



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

JUSTICIA RESTAURATIVA Y JUSTICIA TERAPÉUTICA EN EL SISTEMA PENAL CHILENO

SEBASTIÁN ALEJANDRO INOSTROZA SOTO

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Ignacio Pinto Basaure

Santiago, Chile

2021

AGRADECIMIENTOS

Para Kim, que sin ella este viaje hubiera sido muy pesado. Su apoyo y confianza me han ayudado de todas las maneras en que una persona puede ayudar a otra.

Para Agustín, mis papás y mi hermano.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
--------------------------	----------

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I:

JUSTICIA RESTAURATIVA

Origen.....	8
Concepto.....	11
Principios.....	14
Justicia Restaurativa: Una oportunidad para las víctimas de delito.....	16

CAPÍTULO II:

LA MEDIACIÓN

Una forma de Justicia Restaurativa.....	26
Fases de la mediación penal.....	29
La experiencia nacional.....	31
Mediación penal juvenil.....	36

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I:

JUSTICIA TERAPÉUTICA

Una nueva propuesta.....	46
Rol de los actores legales.....	48
Cambio social.....	51
Rehabilitación.....	55

CAPÍTULO II:
TRIBUNAL DE TRATAMIENTO DE DROGAS

Inicio de una reinserción terapéutica.....	59
Tribunal de Tratamiento de Drogas en Chile.....	62
i. La base del programa.....	63
ii. El consumo.....	66
iii. Motivos.....	68
iv. Rol de los agentes participantes.....	69
v. Proceso.....	76
Tribunales de Tratamiento de Drogas para jóvenes infractores de ley.....	79
CONCLUSIONES.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	85

Introducción

La Reforma Procesal Penal que se inició legalmente desde principios del S. XXI, dio término al sistema inquisitivo y estableció un modelo acusatorio formal que tiene como pilar fundamental la distribución de los poderes en el proceso, correspondiendo al Ministerio Público, dadas sus funciones legales y constitucionales¹ la dirección de la investigación y el ejercicio de la acción penal pública con auxilio de la policía. El principio acusatorio permite asegurar la garantía del juez imparcial, solucionando la principal crítica formulada al sistema anterior, donde el magistrado no solamente dirigía e impulsaba el proceso, sino que también promovía su iniciación y realizaba los actos de investigación, de manera que el tribunal, en base a la prueba que le proporcionen las partes, resuelve el conflicto penal sometido a su decisión.

El sistema acusatorio no se basta solamente con la separación acusador/juzgador ni con la imparcialidad que debe existir en el juicio, sino que se fundamenta en una serie de otros principios como el de igualdad de armas entre las partes, la presunción de inocencia, la separación de funciones de investigación y decisión, que sumadas dan como resultado la configuración total del proceso. Un punto importante dentro de este régimen es la obligatoriedad de la acción penal, con esta expresión se alude al deber del Ministerio Público de iniciar, sostener y perseverar en la persecución penal de todo delito del que tome conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar su curso, de acuerdo a lo sostenido en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

¹ Artículo 83 de la Constitución Política de la República: "Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley...". En relación con el artículo 1 de la ley 19.640.

La Real Academia Española (RAE), define la justicia como aquel “principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece”² y eso es lo que busca el sistema penal, privilegiando la reparación del daño a las víctimas y sancionando al infractor con una pena equivalente al daño causado. Paralelamente a ella, durante las últimas décadas han surgido planteamientos como la Justicia Restaurativa y la Justicia Terapéutica. La primera quiere la sanación de los involucrados de un conflicto, primordialmente quien sufrió el agravio, a través del diálogo entre ambas, mientras que la segunda tiene como objetivo la rehabilitación del agraviante.

Si bien ambas llevan pocos años de desarrollo en Chile, este trabajo tiene como objetivo explicar su implementación y si éste ha significado un aporte a nuestro sistema penal y social, logrando, por un lado, sanar a la víctima y, por otro, rehabilitar al infractor.

Se explicará de forma clara y precisa a qué nos referimos cuando hablamos de Justicia Terapéutica o de Justicia Restaurativa, que, si bien pueden tener un hilo conductor similar, sus diferencias son grandes, lo que las hace muy interesantes de conocer como un complemento al sistema tradicional de justicia.

Se revisará de forma detallada la mediación, como forma de desarrollar la Justicia Restaurativa, sus procesos, objetivos, quiénes participan y los resultados en el modelo chileno. En cuanto a la Justicia Terapéutica, hace 15 años se desarrollan los Tribunales de Tratamiento de Droga, una institución compleja que requiere más que leyes para su correcta aplicación. Ambos sistemas también serán tratados en relación a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

Cabe recordar que en diciembre del año 2005 se publicó la Ley 20.084, que estableció un sistema de responsabilidad para los adolescentes que cometen delito. El mensaje del proyecto de ley que fue enviado por el entonces Presidente Ricardo Lagos, consideró pertinente señalar a los jóvenes, como sujetos de derechos, que deben ser protegidos en su desarrollo e inserción social para poder lograr la

² Definición conseguido en el sitio web: <https://dle.rae.es/?id=MelAa7r> el día 22 de agosto del 2019.

prevención de delitos futuros. Creyó oportuno para mejorar la conducta del menor infractor, no sancionarlo con severidad evitando los efectos nocivos que pudiera provocar en su desarrollo personal y social, tanto así que recomendó tratar de imponer como castigo los regímenes menos restrictivos y por períodos no prolongados, dejando para casos excepcionales las privativas de libertad.

Que se incorporen medidas como la mediación o el Tribunal de Tratamiento de Drogas, ¿pueden ser trascendentes para alcanzar los presupuestos centrales que aboga la ley 20.084: sancionar los hechos que constituyen la infracción, fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas, además de resguardar su desarrollo e integración social? El multi carácter de esta legislación, sancionatoria, educadora e integradora, tiene relación con que está orientada a un segmento etario especialmente protegido por convenios internacionales, los que los reconocen como personas de derecho que se encuentran en proceso de formación en cuanto a su personalidad individual y social.

Es necesario revisar, estudiar y analizar las nuevas corrientes de justicia que se han ido instaurando en el sistema penal chileno. Es importante tener en claro dónde estamos hoy y sobre qué ideas estamos caminando, para así lograr alcanzar un régimen de justicia más humano y que permita disminuir las faltas penales. El presente trabajo va en esa línea.

Primera parte

Capítulo I: Justicia Restaurativa

A. Origen

La justicia restaurativa tiene su origen hace más de 200 años, cuando algunas comunidades indígenas obligaban a quienes hubieran ofendido a algún miembro del clan a repararle el daño ya sea trabajando o devolviéndole lo que le robó³. Pero no es hasta la década de 1960 que se comienzan a desarrollar en Estados Unidos nuevas formas de entender la convivencia y la vida en sociedad, desarrollando programas en los que participaran los ciudadanos en la administración de justicia. Éstos se basaban en la creencia de que las partes que mantenían un conflicto debían participar activamente en la resolución pacífica de ella, promoviendo la tolerancia e integración⁴.

No se puede desarrollar el concepto de justicia restaurativa sin nombrar a Albert Eglash, psicólogo norteamericano que elaboró el concepto de “restitución creativa” en 1958, como “la técnica de rehabilitación en la cual se ayuda a un delincuente, bajo supervisión adecuada, a encontrar la manera de efectuar una compensación a las personas que él ha lastimado por su ofensa”⁵. El autor, en su artículo “Beyond Restitution: Creative Restitution”, en *Restitution in Criminal Justice* 91, 92 (Joe Hudson & Burt Galaway eds, 1977), distinguió tres modales básicos de justicia criminal:

1. Justicia retributiva, basada en el castigo.

³ La justicia restaurativa: origen, concepto y mecanismo alternativos de solución de conflicto, Angélica Ramírez. focorojomx.blogspot.com. 2015.

⁴ Justicia restaurativa en Europa: sus orígenes, evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29, Helena Soto Muñoz.

⁵ Ponencia sobre justicia restaurativa, en *Conclusiones Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, Maylene Jaccoud, p. 109.

2. Justicia distributiva, establecida en el tratamiento terapéutico de los infractores.
3. Justicia restaurativa, fundamentada en la restitución/reparación.

Para el autor el problema de los dos primeros modelos es que caen en el error de centrarse en el delincuente o criminal como el sujeto principal de la actividad jurisdiccional, impidiéndole a la víctima del hecho la participación en el desarrollo del proceso judicial penal. Por otro lado, Eglash, indica que el enfoque de la justicia restaurativa se centra en los efectos dañinos que tuvo la conducta del sujeto infractor, involucrando a ambos en el proceso de reparación⁶. El encuentro entre ambos posibilitaría que el imputado pudiera tener una mejor reinserción en la sociedad, especialmente en lo que se refiere a sus relaciones con el resto de la comunidad, cosa que bajo el sistema judicial tradicional sería difícil que suceda. Así lo dio a entender el psicólogo: *“En la actualidad, no se alienta a los delincuentes a ponerse en contacto con su víctima en ningún momento, ya sea en libertad condicional, en prisión o después de ella. Pero la experiencia con la restitución creativa sugiere que una víctima puede convertirse en el mejor amigo de un delincuente, un importante recurso humano para ayudar a restablecer el respeto a sí mismos y a la reintegración social.”*⁷.

