



Mediación y Responsabilidad Penal del Adolescente

Mesa de trabajo: Justicia restaurativa (mediación penal)

Autor: Alejandro Tsukame Sáez

Morandé 107, Santiago

Fono: 6743474

Atsakame@minjusticia.cl

Ministerio de Justicia

Chile

Índice	Pág.
1. Portada	1
2. Índice	2
3. Resumen	2
4. Introducción: la mediación – reparación penal en adolescentes y sus modalidades.	3 - 5
4. La mediación - reparación como instrumento de política criminal.	6 - 8
5. Conclusiones.	9 - 10
6. Referencias bibliográficas	10

Resumen

En la introducción se presenta la mediación- reparación en el ámbito de la justicia penal de adolescentes, algunas de sus modalidades y supuestos.

En la segunda parte se analiza la mediación – reparación como instrumento de política criminal. Se expone sus principales objetivos, y se revisa algunos de sus resultados, tomados de la experiencia internacional, y algunos que se han ido alcanzando en Chile. Queda mucho por hacer todavía en la aplicación de la mediación - reparación en el ámbito de la justicia penal de adolescentes en Chile.

En las conclusiones se realiza recomendaciones en dos ámbitos: el del proyecto de ley de responsabilidad penal del adolescente, y el ámbito de la aplicación práctica de los programas de mediación – reparación.

I. Introducción: la mediación – reparación penal en adolescentes y sus modalidades.

En la actualidad se encuentra en avanzada tramitación parlamentaria¹ el proyecto de responsabilidad penal del adolescente que, entre otros aspectos, pone en práctica sanciones y medidas de justicia restaurativa inéditas en materia de reacción estatal frente a delitos y faltas cometidas por adolescentes. El mecanismo que pondrá en práctica dichas sanciones y medidas es, (o debiera ser) la mediación - reparación.

La mediación- reparación en materia penal se aplica en la actualidad en los ámbitos de la justicia penal de adultos y de adolescentes, aunque ha sido aplicada también en el ámbito de la justicia de menores. Aunque recién finaliza una etapa que podría caracterizarse como experimental, esta modalidad de resolución alternativa² del conflicto penal se ha consolidado en los sistemas judiciales de muchos países.

Sus fuentes están en el movimiento de atención a las víctimas y en las teorías abolicionistas en materia penal. Las propuestas de un derecho penal mínimo para adolescentes velan tanto por la posición de las víctimas como por la reinserción social de los autores, buscando disminuir las consecuencias más nocivas de la aplicación del castigo penal en sentido estricto.

Existen diversas formas de resolver el conflicto mediante mediación – reparación penal. Hay formas como el sobreseimiento del proceso, por la aplicación del principio de oportunidad acompañado de una conciliación; o la concreción de acuerdos reparatorios que le ponen término; o las acciones reparatorias determinadas como sanciones independientes, o complementarias de una pena de prisión o de libertad asistida, entre otras opciones, entre las todavía posibles.

En general, se puede agrupar los programas de conciliación – reparación en dos categorías: a) alternativos al proceso judicial; b) sanciones, al término o como resultado del proceso judicial. Como modalidad alternativa, durante el procedimiento, la mediación – reparación está contemplada en el artículo 57 del proyecto de responsabilidad penal del adolescente, y permite concretar los acuerdos reparatorios. Como sanción, está presente en los artículos 23 y 24, como condición para las modalidades de reparación del daño y de servicios en beneficio de la comunidad³.

¹ El proyecto está aprobado por la Cámara de Diputados y ha ingresado al Senado.

² El término es más neutro que otros como resolución “colaborativa”, “pacífica”, no “adversarial”, pero todos distinguen aspectos de una misma práctica de justicia restaurativa.

³ **"Artículo 57 - Acuerdos reparatorios.** El imputado y la víctima podrán llegar a acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía conocerá en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos. Siempre que fuere posible, el imputado comparecerá con sus padres o, en su defecto, con quien lo tuviere a su cuidado, a objeto que éstos colaboren con la generación del acuerdo y posibiliten su posterior cumplimiento".

