87-124.
- Gorjón Gómez, G. (2016). “El acuerdo del proceso de justicia restaurativa (acuerdo restaurativo)”, en: Sánchez, A. y López, P. (Coords.), *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos* (Pamplona, Editorial Aranzadi) p. 365-392.
- Navarro, I. y Díaz, A. (2015). *Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia Restaurativa en Chile*, Chile: Ministerio de Justicia de Chile, Santiago.
- Pemberton, A. y Vanfraechem, I. (2015). “Victim’s victimization experiences and their need for justice”, en Inge Vanfraechem *et al.*, *Victims and Restorative Justice*, New York: Routledge, pp. 15-47.
- Sánchez García, Arnulfo (2016). “El acceso a los MASC en el contexto de los derechos humanos: una visión desde el principio de legalidad en México”, en: VÁSQUEZ, M. F., Carnevali, R. y Palomo, D. (Coords.), *Mecanismos alternativos solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar*. Santiago, Editorial jurídica de Santiago, pp. 393-406.

- Shapland, J. *et al.* (2011). *Restorative Justice in Practice*, New York: Routledge.
- Sherman, L. (1993). “Defiance, Deterrence, and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, N° 30 (4), pp. 445-73.
- Silva Sánchez, J.M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- Tamarit Sumalla, Josep M., (2015). “La reparación y el apoyo a las víctimas”, en Josep M. Tamarit Sumalla (Coordinador), *El estatuto de las víctimas de delitos Comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 294-343.
- Van Ness, D.W. y Strong, K. H. (2015). *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, 5ª edición, Elsevier, Waltham, MA, USA: Anderson Publishing.
- Villacampa, C. (2020): “Justicia Restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal”, *Política Criminal*, Vol. 15, N° 29, pp. 47-75.
- Walgrave, L. (2008). *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, Devon: Willan Publishing.
- Ward, T. *et al.* (2014). “Restorative justice, offender rehabilitation and desistance”, *Restorative Justice: an International Journal*, vol. 2, issue 1, pp. 24-42.
- Zaragoza Huerta, J. (2016). “La justicia restaurativa durante la ejecución de la pena privativa de libertad en México”, en: Vásquez, M: F., Carnevali, R. y Palomo, D. (Coords.) *Mecanismos alternativos solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar*. Santiago: Editorial jurídica de Santiago, pp. 381-392
- Zehr, E. (1985). “Retributive justice, restorative justice”, *New perspectives on crime justice*, Issue N° 4, pp. 2-18.