Nueva Zelanda, fue el primer país al que se le reconoce un proceso formal de justicia restaurativa propiamente tal, cuando en 1989 promulgó la “Ley para niños, personas, adolescentes y sus familias”, la que enfatiza 4 aspectos fundamentales⁸:

1. Protección de derechos: Este punto se refiere a que los niños y los jóvenes deben ser informados de sus derechos y de las condiciones que debe cumplir la policía para arrestar;

⁶ Justicia Restaurativa: Concepto y modelos prácticos, Alejandra Díaz. Boletín jurídico del Ministerio de Justicia, año 3, N°6, septiembre 2004.

⁷ Creative Restitution: Some Suggestions for Prison Rehabilitation Programs, Albert Eglash. American Journal of Correction, N° 20, 1958, Págs. 20-34

⁸ Justicia restaurativa para los jóvenes en Nueva Zelanda: Lecciones obtenidas a partir de investigaciones realizadas. Palabras durante la conferencia internacional de Belfast sobre conferencias restaurativas, Gabrielle Maxwell. 2006.

2. Bienestar: El Estado debe ser capaz de proporcionar las opciones suficientes de rehabilitación y prestar el apoyo necesario a las familias de los adolescentes;
3. Justicia: Busca evitar hacer pasar por el sistema penal a un adolescente;
4. Reparación: Es la parte fundamental, donde se intenta subsanar el daño que haya causado el ofensor y esto concurrirá por medio de genuinos sentimientos de arrepentimiento, expresiones de disculpas, pactos de restitución o reparación e incluso, por medio de trabajos para la víctima o la comunidad.

Este proceso mantiene un eje fundamental en las advertencias de la policía, las que pueden ser informales verbales o formales por escrito, enviadas al joven y a su familia y la derivación juvenil de la policía, donde un oficial brinda asistencia policiaca a los jóvenes y desarrolla un plan con ellos y su familia, pero lo que ha obtenido los mejores resultados en la no reincidencia han sido las Reuniones Restaurativas (FGCs), sugeridas en la ley de 1989, eventos similares a los programas de mediación o conciliación, donde se involucran a la víctima, al infractor, a las familias, policías, asistentes sociales y a la comunidad, en una conversación acerca del delito y sus consecuencias.

Este nuevo sistema judicial se comenzó a aplicar a los adolescentes entre 14 y 17 años, pero el éxito de esta nueva metodología, hizo que en 1991 el comité consultivo de los tribunales recomendara extender la aplicación de las Conferencias de Grupo Familiar al sistema de justicia penal con adultos jóvenes de entre 17 y 20 años. En la actualidad también se aplica en la justicia penal adulta.

Otro país que comenzó a implementar la justicia restaurativa fue Canadá, el cual se considera como uno de los líderes en la materia. Esta nación se basó en el denominado “experimento Kitchener”⁹ de 1974. Ese año en Ontario, provincia de Canadá en que se localizan ciudades como Toronto y Ottawa, se realizó el

⁹ Mediación entre víctima y delincuente, Christopher Bright.
<http://www.justiciarestaurativa.org/intro/practices/mediation>, visto por última vez el 24 de febrero del 2019.

experimento, llevado a cabo por una comunidad Menonita y bajo la vigilancia de jueces, donde se logró que dos jóvenes que habían realizado actos de vandalismo, repararan los daños ocasionados mediante fórmulas individualizadas acordadas con cada uno de los 24 afectados. Tras su éxito, el país norteamericano ha realizado múltiples programas similares, donde los encuentros entre víctima y delincuentes podrían ser útiles para ambas partes.

B. Concepto

Si bien se le reconoce a Eglash la paternidad del término “Justicia Restaurativa”, la verdad es que con el breve tiempo que lleva con vida éste ha ido mutando. Varios han sido los especialistas que han querido determinarlo, pero los conceptos no han sido del todo coincidentes entre sí, e incluso en ocasiones varían considerablemente dependiendo del lugar en que se haga uso de este medio alternativo de resolución de conflictos.

Ha sido un arduo trabajo para la doctrina poder definir de manera precisa lo que es la justicia restaurativa, pero hay algunos conceptos que han sido aceptados. De acuerdo al criminólogo inglés Tony Marshall, es *“un proceso a través del cual las partes se han visto involucradas y/o que posee un interés en un delito en particular, resuelve de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”*¹⁰.

De aquí se desprenden dos ideas o principio centrales de la justicia restaurativa, que ya se podían vislumbrar en lo planteado por Eglash:

1. Principio de inclusión de nuevos actores y partes en la resolución del conflicto penal: Este elemento sostiene que el delito no es sólo un problema entre el Estado y el imputado, sino que es un conflicto entre las partes directamente afectadas, por lo que deberían participar en la solución del problema la víctima, el autor, los familiares de las partes y los miembros de la comunidad.
2. Principio de la participación y deliberación de las partes: Es un proceso que reúne a las personas directamente afectadas por el delito, para que a través

¹⁰ Restorative Justice. An Overview, Tony Marshall. Home Office, 1999.

de un diálogo se pueda llegar a un acuerdo que repare el daño originado por éste y que resulte satisfactorio. Lo ideal, es que esta reunión pueda realizarse en un mismo lugar y mediante un encuentro personal.

Si bien este es el concepto más aceptado de justicia restaurativa, tiene ciertas críticas que se centran en la atención que tiene el autor en los procesos restaurativos y no darles suficiente atención a los resultados. Es por esta razón que la definición entregada por Marshall, se puede complementar con la otorgada por Lode Walgrave y Gordon Bazemore, “*toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito*”¹¹. Es así entonces, que se entiende como una de las premisas básicas del modelo de justicia restaurativa lo relativo a la reparación del daño, tanto en aspectos materiales como económicos sufridos por la víctima y a su entorno, subsanando la inseguridad social que él mismo ocasionó. Otro punto a destacar de la enunciación hecha por los autores es que se logra distinguir la Justicia Restaurativa y la tradicional Justicia Retributiva. La primera busca indagar en torno a la mejor forma de reparar el daño causado vinculando en este trabajo a todos los involucrados, mientras que la segunda consiste en castigar o rehabilitar al autor del daño.

De acuerdo a las definiciones estudiadas, a la víctima y a los intereses propios de ella se les otorgan un lugar preponderante, pero también se hace lo mismo con el delincuente y con el resto de la comunidad. Debe ser un trabajo en conjunto, donde los problemas criminales se aborden dentro de lo que es su contexto social, mediante mecanismos cercanos, flexibles y creativos, que tengan por objeto más que el castigo, una óptica tendiente a resolver los conflictos y prevenir las futuras comisiones de éstas, a través de un sistema que permita reintegrar al victimario a la sociedad, transformándolo en un sujeto que ayude al desarrollo de la misma.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, realizó un informe con observaciones y estudios en países miembros de la organización que han tenido algún guiño con la justicia restaurativa, formulando de esta manera su propia

¹¹ Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime, Gordon Bazemore y Lode Walgrave. Criminal Justice Press. 1999.

definición. Para ella es “*todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultado restaurativos*”¹². A partir de este concepto hay que distinguir lo que se entiende por proceso restaurativo y por resultados restaurativos. El primero es 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 sentencias. Mientras que por resultados restaurativos comprendemos aquel acuerdo alcanzado 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 delincuente¹³.

Para entender de mejor manera la Justicia Restaurativa y poder diferenciarla de la cotidiana Justicia Retributiva, es necesario entender el concepto de delito de acuerdo a cada una de estas corrientes. El abogado brasileño-argentino Ulf Christian Eiras Nordenstahl, en atención al sistema tradicional, lo define como la “*conducta típica, antijurídica y culpable, es entendido como una mera infracción a la norma, por lo cual, la sola falta a la misma obliga a la persecución oficial del infractor sin posibilidad alguna de disposición o limitándola a muy pocos casos*”¹⁴. Por el contrario, para la Justicia Restaurativa, concibe al delito como un conflicto social, una incompatibilidad de objetivos entre individuos o grupos, detrás de toda infracción considerado como tal por la ley penal, subyace un conflicto entre personas, en distintos ámbitos y circunstancias dependiendo del tipo de conflicto analizado. Sus diferencias se podrían traducir en:

1. El delito en la Justicia Retributiva es la infracción a la norma, mientras que en la Restaurativa se observa como un conflicto entre personas.

¹² Justicia Restaurativa: Informe del Secretario General. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. 2002.

¹³ Justicia Restaurativa: Informe del Secretario General. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. 2002.

¹⁴ Mediación penal de la práctica a la teoría, Ulf Christian Eiras Nordenstahl. Librería Histórica. 2005.

2. En la Justicia Retributiva, el control de los conflictos se realiza mediante el sistema penal. En la Justicia Restaurativa, lo tiene la comunidad.
3. El objeto de la Justicia Retributiva es probar delitos, establecer culpas y aplicar castigos, en cambio en la Justicia Restaurativa, son resolver conflictos, asumir responsabilidades y reparar el daño.