"Artículo 23.- Reparación del daño. La reparación del daño consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, ya sea mediante una prestación en dinero, la restitución de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor. En este último caso la imposición de la sanción requerirá de la aceptación previa de la víctima.

En su caso, el juez regulará prudencialmente el monto de la prestación en dinero o la naturaleza de los servicios, basándose en los antecedentes probatorios que se presenten en el juicio.

El cumplimiento de la sanción no obstará a que la víctima persiga la responsabilidad contemplada en el artículo 2320 del Código Civil, pero sólo en aquello en que la reparación sea declarada como insuficiente.

Precisamente, constituye una dificultad del proyecto que la mediación - reparación esté pensada sólo como un mecanismo para hacer posibles los acuerdos o sanciones que sus artículos señalan, al punto que no aparece mencionada. Pero, la mediación – reparación no es sólo un proceso o un mecanismo, sino también un resultado, y hasta un efecto.

Esta dificultad para concebir la mediación - reparación también como resultado no se encuentra aquí solamente, sino que se plantea también respecto del concepto más utilizado de justicia restaurativa: “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas y que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”⁴.

No obstante, las dos formas que adopta la mediación – reparación en relación con el proceso judicial, pone de relieve concepciones en el fondo distintas:

1. Como sanción penal independiente o como sanción adicional o complementaria a otra sanción, la mediación - reparación aunque se base en principios de justicia restaurativa, cumple una función como instrumento de política criminal. Contribuye a una mayor diversificación de la respuesta penal, y al establecimiento de alternativas al resto de las medidas de carácter retributivo, en especial a las sanciones privativas de libertad. En estos casos la mediación se realiza dentro del proceso penal y, a pesar de basarse en un acuerdo entre autor y víctima, depende en todo momento de la adecuación de este acuerdo con los criterios de proporcionalidad (delitos - penas) en que se inspira el derecho penal.

Si se habla en estos casos de un posible efecto educativo, este es mayor cuanto más la sanción se aparte de la simple reparación material, más suponga un reconocimiento de responsabilidad por parte del autor del delito, y cuanto más se respete la forma de este reconocimiento.

Las modalidades más utilizadas son:

- La **reparación del daño**, que consiste en la realización de actividades para reparar el daño causado a la víctima. El punto de partida es un acto de conciliación en presencia de un mediador, en que, además, se acuerdan y se concretan las formas o actividades para reparar el daño. Algunas prestaciones pueden situarse al margen de la reparación directa o indirecta, cuando se trata de tareas simbólicas desprovistas de utilidad para la

Artículo 24.- Servicios en beneficio de la comunidad. La sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad.

La prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá exceder en ningún caso de cuatro horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el adolescente realice. La sanción podrá tener una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120”.

⁴MARSHALL, T. *Restorative Justice. An Overview*. Home Office, 1999. Citado en: Alejandra Díaz (2004). La autora sostiene que el concepto permite destacar dos ideas o principios centrales de la justicia restaurativa. Primero, el principio de inclusión de nuevos actores o partes en la resolución del conflicto penal: la víctima, el autor, y otras personas afectadas por el delito, tales como la familia de las partes y la comunidad. Segundo, el principio de participación y deliberación de las partes en un proceso que reúne - ojalá en un mismo lugar y mediante un encuentro personal - a las partes directamente afectadas por el delito. Estas, a través del diálogo y la comunicación de hechos e intercambio de emociones, pueden llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio sobre cómo reparar el daño originado por el delito.

víctima. Por último, puede ofrecerse al adolescente beneficiarse de ciertas prestaciones para inducir y mantener el esfuerzo de reinserción social que haya emprendido.

- Los *servicios en beneficio de la comunidad* que consisten en una prestación del adolescente a favor de una colectividad lesionada. En este caso, el mediador tiene una activa participación en acompañar al adolescente en la ejecución de las acciones de reparación, y hasta puede llegar a desempeñarse como cooperante del mismo.

