

## **MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y CONCILIACIÓN JUDICIAL, SU CONCRECIÓN EN LA LEY N° 20.084.**

### **Autores:**

Alejandra Beatriz Aguilar Muñoz<sup>1</sup>

Gloria Esperanza Fernández Ortiz<sup>2</sup>

Juan Fernando Opazo Lagos<sup>3</sup>

### **1. INTRODUCCIÓN**

Que la vida en sociedad, y en especial la interacción entre personas, deriva en muchas ocasiones en que surjan conflictos entre ellas, y para dar una solución pacífica a los mismos, evitando la autotutela y dando lugar a la heterocomposición, surge la figura del juez, quien tiene el poder y al mismo tiempo la obligación de, una vez oídas las partes y recibidas sus pruebas, resolver el conflicto de intereses de naturaleza jurídica por acto de juicio, en decisión susceptible de ejecución, cumpliéndose así la obligación del estado de otorgar tutela judicial efectiva a la personas y sus derechos, sin embargo, de acuerdo a lo señalado esta vía de solución del conflicto se sitúa en un grado mayor de coerción y de resultado dicotómico, uno gana y otro pierde<sup>4</sup>.

Pero el aumento sostenido de conflictos jurídicos de intereses entre partes, que a diario se presentan en la sociedad, y la insuficiencia de órganos jurisdiccionales para atender los mismos, debido principalmente al costo que para la sociedad significa ampliar la oferta jurisdiccional, compele al Estado a fomentar formas autocompositivas de resolución de conflictos, en las cuales sean las partes que, en forma independiente o con la asistencia de un Juez o de un tercero facilitador, arriben a un acuerdo sobre la forma de resolverlo, evitando o disminuyendo así los costos para el Estado, como asimismo incorporando razones sociales que tornan, bajo determinadas circunstancias, en una forma de reparación con un mayor compromiso de cumplimiento dada la menor coerción sobre el responsable, lo que en definitiva la vuelve en una solución más adecuada, completa y suficiente al conflicto intersubjetivo.

---

<sup>1</sup> Relatora de la Corte Suprema.

<sup>2</sup> Relatora de la Corte de Apelaciones de Temuco.

<sup>3</sup> Ministro de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

<sup>4</sup> Fuentes M. y Vargas P., El conflicto y sus formas de solución. Pág. 3, los autores ilustran, mediante la Figura 1, los métodos de administración y resolución de conflictos según Moore.

## **2. CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN ¿DÓNDE CONVERGEN?**

En ese contexto, desde el año 1994 se ha hecho obligatorio el llamado a conciliación en la mayoría de los juicios civiles, incluyendo la normativa que regula el funcionamiento de los Juzgados de Familia, de los Juzgados del Trabajo y de los Juzgados de Policía Local, amén de otras jurisdicciones especiales, el trámite de la conciliación, e incluso en materia procesal penal, como ocurre respecto de los delitos de acción penal privada, e incluso en casos de acción penal pública, dependiendo del bien jurídico protegido de que se trate, y con forma autocompositiva especial llamada acuerdo reparatorio, que no alcanza en todo caso a constituir un equivalente jurisdiccional, en tanto en ese caso la forma de término, en caso de darse cumplimiento a lo acordado, es el sobreseimiento definitivo.

De la misma forma, la Ley N° 19.968 dio extensa aplicación a la forma autocompositiva de mediación en materia de asuntos de familia, alcanzando actualmente al ámbito de la responsabilidad penal juvenil, encontrándose pronto a entrar en vigencia la institucionalidad de la mediación penal juvenil, institución que se erige como una adecuada herramienta de solución de conflictos penales, puesto que facilita la reinserción del encartado al fomentar su responsabilización, al brindar la posibilidad de reparar el daño causado, lo que le permite conectar con la afectación de la víctima.

Ahora bien, tanto la mediación como la conciliación tienen en común su carácter autocompositivo asistido, difieren puesto que la conciliación se produce en el contexto judicial, en tanto la mediación es extrajudicial, conllevando la primera la participación de un tercero que tiene el poder de resolver con decisión que produce efecto de cosa juzgada, quien además tiene la obligación de proponer bases para el acuerdo, mientras que en la segunda el tercero no tiene poder para decidir el conflicto ni para imponer soluciones, y es más, le está vedado ofrecer soluciones, limitándose a permitir la comunicación efectiva entre las partes para facilitar las condiciones en que se puede arribar a un acuerdo, siendo claro que este último sistema el juez no tiene injerencia. (Excepcionalmente en la figura del Acuerdo Reparatorio en materia penal, la aprobación está supeditada a la decisión del Juez de Garantía).