C. Principios

El documento redactado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, es claro en indicar que el objetivo de la Justicia Restaurativa, no se encuentra en castigar al delincuente, lo que sucedería en el sistema tradicional de Justicia Retributiva, sino que es proporcionar la reparación de la víctima, permitiendo la reunión entre ésta y el infractor, a fin de sanar los daños producidos por el delito, generando paz dentro de la comunidad. Dado su carácter de complementario, no es contrario a lo sistemas de justicia penal vigentes, ni menoscaba el derecho de los Estados a perseguir a los imputados, lo que hace es dar origen a una serie de medidas de aplicación flexible que considera las circunstancias jurídicas, sociales y culturales de cada país.

El organismo internacional se encargó de establecer principios que guían las directrices o normas de los programas de justicia restaurativa que cada país que quiera instaurar el programa debe seguir, es así como encontramos¹⁵:

1. Condiciones para el envío de casos a los programas de justicia restaurativa.
2. Gestión de los casos después de un proceso restaurativo.
3. La calificación, capacitación y evaluación de los facilitadores. Debe entenderse por tal a la persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo.
4. La administración de los programas de justicia restaurativa.
5. Las normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de los programas de justicia restaurativa.

¹⁵ Justicia Restaurativa: Informe del Secretario General. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. 2002.

Si no fuera posible lograr un acuerdo o si el proceso restaurativo se hace imposible, el juicio deberá continuar en la justicia penal ordinaria y los funcionarios de justicia penal deberán esforzarse por alentar al delinciente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y la comunidad afectada, apoyando la reintegración de ambos a la sociedad. A su vez, si se produce un acuerdo entre las partes en el marco de un proceso restaurativo, éste deberá ser supervisado judicialmente teniendo la misma categoría de cualquier otra decisión judicial, o sea se produce efecto de cosa juzgada. Pero judicializar un conflicto que afecta a nivel social, es no asumir el problema y transferirle la responsabilidad a otro. La judicialización debería ser el último argumento en la solución del problema.

El abogado argentino Andrés Alvarellos, especialista en mediación, negociación y en métodos de resolución alternativa de conflictos, ha indicado en sus publicaciones ciertos principios, que a diferencia de los emitidos por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, explican de manera doctrinaria y pedagógica el funcionamiento de la perspectiva restaurativa¹⁶:

1. El delito es un acto que atenta contra las relaciones humanas.
2. Las víctimas y la comunidad ocupan un lugar central en los procesos de administración de justicia.
3. La prioridad máxima en los procesos de administración de justicia es ayudar a las víctimas.
4. La segunda prioridad es rehabilitar a la comunidad, en medida de lo posible.
5. El delinciente tiene una responsabilidad personal ante las víctimas y ante la comunidad por los delitos cometidos.
6. La experiencia de participar en un proceso de Justicia Restaurativa permitirá al delinciente mejorar su competencia y entendimiento.
7. Las partes interesadas comparten responsabilidad en el proceso.

De esta manera podemos identificar las ideas fundamentales de la Justicia restaurativa:

¹⁶ Justicia Restaurativa y Procedimientos de Resolución Alternativa de Conflictos, Andrés Alvarellos, página 5.

1. Los delitos son constituidos por ofensas o agresiones en contra de una persona, luego puede ser entendido como una trasgresión a la ley.
2. La víctima directa del delito es la afectada por él, más que la sociedad o el Estado.
3. El proceso de respuesta al delito involucra al ofensor, a la víctima y a la comunidad, además se orienta a la determinación de responsabilidades y obligaciones hacia el futuro.
4. El delito es un conflicto entre personas, reconociendo los roles de la víctima y del agresor en la solución de éste. Se reconoce las necesidades y derechos de la víctima y la necesidad de que el agresor asuma su responsabilidad.

D. Justicia Restaurativa: Una oportunidad para las víctimas de delito

De acuerdo a los puntos señalados por el profesor Alvarellos, podemos distinguir 3 grandes figuras que juegan un papel preponderante en la Justicia Restaurativa. La primera es la imagen de la víctima, considerando como tal a la persona que sufrió el agravio de forma directa o un tercero que se ha visto perjudicado, como una madre que lamenta el asesinato de su hijo, sobre ella hay que preguntarse si ésta quiere o necesita reunirse con su agresor, si la respuesta es positiva significa que hay una parte de lo ocurrido que no estamos entendiendo, y es a partir de este punto que nos preguntamos ¿por qué está reunión podría ser significativa tanto para ellos como para la sociedad?

El segundo sujeto que debemos tener en consideración es al ofensor. No debemos olvidar que lo principal es ayudar a la víctima, pero para lograrlo no debemos polarizar el conflicto y esto es algo que tendemos a hacer, colocando al ofendido en un lado y al infractor en otro. Este punto es más difícil, porque hay que saber si el imputado tiene intención de reunirse con el agraviado para ayudarlo a sanar.

Por último, nos encontramos con el régimen judicial chileno y el beneficio que le traería a nuestro sistema penal el implementar las medidas que trae consigo la Justicia Restaurativa. Para entender lo anterior debemos saber cuál es su objetivo y si éste ha ayudado a obtener justicia de forma absoluta o es necesario que se les conceda a los involucrados presencia e injerencia en los procesos penales. En los

tiempos actuales nos hemos percatado de que tanto las víctimas como la sociedad se muestran inquietas y aparentemente el sistema judicial no les está dando respuestas, lo que queda claro en diversos estudios, como el desarrollado por el Centro UC Encuestas y Estudios Longitudinales el año 2016, sobre la percepción del servicio de la Defensoría Penal Pública, en él, el 91,7% de los encuestados dice estar nada o muy poco satisfecho con el funcionamiento del sistema de justicia¹⁷, a lo anterior se le puede sumar la encuesta del INE, que indica que el 76,8% de la población cree que la delincuencia durante el año 2018 aumentó¹⁸.

La introducción de mecanismos alternativos de solución de conflictos se puede entender por la desconfianza que actualmente genera el sistema retributivo, entendiéndolo por tal aquel que sostiene que la retribución proporcional es una respuesta aceptable a la falta o crimen, y a la escasa atención que se presta a la víctima, dado que la relación se centra esencialmente en el Estado y el autor del delito. Debemos entender que en los impulsores de la Justicia Restaurativa subyace la idea de que el delito no es sólo un problema entre el Estado y el imputado, sino que, antes que nada, un conflicto entre las partes directamente afectadas por el delito, conflicto que ha sido históricamente usurpado a sus dueños por los profesionales de la justicia penal formal, este racionamiento nace del criminólogo noruego Nils Christie, quien redactó: *“Tal vez no deberíamos tener criminología. Tal vez sería mejor abolir todos los institutos carcelarios, y no abrirlos. Tal vez las consecuencias sociales de la criminología sean más dudosas de lo que nos gusta pensar. Yo creo que lo son. Y creo que ello se relaciona con mi tema: los conflictos como pertenencia. Mi sospecha es que la criminología, en alguna medida, ha profundizado un proceso en el que los conflictos le han sido arrebatados a las personas directamente involucradas, de modo tal que, o bien han desaparecido, o bien se han transformado en pertenencia de otra gente. En ambos casos se ha*

¹⁷ Información obtenida de la encuesta “Percepción del Servicio de la Defensoría Penal Pública” del Centro UC Encuestas y Estudios Longitudinales, página 31. Revisar:

<http://www.encuestas.uc.cl/Documentos/Publicos/Archivos/InformeDPP.pdf>

¹⁸ Información obtenida de la encuesta “XV Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana” del INE, lámina 23. Revisar: <https://www.ine.cl/docs/default-source/sociales/seguridad-ciudadana/2018/metodologia/sintesis-de-resultados-xv-enusc-2018.pdf>

llegado a un resultado deplorable. Los conflictos deben ser usados, no sólo abandonados a su suerte; y deben ser usados —para resultar útiles— por quienes originariamente se vieron envueltos en ellos. Los conflictos pueden dañar a los individuos y pueden dañar, también, a los grupos sociales. Eso es lo que aprendemos en la escuela, y por esa razón tenemos a las autoridades. Sin ellas se multiplicarían la venganza privada y las vendettas. Hemos aprendido esto tan profundamente que hemos olvidado la otra cara de la moneda: nuestra compleja sociedad industrializada no es una sociedad con demasiados conflictos internos, sino una con muy pocos”¹⁹.

Hoy es el Estado, a través del poder judicial, quien tiene el derecho reservado de impartir justicia e imponer una pena, robándole el conflicto a las partes y prohibiéndole a las víctimas ajusticiarse por sus propias manos. Si el sistema es así, se le debería ofrecer al damnificado mecanismos efectivos para brindarle protección y ayudarlo a buscar una solución para su problema, no relegarlo dentro del proceso y con ello profundizar su impotencia. ¿Qué pasaría si en vez de preocuparnos de lo que pasó antes, vemos cómo la persona afectada evoluciona y cómo podemos ayudarla?

El delito y el sistema de justicia criminal lo que hacen es separar, mientras que el enfoque de Justicia Restaurativa conecta. Es como si ocurriera un accidente con múltiples lesionados, al lugar llegarían distintos profesionales rápidamente como policías, bomberos y ambulancias para rescatar a las víctimas y llevarlas al hospital a atenderlas, pero a la vez lo que hacen es evitar que los curiosos se acerquen a mirar lo que está pasando. Esto es lo mismo que sucede en el sistema tradicional de justicia, aísla a las personas muy bien y hace que los que no estén en la emergencia no puedan ver. Sin embargo, esto genera un problema, porque cuando todo acaba ambas partes siguen siendo excluidos. En cambio, en el enfoque de Justicia Restaurativa, lo que hace es darles voz a todos.