Es diferente el caso de cuando es imposible una medida de reparación directa con respecto a la víctima (por ejemplo, ausencia de víctima, víctima no identificada o fallecida, negativa de la víctima), y donde se propone al adolescente efectuar una prestación a favor de la colectividad. Entonces, se procura que la prestación conserve un nexo directo con la infracción.

2. Como mecanismo de desjudicialización o de término anticipado del procedimiento, la mediación - reparación modifica profundamente la reacción judicial frente al delito. Se da a las partes la opción de resolver el conflicto llegando a un acuerdo que repare las consecuencias del mismo, a cambio de poner término al proceso judicial.

La modalidad de mediación - reparación más utilizada en este ámbito es la *conciliación*, que implica un encuentro entre el adolescente infractor y la víctima, con la voluntariedad de las dos partes y la actuación de un profesional mediador. El mediador hace de conductor del proceso, facilita al máximo el medio de contacto, que puede producirse a través de un encuentro, una conversación telefónica, una carta, etc., en función de las circunstancias y posibilidades de las dos partes. La conciliación puede dar lugar a un acuerdo reparatorio.

Los programas de mediación – reparación no tienen como finalidad hacer un tratamiento o desarrollar un proyecto educativo global, sino que centran su acción en un objetivo específico, en una intervención puntual: la solución del conflicto creado por el infractor como consecuencia del hecho delictivo, con la participación de este y la víctima. Pero, el proceso de mediación aporta elementos que implican una forma de solución del conflicto distinta de la modalidad meramente retributiva. La mediación - reparación supone *ajustar* la relación entre la justicia y el entorno social, individualizar la aplicación de la sanción, conjugándola con el proceso madurativo del adolescente, y con su proceso educativo formal.

La mediación - reparación en materia de responsabilidad penal del adolescente supone la voluntariedad de las partes, el reconocimiento de responsabilidad en los hechos por parte del adolescente infractor y, sobre todo, requiere de inmediatez en el tiempo, es decir, que el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la mediación -reparación sea lo más corto posible. Hasta hace poco se pensaba que la mediación sólo era aplicable a los casos de infractores primerizos y a delitos menos graves o directamente reparables (hurto, daños) En la actualidad, la experiencia de algunos países muestra que la mediación - reparación penal de adolescentes se puede aplicar con éxito en los delitos más difíciles.

II. La mediación - reparación como instrumento de política criminal.

1. Objetivos de la mediación – reparación.

• Responsabilización del adolescente

Se ha planteado que el primer objetivo de la mediación – reparación es lograr la responsabilización del infractor. Por responsabilización se alude a los efectos educativos de la responsabilidad asumida por el adolescente. Pero esta responsabilidad no se entiende aquí principalmente en su aspecto jurídico, como culpabilidad, sino como la facultad del adolescente de dar cuenta de sí mismo y mantener una cierta imagen ante la sociedad. La responsabilidad es entendida aquí como una esfera de gobierno de sí mismo, un esquema regulador de las interacciones con los demás, que permita sentimientos de propiedad sobre sus propios actos y de autoridad sobre sí mismo.

Se discute si acaso todo esto, y en particular la responsabilización, son posibles de lograr. Pero se considera que los adolescentes se encuentran en pleno aprendizaje de esa facultad.

Sin embargo, no menos importante es el logro de la reinserción social del infractor como producto de haber realizado una actividad de reparación. La reparación permite la intervención de la víctima, y su participación en la solución del conflicto, y determina, respecto del infractor, una forma de practicar la responsabilización, en la que al tomar contacto con el adolescente, la víctima se abre a las circunstancias de su actuación y tiende a adoptar una visión más normal de este.

Reparación a la víctima y la comunidad.