Como puede verse, a simple vista, se trata de medios de solución de conflictos que en su ejecución son muy diferentes, en especial porque la mediación, a diferencia de la conciliación, no conlleva participación previa ni simultánea del Juez.

## **3. ARTÍCULO 35 LEY N° 20.084 ¿ UN MODELO DE “CONCI-MED”?**

Sin embargo, la Ley N° 21527 incorpora un particular “ensamblaje” entre la conciliación y la mediación, al disponer en cuanto a la mediación penal juvenil el deber del Juez de Garantía

de derivar a ella, en todos aquellos casos en que es eso posible (salvo que no exista formalización y no exista solicitud de la víctima y/o del imputado), e incluso aquellos casos en que no proceda esta forma autocompositiva, otorgando a la mediación positiva -en dichos casos- el eventual efecto de morigerar o suspender la pena, según se aprecia de los artículos 35 ter y 35 *quinquies* de la Ley N° 20.084, modificada por la Ley N° 21.527, pronunciamiento jurisdiccional que necesariamente deberá basarse en una evaluación de mérito para determinar la concurrencia de los requisitos y en su momento calificar si se cumplió con lo acordado (incluso teniendo en cuenta los criterios que se establecerán en protocolo de funcionamiento que aún no existe lo que además aleja la labor del juez del principio de legalidad al regular su actuar y limitar sus decisiones por un cuerpo normativo de carácter reglamentario afectando con ello eventualmente los derechos de los intervinientes).

En consecuencia, es pertinente plantearse a efectos de esta reflexión, si la “nueva mediación” tiene el carácter de tal y limitada por dicha naturaleza, o, si por el contrario, es una institución nueva, ensamblada, que comparte características de la conciliación, como por ejemplo que es convocada por quien está llamado a ejercer la jurisdicción del caso concreto, o que, a diferencia de modelos comparados, contempla una etapa previa e independiente de la mediación. Desentrañar esta interrogante permite definir qué rol debe cumplir el juez para así proponer el encuadre que permita diseñar un modelo de audiencia que permita cumplir con lo sustantivo de la Ley N° 20.084, y entre otras cosas definir los criterios a considerar al tomar las decisiones puestas la competencia del juez, como por ejemplo en qué circunstancias la mediación fallida podrá ser considerada para atenuar la pena, siendo relevante para aquello, entre otras cosas, desentrañar la naturaleza jurídica de la nueva institucionalidad, en especial considerando la ausencia de reglamentación al efecto.

#### **4. MODELO DE AUDIENCIA Y ROL DEL JUEZ EN LA MEDIACIÓN PENAL JUVENIL**

Al respecto, es preciso señalar que, el inciso segundo del artículo 35 ter referido, define mediación como *“la realización de un proceso restaurativo y especializado, en virtud del cual la víctima y el imputado acuerdan determinar conjuntamente la reparación real o simbólica del daño ocasionado con la comisión del delito, asistidos por un mediador”*, y en ese entendido en nada nos alejamos de la definición original del procedimiento, pero la situación cambia al revisar el modelo de derivación creado en la ley.

En esta línea de análisis, es preciso citar lo dispuesto en la norma que se viene aludiendo, la que es clara en establecer que es un deber del Juez de Garantía la derivación a mediación, pero para que ello suceda éste debe verificar el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, lo que sólo puede ocurrir tras el debido encuadre que debe hacer el magistrado donde

resulta insoslayable abordar los alcances de la conducta imputada, las consecuencias penales previstas por la ley y la oportunidad que representa la mediación, o sea al menos es un llamado a la reflexión muy similar a la conciliación, en consecuencia, al menos en la instancia judicial la derivación a mediación requiere un ánimo conciliatorio de las partes.

Situados en este punto, es oportuno analizar algunos modelos comparados, como por ejemplo el sistema de mediación penal adolescente vigente en Cataluña, el que disgrega absolutamente su funcionamiento, y en especial la derivación, del órgano jurisdiccional. El artículo 19 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores circunscribe de forma exclusiva al Ministerio Fiscal como principal derivador de los casos en la fase presentencial, debiendo el profesional designado o el técnico que evacuará el informe de asesoramiento del adolescente valorar la mediación como intervención adecuada para ese menor, no contemplándose que las partes por iniciativa propia puedan solicitar un proceso de mediación, y menos asignando participación previa o simultánea al Juez, salvo en cuanto sea necesario para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de las partes, manteniendo el proceso propiamente tal en sede extrajudicial.