Permanentemente planificamos nuestras vidas, pensamos qué haremos mañana o durante el fin de semana, pero todo acaba cuando somos víctimas de un delito. En

¹⁹ Los conflictos como pertenencia, Nils Christie, Introducción. 1976.

ese momento perdemos el control de nuestra existencia, de nuestro futuro. La calma se ve interrumpida. Lo que hace la transgresión es separar nuestro presente de lo que habíamos planificado, porque ya no podemos hacer lo que queríamos, porque quizás sufrimos una golpiza y estamos en el hospital o tenemos que trasladarnos a pie, porque el auto fue robado. **El daño que nace del delito, es el distanciamiento de la vida que nosotros habíamos elegido.** Dependiendo de la naturaleza de la infracción, pueden existir varias cosas que pudimos haber perdido, ya sea material, la salud, el respeto, la autonomía, la justicia o simplemente que ya no nos sentimos seguro al caminar por la calle.

Si bien en todos los países hay organismos públicos que se preocupan por el bienestar de sus pobladores en materias de salud y justicia, estos son insuficientes porque hay muchas cosas que tienen valor para nosotros que quedan sin una solución. Hablo de lo que pasa en nuestro interior que es lo que más se resiente al ser víctima de un delito. Esa sensación de inseguridad que nos queda y que nos hace preguntarnos ¿por qué me pasó esto a mí? Interrogantes que no son abordadas por el sistema tradicional de justicia, más bien lo que hace éste es dividir nuestra vida en una forma interior y otra exterior y no nos entrega respuestas para lo que ocurre en la primera. Separa al delincuente de la víctima y eso se puede entender, pero lamentablemente el agraviado tiene preguntas: por qué me asaltaron a mí, fue algo personal o simplemente se dio la oportunidad para que me asaltara, todo producto de los síntomas del trastorno por estrés postraumático producidos por el acontecimiento, que traen como consecuencia la reviviscencia²⁰. Rápidamente la víctima se da cuenta que esas dudas solo las puede responder el delincuente o la persona acusada, pero lamentablemente no se le está permitido esa interacción.

El sistema no tan sólo nos roba el conflicto, sino que también nuestra historia. Muchas víctimas tienen la necesidad de contar lo que les ocurrió, de decir cómo se sienten, qué es lo que les está pasando, pero la justicia tradicional no les da la oportunidad de expresarse libremente. Lo único que se les permite es hacerlo como testigo cuando el acusado niega lo ocurrido y ellos pueden avalar los hechos.

²⁰ Información obtenida en “Trastorno por Estrés Postraumático”, del National Institute of Mental Health.

Incluso un perito lo que hace es poner nuestras vidas en pausa y no podemos retomarlas a la normalidad hasta que el caso se dé por finalizado.

Durante marzo del 2019 el Máster en Estudios Sociales Aplicados de la Universidad de Ulster, Irlanda del Norte, y miembro del Consejo del Foro Europeo de Justicia Restaurativa, Tim Chapman, participó en un seminario de la especialidad organizado por la Universidad Católica. En la oportunidad el profesor narró una historia que le ocurrió que sirve para ejemplificar lo descrito. *“Realizaba una investigación de Justicia Restaurativa y la primera persona que entrevisté fue una mujer cuya hija fue asesinada por un conductor ebrio. Esta señora vivía en un pequeño pueblo de Irlanda del Norte y me contó con lujo de detalles el impacto que sintió cuando le dieron la noticia: Los policías fueron a su casa y la despertaron a las 2 de la mañana. Le dijeron que debía ir al hospital y allí enteró que su hija había fallecido. Ella me comentó que estaba muy molesta, pero no con el conductor, sino con su hija por haberse subido a su vehículo.*

El imputado vivía en el mismo pueblo que la madre. Ella sentía que con la muerte de su hija su vida se había acabado, pero veía al hombre continuar la suya normalmente. Sin embargo, lo más difícil para ella era no conocer lo que realmente había pasado. Sabía que su hija había salido y suponía que este sujeto le propuso llevarla. En un control aleatorio la policía hizo detener el vehículo e imaginó que el hombre se asustó porque venía ebrio y se dio a la fuga. Los persiguieron hasta que el conductor perdió el control del auto y se estrelló contra un muro. Él resultó ileso y su hija falleció.

Esta mujer tras el accidente se quedó con muchas preguntas, por ejemplo, cómo fue que murió, sufrió, se encontraba sola en ese momento, mencionó su nombre en algún minuto, qué pasó. Estos son los tipos de dudas que tiene una víctima como esta madre que no podía dormir en las noches pensando en ello. Si bien la policía la trató con mucho respeto y cuidado, no respondieron ninguna de sus inquietudes, esto la atormentó durante meses hasta el desarrollo del juicio.

La señora tenía contacto directo con la Fiscalía y en un momento le informaron que si al imputado se le encontraba culpable estaría 5 años en la cárcel por seis

crímenes. Su sorpresa fue mayor cuando le avisaron que el hombre estaba dispuesto a asumir la responsabilidad por dos acusaciones, siempre y cuando sólo lo sentenciaran a 18 meses de prisión. Ella se sintió muy molesta, porque a nadie le interesaba el cómo se sentía, ni le preguntaron qué le parecía todo, no se preocuparon por la tragedia que estaba viviendo. El sistema seguía hablando del caso de manera muy fría y actuaba de acuerdo a su lógica, ignorando a las víctimas.

En Irlanda del Norte, hay un asistente de apoyo a las víctimas que debe acompañarla en todo momento. Esta madre, que no tenía conocimiento de la Justicia Restaurativa, llegó a la conclusión que la única persona que podía responder sus consultas era el imputado. Afortunadamente la asistente que estaba a su lado había sido capacitada por nosotros y le dijo a la mujer que ahora estaban en medio del caso y no podía hablar con el imputado, pero una vez que estuviera la sentencia, trataría de organizarle una reunión para que pudiera contestar sus consultas. Afortunadamente esta asistente sabía sobre Justicia Restaurativa, porque hay miles que no tienen idea.

El funcionario de gendarmería que recibió la llamada también conocía sobre esta forma de justicia e hizo todo lo posible para que pudieran juntarse. Pasaron dos meses de preparación entre el condenado y la víctima hasta que se pudieron reunir y ahí la mujer le hizo todas las consultas que tenía. Le preguntó cosas como, por qué condujiste el auto si sabías que estabas ebrio, si querías arriesgar tu vida está bien, pero por qué parar para que se subiera mi hija, por qué si la policía te hizo señas para detenerte no lo hiciste y muchas otras. En el sistema tradicional este hombre sólo debía escuchar una: ¿Es o no culpable? Sin embargo, frente a la madre tuvo que responder varias. Luego de haber contestado todas sus inquietudes, el imputado le dijo que pensaba todos los días en lo que le pasó, que se sentía muy mal y que lamentaba mucho lo ocurrido. Todo esto, aunque no hacía que la joven volviera, permitió que la señora se sintiera mucho mejor, le dio consuelo. El sujeto le contó que su hija estuvo consciente después del accidente y que él no se fue del lugar, siempre estuvo con ella. Señaló que no sufrió antes de morir y que por lo que

vio se fue en paz. Terminada la reunión él le preguntó si estaba dispuesta a perdonarlo y ella dijo que todavía no lo estaba.

Cuando este condenado salió de la cárcel después de un par de años y volvió al mismo pueblo donde vivía la mamá de la víctima, ella le pidió volver a juntarse y se reencontraron. Él tenía muchas dudas de ir, porque no sabía qué le quería decir. Cuando se reunieron ella le preguntó qué tal todo, qué tal la vida, él le dijo que bastante bien, que había conseguido trabajo y que estaba rehaciéndola junto a sus amigos y familia, pero que pensaba todos los días en lo sucedido. Fue después de esa reunión cuando la señora le dijo que lo perdonaba”²¹.

De acuerdo al relato, a la madre le hizo muy bien poder contar su historia y reunirse con el hombre que había sido el responsable de la muerte de su hija. Sin embargo, nos muestra el lado cruel de un sistema que no permite que las víctimas se expresen libremente. Es en estas circunstancias que las palabras de la escritora, poeta y activista por los derechos civiles estadounidense, la afroamericana Maya Angelou, toman tanto sentido “no hay mayor agonía que llevar una historia no contada dentro de ti”²².