Pero la víctima del delito, además, satisface sus propios intereses. En el esquema adversarial de la culpabilidad, tampoco la persona afectada por ese acto conserva el dominio del acontecimiento que vivió. No ha contado tampoco con la alternativa de una reparación aceptable. No tiene ocasión de comprender lo que ha pasado realmente y asimilarlo (a menudo desearía un cara a cara liberador, incluso si ha sido víctima de una acción violenta) No participa en absoluto en la búsqueda de las medidas que se adoptarán contra el "autor". Tal vez haya comenzado a considerar de otro modo el problema vivido al principio, etc.

Debido a ello, la responsabilización por los propios actos y frente a la víctima puede no bastar para la reinserción social del adolescente, sino que se requiera cambiar directamente la percepción que de ellos tenga la comunidad. No por haberse reparado a la víctima, se dejará de concebir el suceso delictivo desde el ángulo estrecho de un hecho aislado que se ejecuta en un momento dado por uno de los protagonistas. Reinserción, desde esta perspectiva, es "recomponer la cara", lo que implica un reconocimiento del perjuicio causado a la comunidad y su reparación. La mediación - reparación se convierte en un intercambio corrector en un sistema de interacción social de alcance comunitario. Justamente en el acto de reparación a la comunidad y de reconciliación de la comunidad con el infractor se juega gran parte del impacto social de la medida. Si la reparación es

socialmente visible, se avanza en la reinserción social del adolescente, desde el punto de vista de su imagen pública, de su respuesta a una exigencia social de enmienda.

Pero se suele concebir al adolescente infractor como una víctima de la sociedad o como una persona en riesgo. Todos los aspectos referidos al sentido al delito del delito y a la víctima suelen quedar fuera del trabajo educativo. La aplicación de programas de mediación - reparación permite redescubrir la provisionalidad de las conductas adolescentes, así como la necesidad de dar sentido a los delitos cometidos por ellos.

2. Objetivos de los programas de mediación -reparación en Chile.

De acuerdo con lo establecido en el proyecto, se deduce que lo que se espera de la mediación – reparación en su aplicación al ámbito de la justicia penal de adolescentes en Chile es:

- La responsabilización del adolescente mediante su participación en la resolución del conflicto y la reparación del daño causado;
- La responsabilidad del adolescente mediante la recepción de una respuesta penal clara, concreta, tangible, e inmediata en el tiempo;
- Una diversificación del catálogo de sanciones, con alternativas a la privación de libertad que contribuyan a la personalización o individualización de la sanción.

Sería deseable, además, que se cumpliera con los siguientes objetivos:

- Intervenir preventiva y tempranamente, mediante sanciones que impliquen un tratamiento rápido y no estigmatizante para el adolescente;
- La reinserción del adolescente en su comunidad, haciéndola participe de la ejecución de la mediación - reparación. La comunidad adquiere así una visión más objetiva del adolescente, de sus circunstancias personales y de sus posibilidades de cambio.
- Mediante las acciones de reparación, ejercer un contrapeso sobre los discursos y construcciones sociales reactivas a las conductas difíciles de los adolescentes.

3. Evaluación de la mediación – reparación.

Fuera de la evaluación de la reincidencia, que es un criterio muy utilizado, pero que sobrevalora el impacto de las sanciones; existen otros criterios para evaluar los resultados de los programas de conciliación - reparación:

- Porcentaje de acuerdos mutuos alcanzados;
- Cumplimiento de las obligaciones de reparación o de restitución;
- Satisfacción de los participantes con respecto al proceso seguido;
- Cambio de actitudes hacia la otra parte, entre otros.

De acuerdo con estos criterios, la mediación – reparación ha tenido resultados positivos en el mundo⁵. Pero, se discute que si bien los programas han influido en el descenso de la utilización de las sanciones tradicionales, también han alimentado tendencias hacia una ampliación de la red de control social (“net widening”), al ampliarse los programas a la población que era objeto de menor intervención (tanto a aquellos que no recibían ninguna respuesta, como a los que no debían recibirla).