Sin perjuicio de aquello, el artículo 19.2 de la referida ley dispone que *“A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima”*, lo que lleva a preguntarse si mediación y conciliación, en este contexto en análisis, son instituciones diversas o más bien son complementarias.

Más allá de la forma en que se identifique el proceso, cabe destacar que estudios académicos del sistema han destacado que *“en relación a las características de la mediación como método de gestión de conflictos y en concreto al rol y a las cualidades que deben representar los/as profesionales de la mediación, los participantes en esta investigación han puesto de relieve, como la neutralidad, la imparcialidad y la capacidad empática, han sido desarrolladas por los/as profesionales que guiaron los procesos mediadores donde participaron”*<sup>5</sup>.

Lo anterior deja de manifiesto lo relevante que resulta para la mediación la neutralidad, imparcialidad y capacidad empática de los operadores del sistema, y si bien esto se plasma en principio en el mediador, deja en evidencia que, para no entorpecer el éxito del proceso, el Juez debe participar en una posición similar, lo que sin dudas resulta procedente en nuestro nuevo

---

<sup>5</sup> Estudio MEDIACIÓN PENAL: EXPERIENCIAS EDUCATIVAS Y RESPONSABILIZADORAS CON ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY, María Del Valle Medina Rodríguez, Revista Prisma Social N° 23 | 4° trimestre , diciembre 2018 | ISSN: 1989-3469

modelo de funcionamiento, salvo en cuanto debe efectuar un análisis de mérito al revisar el cumplimiento de los requisitos legales.

A lo que se viene diciendo, hay que agregar otro punto complejo en este estado de funcionamiento del modelo, esto es la relación con la forma en que el juez toma conocimiento de la voluntad de la víctima a mediar, incluso sin la voluntad concurrente del Fiscal, requisito previo a evaluar para derivar; surge acá la pregunta de cómo debe abordar el Juez este análisis, existiendo al efectos dos perspectivas desde la que se puede efectuar aquello. En efecto, se define el “[...] *modelo proactivo como aquel que permite ofrecer la mediación a la víctima en primer lugar, por lo que esta recibe información del programa y decide si quiere iniciar el proceso restaurativo o no, con la posibilidad de hacerlo más adelante si lo desea. Por tanto, en este modelo, el ofrecimiento y la información es generalizado para todas las víctimas, [...] Las víctimas se convierten en sujetos informados y tienen la oportunidad de decidir si participan o no y en qué momento lo hacen [...] El modelo protector, en cambio, solo ofrece el proceso restaurativo a la víctima cuando se ha contactado con el ofensor y este responde positivamente. La prioridad en este modelo es evitar una fuente de posible victimización secundaria en el caso de que por parte del ofensor no fuera viable la mediación.*”<sup>6</sup>

Sin lugar a dudas dicha intervención del juez afectará el desarrollo posterior del proceso, pero entendemos que esta dificultad, como las anteriormente indicadas no alteran la naturaleza de la institución de la mediación, en la que en la búsqueda de los acuerdos intervendrá un mediador no juez, pero planean el desafío de cómo desarrollar esta “etapa previa” de la manera más eficiente al resultado, y sin lugar a dudas la respuesta estará en las capacitaciones previas que se encuentran en pleno desarrollo, en cuanto entreguen al juez las herramientas para un adecuado ejercicio de la facultades y obligaciones que la ley le impone. Sin perjuicio de esto, para incardinar correctamente la mediación penal juvenil en el ámbito autocompositivo, se debe comprender que si bien esta se propone desde la sede judicial, los intervinientes deben trascender a dicho contexto como un marco de funcionamiento, puesto que si bien, de acuerdo al artículo 77 del Código Procesal Penal al fiscal o persecutor le corresponde ejercer la acción penal pública, la mediación es la inhibición de la acción penal, de modo tal que son los afectados quienes tienen el control sobre la solución del conflicto y no los demás intervinientes, afectando su acuerdo derechamente en algunos casos el ejercicio de la acción penal, gatillando un término anticipado, y, en otros, afectando el resultado del ejercicio de la acción penal, ya sea alterando la penalidad legal o disponiendo en base a la mediación su suspensión, y, por último, en algunos casos sin siquiera lograr el acuerdo, afectar el resultado en tanto la mediación frustrada puede atenuar la

---

<sup>6</sup> La mediación penal en Cataluña en el ámbito de adultos y de menores: El análisis de la situación y propuestas de mejora. Lidia Ayora y Clara Casado, 2017, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Generalitat de Catalunya.

responsabilidad penal (aunque sin aclarar si se establece una atenuante especial o debe circunscribirse en las ya existentes).