Lo narrado por Tim Chapman, ¿puede aplicarse a la realidad chilena? Para responder a ello debemos analizar la ley 20.770, más conocida como Ley Emilia. Esta normativa, que se encuentra vigente desde el 16 de septiembre del 2014 y que debe su nombre por la menor fallecida Emilia Silva Figueroa, tiene como objetivo sancionar con cárcel efectiva, de al menos un año, a los conductores en estado de ebriedad que generan lesiones graves gravísimas o la muerte. Además, con esta reforma se establece como delito fugarse del lugar del accidente y negarse a realizar el alcoholtest o la alcoholemia. La controversia se genera con el artículo 196 ter, la cual impide a los involucrados acceder a alguna pena sustitutiva a cambio de ese año de cárcel, lo que ha sido acusado de inconstitucional por transgredir el principio de proporcionalidad y el principio de resocialización, porque incluso en delitos como

²¹ Historia transcrita de una grabación del seminario en que participó Tim Chapman. La Escuela de Trabajo Social UC, transmitió en vivo por Facebook y se puede revisar en el link:

<https://www.facebook.com/trabajosocialuc/videos/1932944520144133/>

²² Yo sé por qué canta el pájaro enjaulado, Maya Angelou. Edición 2018.

el homicidio calificado se puede aplicar una pena sustitutiva. Así como se presenta, esta regla impediría que se realizara la Justicia Restaurativa, por lo que no se podría llevar a cabo una reunión entre víctima e imputado, que pudiera servir como sanación a quien sufrió el daño.

A las víctimas en el sistema tradicional de justicia, se les quita el poder de dialogar dejándolas totalmente nulas e indefensas. Tal como escribió Salman Rushdie, ensayista indio-británico, “aquellos que no tienen poder sobre la historia que domina sus vidas, el poder de volver a contarla, repensarla, deconstruirla, bromear sobre ella y cambiarla a medida que cambian los tiempos, son verdaderamente impotentes, porque no pueden pensar en nuevos pensamientos”. Poder trabajar sobre nuestro propio relato, como propone el autor, nos da la posibilidad de liberarnos, crecer y transformar la existencia. Al no existir esto, se mantiene el resentimiento y se imposibilita el perdón.

El sistema de Justicia Restaurativa no es un reemplazo a la justicia tradicional, de hecho, hay muchas cosas que ésta realiza muy bien y que la Justicia Restaurativa no puede hacer, pero sí se transforma en un complemento válido. Entre los fines de un procedimiento penal, se analiza la búsqueda de la verdad como un objetivo esencial, que sirve como criterio de legitimación para el Estado en el ejercicio del derecho de castigar. La Justicia Restaurativa va por un camino paralelo, pero ésta no es idealista, sino que realista y el desafío ahora es comprometerse con ella, con el daño causado por el delito para remediarlo, reparar la pérdida, reconstruir lo destruido y restaurar lo odiado para que las víctimas vuelvan a tener el derecho a recontar su historia y a tener un futuro. Es irreal pensar que nuestro sistema penal puede llegar a cumplir con todo esto, simplemente administrando justicia a través de la venganza o la retribución.

De acuerdo a lo señalado por Chapman durante el seminario, a través de la evidencia que ha recaudado se puede afirmar que las víctimas se sienten más satisfechas con el sistema de Justicia Restaurativa, porque sienten menos miedo, menos ira, más tranquilidad y son más proclives a perdonar a los imputados y a creerles. A la vez, los delincuentes también entienden esto y pueden demostrar

remordimiento, querer reparar en parte el daño causado, prometiendo no volver a hacer algo similar. La evidencia que ha recopilado el especialista señala que el comportamiento de los delincuentes es mejor ante el sistema, la policía y la ley. Hay más posibilidad que cumplan sus promesas cuando lo hacen frente a la víctima y a sus familias, en vez de ante un juez en una audiencia.

Hay resultados en la instauración de la Justicia Restaurativa que demuestran beneficios en su implementación: Primero, el culpable asume la responsabilidad por el daño causado directamente a las víctimas, permitiendo que se puedan acordar distintos tipos de reparación entre las partes y el proceso concluye cuando el plan se ha llevado a cabo exitosamente. Segundo, la investigación de Chapman en Irlanda del Norte, Europa y Nueva Zelanda, muestra que se previene el daño futuro, reduciendo la posibilidad de generarlo por parte del sentenciado. Según sus datos la reincidencia es bastante baja 1 de cada 3 vuelven a infraccionar en delitos menores, mientras que en un delito más grave la tasa baja a 1 de cada 5. Esto se daría porque el delincuente sabe a quién le causo el daño. Tercero, en el área de presupuestos, la Justicia Restaurativa también ahorra costo, ya que se realizan menos audiencias.

A pesar de todo el bien que hace la Justicia Restaurativa, hay muchas víctimas que no pueden reunirse con la contraparte y este es un punto ciego que tiene el sistema todavía. El gran problema de esto es que el encuentro cara a cara es fundamental. No debemos olvidar que el enfoque principal es hacia la víctima, la mira siempre debe estar en ella, no necesariamente en el imputado para que cambie y pueda rehabilitarse, esto es un beneficio secundario que sin duda es importante, pero es el agraviado la figura primordial y para su bienestar es que debe encontrarse cara a cara con su agresor.

Este tipo de reuniones deberían ser capaces de reemplazar a una audiencia o realizarla de manera paralela, no se debería plantear para delitos con penas de crímenes, pero sí para delitos como el de hurto, lesiones que requieran algún tipo de cuidado médico e incluso el de robo por sorpresa, además de las faltas. En cada una de ellas deben estar presentes otros profesionales apoyando a las víctimas y a

sus familias como psicólogos, trabajadores sociales. Luego los resultados de estas reuniones cara a cara son presentados tanto a la fiscalía como al juez para ser aprobadas o compartidas. Por otra parte, debemos pensar que no todos los delitos incluyen a víctima, por lo que no existe esa figura en esos casos. Por ejemplo, cuando se excede el límite de velocidad o se afecta un lugar público, por lo tanto, estas sesiones están dirigidas cuando este sujeto sí se encuentra. Por último, se debe ser estrictos con los medios de compensación. Si una persona se compromete a realizar algo lo debe cumplir, no hay excusas.

Capítulo II: La Mediación

A. Una forma de Justicia Restaurativa.

Dentro del concepto de Justicia Restaurativa y durante su implementación práctica, podemos distinguir tres tipos de estrategias que han sido las más características, me refiero:

1. **Conferencia de familia o grupo de comunidad:** Es una experiencia de origen neozelandés basados en el sistema tradicional de resolución de conflictos que tienen los maorís en los casos en los que el victimario es una persona joven. Éste representa un modelo más amplio que el usado para la mediación en el ámbito penal, ya que implica la participación de un mayor número de miembros de la comunidad en la que se ha producido. Estos miembros comunitarios son invitados a participar en el proceso, son escuchados y tenidos en cuenta lo que implica que otros puntos de vista de cómo afecta el delito sean también considerados ya que el crimen no es un hecho aislado, sino inserto en una comunidad.
2. **Tratados de paz o círculos de sentencia:** Es un intento de retomar el sistema tradicional aborigen norteamericano, en el que los miembros de una comunidad aconsejan y participan sobre el dictamen de la sentencia de un caso concreto que afecta a otro miembro de la misma comunidad.
3. **Mediación víctima-infractor:** Consiste en un proceso voluntario para la víctima en que se le da la posibilidad de reunirse cara a cara con su agresor. En el contacto son asistidos por un mediador especializado, quien dirige el encuentro con miras a lograr la comprensión por parte del agresor del impacto de su actuar sobre la víctima, asumiendo así esta responsabilidad, en miras de ser posible que ambos conjuntamente puedan establecer un plan para reparar el daño, por parte del ofensor y de comprender el daño causado para el ofendido. También se busca prevenir situaciones futuras como miedos o reincidencias.

El origen de la mediación y su desarrollo comenzó a fines de los años 70 en Estados Unidos, pero sus ideales no fueron considerados por los legisladores, abogados, ni

por los operadores socio jurídicos. No obstante, se continuó con su estudio en cuanto a su expansión y resultados. No fue hasta el año 1994 cuando la reticencia inicial se revierte cuando la Asociación de Abogados de Estados Unidos, manifestó su apoyo público al desarrollo de la mediación víctima-ofensor en todos los sistemas judiciales del país. Hoy por hoy, la mediación penal o mediación víctima-victimario es un de las más concretas y antiguas experiencias de Justicia Restaurativa en una gran cantidad de países.

El profesor de Leyes de Resolución Alternativa de Disputas de la Universidad de Hofstra, Robert Baruch Bush, junto con Joseph Folger, profesor de comunicación de la Universidad de Temple, son considerados los creadores y defensores más conocidos del modelo transformador de la mediación. Ambos señalaron un concepto para esta medida: “Proceso informal en el cual un tercero neutral al conflicto, que no tiene el poder de imponer a las partes una decisión acerca del mismo, las ayuda a intentar alcanzar una solución mutuamente aceptable”²³. Por su parte, aquella que trata y reúne a la persona que sufrió un delito con la que lo causó, se denomina mediación penal o mediación víctima-victimario, este último concepto fue definido por Mark Umbreit. Umreit, profesor y Director Fundador del Centro para la Justicia Restaurativa y la Paz en la Escuela de Trabajo Social de la Universidad de Minnesota, señaló que la mediación penal es “un proceso que provee a las víctimas interesadas la posibilidad de reunirse con el victimario, en un proceso seguro y estructurado, cuyos objetivos son por una parte que el victimario sea capaz de hacerse cargo de los efectos causados por su comportamiento, como por otra, el de asistir o ayudar a la víctima”²⁴.