De cualquier forma, las medidas que aplica la justicia de menores en Chile son auténticamente desresponsabilizadoras y fomentan la desinserción social de los adolescentes infractores. Aun cuando las evaluaciones más sistemáticas que se han hecho datan de hace más de una década, los resultados siguen siendo útiles: La reinserción social lograda con adolescentes que se encontraban en centros de rehabilitación conductual de tipo internado hace más de doce años era en promedio de un 14,5% de los egresados⁶. En cambio, en libertad vigilada el promedio llegaba al 26% (oscilando entre 7,4 y 55,2%)⁷.

Los resultados anteriores ponen de relieve la importancia de dar respuestas de justicia restaurativa al gran número de infracciones de ley que no son adecuadamente enfrentadas por el sistema de justicia. Lamentablemente, debido a que el proyecto no se ha implementado todavía, y existen algunas restricciones en el diseño de los programas en curso, no ha habido todavía resultados alentadores. En realidad los resultados mismos han sido escasos porque se ha tenido que lamentar un muy bajo flujo de casos a los programas⁸.

De los 6 programas actualmente en ejecución (en la II, III, IV, VII y XI regiones), la mayoría lleva menos de un año, ha atendido entre un 10 y un 20% de la cobertura esperada, y lo que es más decidior: el porcentaje de medidas realmente llevadas a la práctica es muy pequeño⁹.

⁵ Una reseña de algunos de los resultados alcanzados por los programas:

Holanda: Proyectos de trabajo en beneficio de la comunidad, ejecución positiva en el 90% de los casos; Programa "Halt", dirigido a prevenir el vandalismo: 21% de cese y 42% de disminución en la conducta, contra 100% de reincidencia y 25% de disminución en el grupo de control.

España: Programa de Cataluña (Tarragona, Girona y Barcelona), 83% de éxito. A un año, sólo el 7% de la muestra de 497 casos, había reincidido.

Estados Unidos. Programas de reconciliación víctima - infractor (VORP). Entre 30 y 90% de éxito. Si bien no se registra una disminución de la reincidencia, las condenas posteriores de las personas eran significativamente más bajas; En una evaluación masiva de 10.000 jóvenes sometidos a la reparación como medida, en el 95% de los casos se cumplió la imposición, porcentaje que bajaba a 86% cuando la reparación se planteaba adicionalmente a otra sanción (pena en suspenso o similares)

Alemania: En un caso especial, por tratarse de un programa para infractores graves y reincidentes, la mediación - reparación redujo la reincidencia entre los participantes a un 42%, contra el 54% de reincidencia en adolescentes privados de libertad (1986); En el proyecto "La Balanza", la no-reincidencia llegó al 70% (1986 – 1987). En: Kruissink (1993), Sancha (1994) y Trenzcek (1993).

⁶ Sobre el total de menores egresados entre julio de 1990 y agosto de 1991. El resto de los jóvenes fueron refractarios al sistema, egresando principalmente por “fuga” (64%) y “determinación del tribunal” (9,9%). López y Campodónico (1993)

⁷ Los motivos de egreso principales eran: cambio de sistema asistencial (29,1%), determinación del tribunal (20,8%) y traslado a otro establecimiento del mismo sistema asistencial (14%). Mallea y Campodónico (1993).

⁸ Los programas se instalaron en las regiones donde estaba en marcha la reforma procesal penal, lo que condicionó a que su clientela fueran sólo los adolescentes de entre 16 y 18 años, declarados con discernimiento.

⁹ Proyecto Fondef - Corporación OPCION, abril de 2004.

III. Conclusiones.

Al final de este trabajo, formulamos algunas recomendaciones para la mejor implementación de programas de mediación -reparación, en dos ámbitos principales:

1. La regulación de la materia en el proyecto de responsabilidad penal del adolescente y;
2. La implementación de los programas en la práctica.