En relación a la que denominamos “etapa previa” o modelo de audiencia de derivación a mediación, es preciso señalar que el párrafo V de la Ley N° 20.084 no entrega directrices concretas al juez ni a los intervinientes respecto de cómo debe llevarse a cabo la misma, circunstancia que puede derivar en la existencia de abundantes y dispares criterios según el número de magistrados que intervengan lo que no permitirá alcanzar el objetivo de la ley que es el abandono de la conducta delictiva y la integración social.

En consecuencia, enfrentados al vacío normativo referido, es ilustrativo atender a lo señalado en la propuesta de modificación del reglamento de la Ley N° 18.216, el que si bien no fue incorporado, ofrece un referente orientador, a efectos de contar con una guía para el juez. Al respecto, el artículo 54 señalaba: *“Las audiencias que se lleven a cabo durante la ejecución de la sentencia tendrán como objetivo generar los espacios para estimular el cambio de conducta del condenado, en un ámbito de respeto y de colaboración entre el condenado, el delegado de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si se tratare de esta pena, el juez, y el resto de los intervinientes que asistieren, a fin de motivar una alianza en la ejecución de la pena. En el caso del condenado a la pena de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, se buscará fomentar su adherencia al plan de intervención, reforzando los logros alcanzados y promoviendo su inserción en un estilo de vida prosocial. Para ello, podrán realizarse reuniones informales previas a la audiencia entre los intervinientes, en las que se acordarán los aspectos a tratar y la forma en que se incentivará la adhesión del condenado al cumplimiento de la pena.”*

Conforme la norma referida, el Juez en el rol de derivación a mediación deberá tener especialmente presente que, como conductor de la audiencia, deberá fomentar un ámbito de respeto y de colaboración entre las partes, siendo imprescindible que cuente con información del caso, de la víctima y particularmente del imputado, porque es la condición etaria de éste último, lo que permite aplicar un estatuto particular. En este orden de ideas, tal como lo sugiere la referida norma citada, resulta útil acudir a las técnicas del *case management*, realizando reuniones previas e informales, en que los intervinientes compartan información relevante a efectos de evaluar la procedencia de la derivación a mediación, como asimismo proyectar los resultados de la misma, toda vez que de acuerdo al artículo 35 Ter del cuerpo normativo que se viene citando, si la mediación se frustrare por una causa que no fuere atribuible al imputado y hubiere sido posible constatar signos concretos de responsabilización, dichos antecedentes serán evaluados por el tribunal para atenuar la responsabilidad penal, como para sustituir y remitir condena. En consecuencia, se torna imprescindible, que el Juez que derive a mediación esté a cargo de dictar el sobreseimiento o de resolver el archivo provisional, contando con la presencia del imputado a efectos de brindarle la correspondiente retroalimentación a éste, dado que conoce

a aquél, lo que implica que el juez como autoridad no sancionará sino que reconocerá lo logrado por el sujeto reforzando su conducta y promoviendo su inserción social. Asimismo, es necesario que en el caso de la mediación frustrada por razones ajenas al imputado y en que éste ha progresado en su proceso de responsabilización, sea el mismo juez el que se pronuncie y evalúe dichas circunstancias, argumentando y explicando su decisión, sin soslayar la mediación, para una comprensión cabal de la condena y sus efectos por parte del imputado.

En este punto, es preciso detenerse en la singularidad de este “ensamblaje” conceptual, puesto que, el juez, deberá considerar circunstancias ajenas a la comisión del ilícito y que se configuran con posterioridad a éste, en las que se permite que el sujeto derivado a mediación demuestre un cambio de actitud que morigerará la intensidad de la condena. De este modo, la mediación frustrada en este contexto, a diferencia de la mediación en materia de familia, tiene efectos que son relevantes en el proceso judicial.