El mediador penal juega un papel fundamental. Debe ser un individuo entrenado que ayude a la víctima a dar a entender al imputado cómo la infracción afectó a su vida y de esta forma poder recibir respuestas a las preguntas que le surjan, tal como lo analizamos anteriormente, además el agraviado estará involucrado en la planificación de la reparación de los daños que sufrió. En cuanto al ofensor, el

²³ The promise of mediation, Bush, R.B. & Folger, J.

²⁴ Mediating interpersonal conflicts: A pathway to peace, Umbreit, Mark. 1995.

intermediario tiene que lograr que asuma la responsabilidad directa de su actuar, aprender de las consecuencias de sus hechos y enmendarlo.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, indicó los principios que deben inspirar la mediación penal, aclarando los puntos esenciales que trata²⁵:

1. El delito es un acto que atenta contra las relaciones humanas y sólo secundariamente constituye una transgresión a la ley.
2. Las víctimas y la comunidad ocupan un lugar central en los procesos de administración de justicia. Se reconocen los roles de la víctima y del agresor en la solución del conflicto. Reconociendo las necesidades y derechos del agredido y la necesidad de que el imputado asuma su responsabilidad.
3. La prioridad máxima de los sistemas de administración de justicia es ayudar a las víctimas.
4. La segunda prioridad es rehabilitar a la comunidad.
5. El delincuente tiene una responsabilidad personal ante las víctimas y ante la comunidad por los delitos cometidos.
6. La experiencia de participar en un proceso de mediación penal permitirá al delincuente mejorar su competencia y entendimiento individual y social.
7. Las partes interesadas comparten responsabilidades en el proceso de mediación colaborando entre sí, en la determinación de responsabilidades y obligaciones, hacia el futuro.

En las diversas áreas del derecho, la mediación es un equivalente jurisdiccional, por lo que cabe preguntarse ¿qué diferencia a la de víctima-victimario con las demás? Mientras las otras formas están orientadas a la obtención de un acuerdo o solución, la mediación penal busca la existencia de un diálogo entre las partes, promoviendo el cuidado y sanación de la víctima, además de la responsabilidad del ofensor y la reparación de las pérdidas. Otra diferencia es en cuanto a su estructura y desarrollo, ya que en las otras modalidades de mediación el intermediario tiene una sesión inicial conjunta con las partes, mientras que, en la penal, existen juntas de pre-

²⁵ Reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas. 2002.

mediación separadas que tienen el fin de conocerlas y promover la reunión, estimular el diálogo y la confianza. Un aspecto destacable e importante de la mediación víctima-victimario, es la posibilidad que tiene el afectado de hablar directamente con el ofensor acerca de los sentimientos provocados por el daño sufrido y el momento vivido.

B. Fases de la mediación penal

Lo primero que debemos entender es que no existe un modelo universal, pero es posible distinguir fases que están generalmente presentes en toda mediación. Estas son:

Admisión:

Se inicia evaluando a los involucrados con el objeto de identificar los casos que son mediables. Por un lado, se debe contactar con la víctima para saber si está dispuesta a participar en este procedimiento y reunirse con su agresor, además de saber si ha superado en parte el trauma relacionado con el delito.

En cuanto al victimario, sólo existirá la mediación cuando él reconozca su participación en el hecho y reconoce a la víctima como inocente. Es importante que se establezca la ausencia de diagnósticos de enfermedades psiquiátricas y que existan en el sujeto aptitudes adecuadas para el desarrollo del diálogo necesarios para este procedimiento.

Preparación de la mediación:

En esta etapa se busca generar las condiciones necesarias para que se concrete la mediación. Para ello se debe tener en consideración:

1. Velar por la seguridad de la víctima y evitar la re-victimización. Es vital contar con su participación en las reuniones, pero para ello su presencia debe ser voluntaria y no debe ser presionada para que acepte.
2. Se debe comenzar con reuniones privadas con cada uno de los involucrados y todas las veces que sean necesarias para que entiendan el propósito de la mediación. Además, esto sirve para que el mediador conozca la versión de

cada lado y trabajar con ambos la forma en que llevarán sus historias y sus emociones, para que se hagan cargo responsablemente de ellos en el proceso.

La primera reunión siempre debe ser con el victimario antes de contactar a la víctima, porque se debe confirmar la participación de él en la mediación. Si fuera al revés y el ofendido acepte asistir, mientras que el agresor rechaza esta posibilidad, se frustrarían las expectativas del primero generando una re-victimización en él.

El objetivo de las primeras sesiones con el agresor va más allá de conocer su versión de los hechos, consiste también en darle la información necesaria sobre el proceso que comenzará, de su posición en el sistema judicial, de sus derechos y los recursos que se pondrán a su disposición. La idea es agotar todas las posibilidades para que la mediación sea beneficioso para las dos partes y para ello debe el mediador ayudarlo a prepararse para la reunión conjunta con el agredido, la que se tiene que realizar sólo cuando ambos se encuentren preparados. Para conseguir lo anterior se trabaja con el ofensor ayudándole a entender la experiencia de la víctima y darle a entender las posibles pérdidas que éste haya sufrido, apoyándolo a elaborar opciones para repararlos.

En cuanto a las reuniones iniciales con la víctima, éstas tienen por objeto generarle confianza y credibilidad necesaria para que quiera participar en el proceso, escuchando sus experiencias, entregándole información, respondiendo sus preguntas y ofreciéndole como una posibilidad resolver el conflicto a través de la mediación. Por lo tanto, el mediador debe actuar con sumo cuidado generando un lazo de comunicación donde prime la empatía y capacidad de escucha, validando lo dicho por el agraviado y tratando de satisfacer sus necesidades. Después de entregarle la pesquisa necesaria, el interlocutor debe indicarle los riesgos y beneficios que contraerá al ser parte de este método de solución.

A partir de lo anterior podemos concluir que la mediación se basa en la intervención de un tercero en un conflicto, pero para eso este sujeto tiene que tener el carácter de *imparcial*, neutral, que no tome partido por ninguna de las versiones de las partes. Él cumple la función de puente conductor de comunicación, incentivando al

acuerdo y el respeto mutuo. También se destaca el perfil *voluntario* que tiene este procedimiento, que comienza sólo cuando todos los participantes lo crean oportuno. Es *confidencial*, ya que nadie puede comentar lo que se hable o se acuerde en cada una de las sesiones. Por último, es *flexible*, esto quiere decir que son la víctima y el victimario quienes deciden cuándo realizar las reuniones, qué hablar en cada una de ellas y cuál será la duración de las mismas.

3. Encontrar un lugar que inspire seguridad, confortabilidad y neutralidad para efectuar las sesiones de mediación. La selección de esta localidad debe darse cuando se haya determinado el momento de la reunión, aquel que sea conveniente para ambas partes, especialmente cuando la víctima se sienta preparada.

Fase de mediación:

Tiene como objeto entregar tanto a víctima como a victimario la oportunidad de que ambos contribuyan mutuamente compartiendo el dolor y el arrepentimiento, a través de la comunicación, el respeto y un diálogo restaurador, para conseguir esto es necesario que el mediador implemente toda su experiencia.

Ambas historias deben ser completamente escuchadas, generando un diálogo entre las partes que permite crear una atmosfera positiva que conduzca a la reparación mutua.

Seguimiento:

Lo esencial en esta etapa es controlar el cumplimiento del acuerdo, si es que éste se llegó a alcanzar. Para ello pueden realizarse tanto sesiones individuales como conjuntas y así revisar el avance de cada uno de los involucrados, además de reforzar el proceso de responsabilización del victimario. También permite la renegociación si es que llegarán a existir problemas posteriores.

C. La experiencia nacional

A diferencia de la mediación en materia civil, principalmente la de familia que se encuentra en la ley 19.968, la penal no está claramente tipificada. Con la reforma

del año 2000, este método de Justicia Restaurativa tuvo su primer acercamiento reglamentario cuando se logró cambiar el modelo inquisitivo de enjuiciamiento, vigente desde el Código de Procedimiento Penal de 1906, hacia uno acusatorio. La nueva legislación incorporó las Salidas Alternativas al Proceso Penal, herramientas de término anticipado del procedimiento que se han transformado en excepciones al principio de legalidad en la persecución penal y que de paso dejaron de manifiesto la necesidad del Estado por tener mecanismos que resuelvan los conflictos que sean distintos a los procesos y penas tradicionales.

Se contemplan básicamente dos Salidas Alternativas: la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. El primero consiste en un convenio entre el imputado y la víctima, en que el acusado subsana los daños causados por el hecho que se persigue penalmente, de una manera que resulte satisfactorio para quien lo sufrió. Una vez aprobado este arreglo por parte del Juez de Garantía, se produce la extinción de la acción penal. El objeto de la negociación puede ser una suma de dinero fijada consensualmente o una reparación simbólica, teniendo como único límite que sea objeto lícito. Esta solución sólo opera para aquellos delitos que afectan bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves y delitos culposos. Se debe entender que en el primer caso la disposición admite una interpretación más amplia que aquellos delitos que vulneran solamente al patrimonio, pudiendo incluirse algunos tipos penales que protegen principalmente al patrimonio. La profesora Horvitz, ha señalado “la ley abrió el camino para una interpretación progresiva de este término de modo de favorecer una ampliación paulatina de casos susceptibles de acuerdo reparatorio. Así, podrían suscitarse discusiones respecto de delitos como la malversación de caudales públicos, el fraude al Fisco o la defraudación tributaria, delitos con inequívoco, pero no exclusivo componente patrimonial y en que podría discutirse la disponibilidad del bien que protegen por no tener carácter supranacional”²⁶.