1. Respecto del proyecto:

Se sugiere hacer explícita mención de la mediación - reparación en el texto. Esto ayudará a su mejor implementación en la práctica¹⁰

Además, se sugiere incorporar las formas no materiales y simbólicas en la definición de la reparación. En esa dirección, la reparación puede ser entendida como la respuesta frente a un hecho punible dada por su autor y que persigue la satisfacción del interés de la víctima, a través de la compensación del daño sufrido. La satisfacción de la víctima puede ser directa (recibir un pago o unas disculpas) o indirecta (pago en favor de un tercero o servicios en beneficio de la comunidad).

Otro aspecto es reducir la restricción sobre las materias a las que pueden ser aplicados los acuerdos reparatorios y las otras modalidades de reparación. Aunque su campo de aplicación sigue siendo amplio, queda limitado a los delitos en que hay un interés económico o en que no hay involucrados hechos de sangre. La restricción limita la mediación – reparación en su alcance, pues debiera poder realizarse si existe acuerdo entre las partes ya que, al respecto, existen ordenamientos aplicables a adultos que contemplan estos acuerdos en forma general.

2. Respecto de la ejecución de los programas de mediación – reparación:

Un primer hecho es que se requiere incorporar mayores recursos al diseño de los programas, ya que en general no se contempla la practica sistemática de la mediación - reparación. En esto influye que en el diseño de los programas se ha concebido la intervención sólo al nivel de la sanción y se ha privilegiado la ejecución de la reparación bajo la modalidad de servicios en beneficio de la comunidad, lo que ha inducido a asignar una función débil a la figura del mediador.

Un segundo aspecto a recomendar es echar a andar programas en la región metropolitana (única región en la que no se ha puesto en marcha todavía la reforma procesal penal), para que la mediación – reparación pueda desenvolverse en el ámbito de la

¹⁰ Durante la tramitación en la Cámara se propuso de hecho el texto siguiente, como inciso final del artículo sobre acuerdos reparatorios: “Para adoptar su decisión, el juez podrá solicitar la asesoría de equipos especializados en mediación o en generación de acuerdos reparatorios”. Boletín n° 3021-07.

justicia de menores. Ello permitiría no sólo ampliar la cobertura de los programas en cuanto a las edades involucradas, sino que podría acarrear también la ejecución de formas más tempranas de la reparación. Exige, en cambio, de la participación activa de operadores comprometidos con la mediación -reparación, por ejemplo, una jurisdicción de menores proclive.

Referencias bibliográficas

1. Catastro y catálogo de experiencias socioeducativas nacionales, Proyecto Fondef - Corporación OPCION, abril de 2004. Investigación - acción en curso.
2. Díaz, A., "Justicia restaurativa: concepto y modelos prácticos" (artículo inédito de la autora).
3. González Zorrilla C., "Los menores entre protección y justicia. El debate sobre la responsabilidad", en: Juan Bustos (editor), **Derecho Penal del Menor**, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1995.
4. Informe de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, boletín n° 3021-07.
5. Kruissink, M., "El programa "Halt". Evaluación de un programa de medidas alternativas para jóvenes", en **Infancia y Sociedad**, N° 23, Madrid, 1993.
6. López R., y Campodónico S., "Evaluación del Sistema de Rehabilitación Conductual Internado", Programa Nacional de Rehabilitación Conductual, SENAME, 1993.
7. Mallea A., y Campodónico S., "Diagnóstico de la Población Atendida y Seguimiento de Menores Egresados de Sistemas de Rehabilitación Conductual Abierto, SENAME, 1993.
8. Sancha V., "Las medidas alternativas al internamiento", en: Miguel Clemente (compilador), **Psicología Jurídica**, EUDEMA, Madrid, 1994;
9. Texto aprobado por la h. cámara de diputados el 14 de julio de 2004 del proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Boletín n° 3021-07.
10. Trenczek, T., "V.O.R.P., algunos temas centrales en la mediación del conflicto víctima - infractor", en: **Infancia y Sociedad**, N° 23, Madrid, 1993.