Relevante será considerar en esta participación del juez en la etapa previa y en la posterior al proceso de mediación el objetivo de la nueva institucionalidad, que respecto del imputado queda claro de lo dispuesto en el art. 35 *sexies* de la ley 20.084 modificada por la ley 21.527 es propender a la responsabilización del mismo (concepto del área de la psicología al cual deberá dársele un contenido normativo), que precisamente es la clave para lograr la reinserción, y respecto de la víctima es su empoderamiento al participa activamente en la solución del conflicto, empoderamiento que permite sin dudas el superar su situación de víctima.

Siendo aquellos los objetivos buscados, lo que establezca la jurisprudencia será trascendental para evitar que la nueva mediación penal juvenil se convierta sólo en una forma de descongestión del sistema penal, o, por otro lado se utilizada en la estrategia de defensa como un medio de lograr atenuar la respuesta penal o lograr la suspensión de la pena, o peor, aún, se convierta sólo en una forma de reparación de los efectos económicos del delito, con las subsecuentes aprehensiones que de ello pueden derivar, relativas a la incidencia de la capacidad económica del sujeto para acceder a la mediación.

## **5. CONCLUSIÓN.**

Que, en todo caso, considerando las experiencias extranjeras, la mediación penal juvenil constituye un avance desde distintas perspectivas. Así, analizando la experiencia española se indica que *“las evaluaciones empíricas realizadas indican que, en conjunto, la mediación penal disminuye la reincidencia general, hace disminuir la victimización secundaria, ofrece en los usuarios una opinión de satisfacción con la justicia y reduce los costes de la administración de*

*justicia*”<sup>7</sup>. Lo anterior deja patente algo estudiado en el grupo de reflexión, cual es que la implementación de estas medidas puede tener distintos objetivos, más si centramos estos en obtener mejores soluciones al conflicto jurídico, a la larga permitirá aquello validar el sistema socialmente, a diferencia de si se utiliza únicamente como un medio de gestionar de mejor forma las cargas de trabajo, porque la desnaturalización del proceso llevara necesariamente a su deslegitimación social, punto relevante a considerar al momento de desarrollar la implementación de esta nueva normativa.

A la luz de lo indicado, estimamos que el modelo de mediación penal que se implementará en nuestro país en el breve plazo en materia de responsabilidad penal adolescente, sin dudas mantiene la esencia de los procesos de mediación, en tanto el órgano jurisdiccional no participa derechamente en el proceso de mediación propiamente tal, cuya dirección es entregada a un tercero sin poder de decisión como lo es el mediador, estableciendo un sistema de control jurisdiccional para asegurar se respeten los límites de la institución y para asegurar la libre voluntad de las partes, más un proceso previo a la mediación y una evaluación posterior con injerencia del juez.

Sin embargo, como se enunció, no es un modelo de resolución alternativa de conflicto puro, sino que “ensamblado” entre conciliación y mediación, en el que se requiere que el juez posea habilidades conciliatorias, fundadas en el conocimiento de las partes y en particular del imputado, para lo cual es necesario que éste sostenga reuniones previas (cuya formalidad, y registro configura un tema aparte), con el fiscal y la defensa, para evaluar los casos, prepararlos de manera completa y que además radique la causa en el mismo magistrado para velar por el compromiso del imputado con la instancia de mediación.

Esta naturaleza híbrida de la nueva institucionalidad nos llevará en su momento a recurrir a una o a otra de dichas formas autocompositivas tradicionales, para buscar los elementos que la ley no nos dé para integrar la norma y poder aplicarla en concreto, y en su caso resolver los conflictos que no sean sometidos a decisión.

---

<sup>7</sup> Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales, Fernando Álvarez Ramos, International e-Journal of Criminal Science, Artículo 3, Número 2 (2008).

## **BIBLIOGRAFÍA**

- 1) Álvarez Ramos, Fernando, Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales, *International e-Journal of Criminal Science*, Artículo 3, Número 2 (2008).
- 2) Ayora, Lidia y Casado, Clara, La mediación penal en Cataluña en el ámbito de adultos y de menores: El análisis de la situación y propuestas de mejora, 2017, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Generalitat de Catalunya.
- 3) Del Valle Medina Rodríguez, María, Estudio Mediación Penal: Experiencias Educativas y Responsabilizadoras con Adolescentes en conflicto con la ley, *Revista Prisma Social* N° 23 | 4º trimestre, diciembre 2018 | ISSN: 1989-3469.
- 4) Fuentes Maureira, Claudio y Vargas Pavez, Macarena, El conflicto y sus formas de solución
- 5) Ley N° 21.527 Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica.
- 6) Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, España.