La suspensión condicional del procedimiento es un mecanismo procesal que permite a los fiscales del Ministerio Público, con acuerdo del imputado y la

²⁶ Derecho procesal penal chileno. Horvitz L. María Inés y López M., Julián.

aprobación del Juez de Garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplan ciertos requisitos previstos por la ley, satisfaciendo condiciones establecidas por el juez, a propuesta del fiscal o el abogado querellante.

Además de las Salidas Alternativas, podemos vislumbrar procesos de mediación penal en el marco del principio de oportunidad que es facultativo del fiscal.

La mediación penal en nuestro país se desarrolla como una forma de Solución Alternativa, a través de leyes especiales y en aquellos delitos en los que procede el perdón del ofendido, que es el concedido por el sujeto pasivo del delito después de la consumación del hecho típico, como queda claro en el artículo 93 N°5 del Código Penal: “La responsabilidad penal se extingue: Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada”. De lo anterior podemos desprender que la disculpa sólo rige en la calumnia e injuria, falta del artículo 496 N°11 del Código Penal, la provocación a duelo y el denuedo o descrédito público por no haberlo aceptado y el matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, han existido diversos proyectos de mediación realizados por distintas instituciones con el objeto de resolver conflictos entre jóvenes para evitar reincidencia. Por un lado, están los que produjeron organizaciones que forman parte del sistema penal, hablo del Ministerio Público, Defensoría Penal Pública y Poder Judicial, mientras que el otro grupo lo forman las Universidades, Institutos Profesionales, Corporaciones de Asistencia Judicial y ONG's. En un informe escrito el año 2015 por el Ministerio de Justicia²⁷, se señala que el actor preponderante de esta iniciativa es la Fiscalía, en su rol de derivador de casos a mediación penal, debido a que ésta tiene la exclusividad de la acción penal.

La Defensoría Penal Pública, ha tenido una participación más recatada. Su rol se ha centrado en derivar casos o como asesor legal de infractores que participen de un proceso de mediación. Las zonas en que esta institución se ha mostrado más

²⁷ Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia restaurativa en Chile, Ministerio de Justicia. 2015. Autores: Alejandra Díaz Gude e Iván Navarro Papic.

activa ha sido en regiones pequeñas, como Magallanes, en que la coordinación interinstitucional se ve facilitada.

De acuerdo al estudio realizado por el Ministerio de Justicia, durante los años 2001 y 2014 fueron 4.764 los casos derivados a proyectos de mediación, principalmente por el Ministerio Público, del cual el 61,2% fueron efectivamente mediados, obteniendo un 59,1% de acuerdos alcanzados. Este resultado no se puede calificar como negativo, ya que la tarea principal ha sido la promoción de este procedimiento. Un punto a considerar es que el informe señala que “a partir del encuentro entre los involucrados y la posibilidad concreta de dialogar sobre el hecho dañino y sus consecuencias, se ha estudiado que igualmente genera efectos positivos en las relaciones de las partes, especialmente cuando existe un vínculo previo –familiar, vecinal, escolar-“²⁸.

En cuanto a los delitos, la mayoría de los derivados corresponden a bagatela, tales como daños, amenazas, lesiones leves, lesiones menos graves, hurtos, cuasidelito de lesiones, lo que sigue la tendencia de otros países que también comenzaron con infracciones de similar gravedad. Sin embargo, de a poco han ido creciendo las derivaciones de transgresiones más graves como apropiaciones indebidas, estafas, robos en lugar no habitado, robos en bien nacional de uso público, cuasidelito de homicidio, violación de morada, lesiones graves e incluso algunos pocos crímenes como robos con violencia o intimidación, los que permitieron realizar procesos de mediación más complejos y prolongados

La publicación dejó varias enseñanzas que es necesario tener presentes para trabajos posteriores. Las evaluaciones demostraron que este procedimiento es exitoso en cuanto a la valoración de éste por parte de las víctimas y se debería principalmente al nivel de los acuerdos alcanzados, 59,1% según los datos señalados anteriormente. Otra lección es la necesidad de establecer desde el inicio una buena coordinación entre los diversos actores que participan -centros de medición, fiscalía, defensoría, jueces-, porque si no existieran procesos

²⁸ Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia restaurativa en Chile, Ministerio de Justicia. 2015. Autores: Alejandra Díaz Gude e Iván Navarro Papic.

transparentes, comunicaciones expeditas y reglas claras, las confianzas entre ellos se mermaría, los compromisos suscritos no tendrían valor, en definitiva, lo trabajado no serviría.

Uno de los puntos a mejorar es el que tiene relación con la voluntariedad de participar en la medición. Si bien se proclama, teóricamente, a este proceso como uno en que no se fuerza a los participantes a ingresar, en la práctica esto no es tan cierto, toda vez que el imputado está sujeto a la presión de que si no acepta el Estado podrá continuar con la persecución penal en su contra. Debemos entender que, si el consentimiento no es libre, los procesos comienzan a ser cuestionados en cuanto a su legitimidad y debido proceso. El mismo problema se genera con las derivaciones de casos archivados en los cuales el fiscal no cuenta con antecedentes suficientes de investigación para perseguir penalmente, con lo cual se estaría vulnerando en cierta forma la inocencia del sujeto cuestionado, además de transgredir el numeral 7 de la Resolución de la Naciones Unidas para procesos de Justicia Restaurativa, la cual señala que “los procesos restitutivos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al imputado u ofensor”.

La mediación penal en Chile es incipiente, pero sin duda ha tomado fuerza y apoyo en los últimos años como una idea que se ha desarrollado de manera sostenida. Esta nueva forma de impartir justicia tiene que ser introducido paulatinamente dentro del sistema chileno como una herramienta de desjudicialización de los conflictos que llegan a los Juzgados de Garantía, pero tenemos que ser conscientes que no podemos verlo como aquella panacea que viene a reemplazar el sistema tradicional de justicia imperante en nuestro país. Sí lo debemos recibir y analizar como un complemento que lo humaniza, que le da voz y participación a la comunidad a través de la presencia de sus ciudadanos en la toma de decisiones.

La posibilidad de mediación en nuestro país, más allá de lo realizado en ciertos proyectos, también se encuentra contemplado en algunas leyes especiales, así, por ejemplo, podemos verlo en la ley 19.966 que establece un régimen de garantías de salud. Esta normativa contiene un párrafo especial, a partir del artículo 43, que se refiere a la responsabilidad en materia sanitaria, donde se fija el procedimiento de

mediación como un mecanismo pre-judicial en casos de reclamos de los usuarios en contra de los prestadores públicos o sus funcionarios o en contra de sus prestadores privados.

D. Mediación penal juvenil

Dentro del ámbito de la Responsabilidad Penal Adolescente, es donde mejor se puede observar el desarrollo e irrupción de la mediación penal en nuestro país, porque se ha hecho un gran esfuerzo para seguir los patrones internacionales y fijarlos en nuestro país. Es un paso importante que se promueva este tipo de procedimiento de Justicia Restaurativa en los jóvenes, porque posibilitan que no sólo se ayude a la víctima, sino que se genere, eventualmente, reinserción social por parte del delincuente. Esto lo podemos ver en lo siguiente:

1. La mediación es un proceso de responsabilización: Generalmente los jóvenes no prevén los alcances de su conducta, pueden saber que han hecho algo mal, pero al tener una visión parcial de su acción tienden a minimizarlo. Esto se nota con dichos como “fue una tontería”. Este tipo de procedimiento hará que el menor tenga que responder por sí mismo y ante los demás de sus propios actos o actitudes, entendiendo que un hecho aislado sí es importante si se conocen y se piensan las consecuencias sufridas por quien las padeció. Vivencias como estas ayudan al desarrollo del autocontrol, lo que será trascendente en el desarrollo de su madurez.
2. Le permite tomar conciencia: Lo hará de las infracciones que cometió y de las consecuencias para él como para los demás involucrados.
3. Posibilidad de reflexión: Una diferencia con los demás procedimientos es que aquí se introduce la figura de la víctima como un sujeto importante y esto puede producir un cambio sustancial en la actitud del adolescente. Se inicia un ejercicio de introspección para él, en el que tendrá que responder varias preguntas sobre sí mismo y su actuar, ante preguntas como, por ejemplo, “¿por qué me lastimaste?”. Descubrir el daño causado puede significar que aparezca el deseo de repararlo y de no volver a cometerlo, además de buscar el ponerse en el lugar del otro.

4. Trata la culpa: La mediación da salida a la culpa y así evita que se transforme en algo persecutorio, rescatando los aspectos buenos del individuo, evitando la estigmatización.

La gran participación de los jóvenes en actos delictuales y crímenes es un asunto de importancia nacional, en que las distintas autoridades han realizado diversos esfuerzos para disminuirla, incluyendo la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. El Fiscal Nacional, Jorge Abbott, durante el seminario por los 10 años de la Ley 20.084, declaró “El Ministerio Público no queda indiferente luego de la condena de un menor. Al contrario, nos indigna, porque tener que condenar a un adolescente es un fracaso del Estado, del que el Ministerio Público forma parte. Un fracaso en las tareas de prevención, en cómo estamos mirando a los jóvenes en su formación, en aquello que los llevan a vincularse con los delitos”²⁹.

Como ya he explicado, diversos proyectos de mediación penal se han desarrollado durante los últimos 20 años, algunos de ellos apuntaron precisamente a los delitos cometidos por jóvenes como el que realizaron en conjunto las cuatro Fiscalías Metropolitanas. Se trabajó en un proyecto de mediación penal escolar, que tenía por objeto buscar una solución al conflicto penal en el que se ven involucrados los adolescentes, logrando una solución que apunte a las causas basales del conflicto, de manera tal que no se vuelva a repetir.

Los requisitos básicos para que se pudiera optar a este proceso era que el imputado fuera primerizo en el sistema penal y que la infracción por el que es denunciado esté dentro del rango de los cuasidelitos, de las lesiones menos graves y que las transgresiones patrimoniales que cometa no superasen en cuanto a su gravedad el robo no violento. La idea que se concibió era lograr que el menor infractor se responsabilizara por el delito cometido y se comprometiera con la solución, pero además dar tranquilidad a la víctima.

²⁹ Abbott: “Tener que condenar a un adolescente es un fracaso del Estado, del que formamos parte”, cuña sacada desde http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/noticias_det.do?noticiald=13774. Revisado el 27 de mayo del 2019.

El gran paso en esta materia se dio el año 2016, momento en que se firmó el “Convenio de Colaboración para la Derivación de Casos a Mediación Penal Juvenil y Estudio Práctico”, entre el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Defensoría Penal Pública, lo que ha significado un gran avance para el funcionamiento de este procedimiento. Este acuerdo se dio considerando los fines del sistema penal adolescente previstos en la ley 20.084 y la Convención sobre los Derechos del Niño, sumado a los objetivos de la reparación de las víctimas previstos en el Código Procesal Penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁰. Cabe destacar que sus postulados se basan en los principios que se deben tener en consideración para la elaboración e implementación de programas de Justicia Restaurativa, que estableció el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Por la trascendencia de esta alianza se hace necesario que revisemos los puntos importantes que trata y cómo se ejecuta.

El objeto de la implementación de la mediación penal juvenil es desarrollar una fórmula alternativa de resolución de conflictos que permita promover el proceso de la responsabilización de los ofensores adolescentes y favorecer la reparación de daño provocado a las víctimas de estos delitos.

Entre las motivaciones que impulsaron este acuerdo están la satisfacción de las víctimas con el servicio recibido, la reducción de la reincidencia y el tratamiento del stress post traumático y de salud mental en víctimas de delitos violentos. Esto se vio reflejado en los principios en los que se rige su funcionamiento: confidencialidad, voluntariedad, imparcialidad, igualdad de las partes, especialización de los operadores del proyecto, interés superior del adolescente, diversificación de la respuesta penal, reparación del daño, complementariedad, trabajo en red institucionalidad, información y gratuidad.

La selección de los casos que se derivan a mediación, se limita a la revisión del cumplimiento de ciertos requisitos que se han transformado en un filtro que excluye gran parte de las causas que ingresan al sistema penal. Estos son:

³⁰ Convenio de Colaboración para la Derivación de Casos a Mediación Penal Juvenil y Estudio Práctico. 2016.

1. Sobre la naturaleza de la infracción esta pueden ser:
 - a. Faltas.
 - b. Simples delitos: Entre los que se excluyen los delitos dolosos contra la vida, contra la libertad ambulatoria, contra la libertad sexual, salvo casos de relaciones mutuamente consentidas en los que se establece la existencia de una relación de pareja previa, y delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.
 - c. Crímenes: No se aceptarán los mismos que se nombraron en la letra anterior, pero se agregan aquellas infracciones penales que involucran el uso de armas o se cometan con violencia hacia las personas, también aquellas en que el infractor tiene condenas previas y éste no se encuentra escolarizado o no esté dispuesto a volver a estudiar como condición previa para la derivación.
2. Sólo se aceptarán jóvenes mayores de 14 y menores de 18 años y que no se presente el infractor, un consumo problemático de drogas.
3. El o ambos menores, o si es que la víctima también lo fuera, deberán contar con un adulto responsable debidamente identificado antes de la derivación. Generalmente es el padre, madre o algún otro familiar directo.
4. Se debe poseer una ficha de cada una de las partes que intervienen donde estén sus nombres, teléfono, correo electrónico y en el caso de infractor, el domicilio.
5. A cada una de las partes se les debe entregar información previa sobre su decisión de ser derivado a mediación penal.
6. El caso que será derivado puede estar en los siguientes estados: en etapa de pre-judicialización, judicializado o en dictación de sentencia. También se podría proceder con causas que estén en proceso de ejecución de sanciones, esto para el efecto de sustitución o remisión de ella.

Es requisito fundamental que se cumpla lo descrito para poder seleccionar las causas que se derivarán a mediación. Si el caso no estuviese judicializado, la elección la hará la Fiscalía, en caso contrario se necesitará el acuerdo en conjunto con la Defensoría.

Previo a la derivación la Fiscalía se contactará con la víctima y la Defensoría hará lo propio con el ofensor. Este será el primer acercamiento que se tendrá con los involucrados del conflicto, que busca informar el estado de la causa y explicar la existencia de la mediación como una vía de solución del conflicto, además del contexto del proyecto en relación al sistema procesal tradicional. Se hará saber que se tiene la intención de remediar este caso bajo esta modalidad cuya participación es voluntaria, confidencial y que eventualmente se tendrá un encuentro personal con el agresor y su adulto responsable. Además, se les comunicará que podrán recibir asesoría legal en cualquier momento que lo soliciten o se les sea sugerido y será proveído por el Centro de Mediación, el Ministerio Público o la Defensoría.

Una vez seleccionado el caso e informado a los participantes todo lo necesario, se les enviarán los datos básicos como identificaciones, números de teléfonos y correos electrónicos de la víctima y ofensor, al Centro de Mediación con el fin de que se puedan contactar con ellos sin problemas. Además, se les facilitará una copia de la denuncia, el tipo penal, el plazo de investigación y/o fecha de las audiencias, los señalará los posibles términos que aplicará el fiscal y si existen o no denuncias recíprocas.

Si por cualquier circunstancia la mediación deja de ser viable, aun cuando ya se hubiera derivado, esta decisión deberá ser informada al Centro de Mediación y a la postre producirá que el caso sea resuelto por los tribunales tradicionales de justicia a través de juicio oral.

El primer contacto que tiene el Centro de Mediación con ambas partes, es para invitarlos a una sesión individual donde a cada uno se le realiza una evaluación personalizada y técnica. Además, en este momento se les hace firmar el “consentimiento informado”. Esta reunión es de suma importancia, porque a partir de sus resultados se determinará qué es más adecuado: realizar una o más sesiones conjuntas de mediación o desistirse y cerrar el caso.

En el proceso de mediación el apoyo hacia los participantes es fundamental, por lo mismo no es de extrañar que se les permita la intervención, durante las sesiones

conjuntas, a terceros interesados que representen un sustento para el adolescente o la víctima, pero siempre que éstas sean autorizadas por ambas partes.

Si las partes consiguen llegar a un acuerdo, se levantará un acta que será suscrita por todos los participantes, incluyendo el mediador, y será cumplido en el mismo acto de la firma del documento preparado por el intermediario. Si fuera necesario un periodo mayor para su acatamiento, la supervisión será realizada por el Centro de Mediación.

Una vez cumplida íntegramente el acuerdo, el Centro de Mediación lo certificará y enviará copia del acta y de la certificación al derivador. Ahora, si el cumplimiento del pacto se hiciera de manera parcial, se informará de este resultado al derivador, de la misma forma señalada anteriormente.

Una vez que el acuerdo se ha cumplido de manera íntegra, es importante revisar qué es lo que sucede con el proceso penal que estaba a la espera de la mediación. Lo primero es que el mediador remitirá toda la información a quien le haya derivado el caso para que ella decida respecto de la homologación. Para esto debemos saber cuál fue el momento procesal en que se dio la derivación, esto es:

1. Si al momento de ser derivado el caso se encontraba en etapa pre-judicial, el compromiso se puede homologar con el archivo provisional, el principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio.
2. Cuando la derivación se produce en plena fase judicial, se podrá homologar a través de suspensión condicional del procedimiento, acuerdo reparatorio y principio de oportunidad.
3. En etapa de sentencia la derivación a mediación sólo ocurrirá cuando se trate de sanciones de reparación del daño causado y servicio en beneficio de la comunidad, para poder definir entre víctima e infractor el contenido específico de la solución.
4. Si los casos fueron derivados en etapa de ejecución de sanciones, la mediación que fue íntegramente cumplida podrá estimarse como antecedente para la solicitud de sustitución o de remisión de la condena.

Tras el término de la mediación las partes acordarán realizar reuniones periódicas de coordinación y seguimiento, para monitorear la correcta gestión de los casos derivados.

Los buenos resultados prácticos que obtuvo la mediación penal juvenil en la Región Metropolitana, hicieron que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos propusiera instaurar este procedimiento en la Municipalidad de Valparaíso, lo que comenzó a desarrollarse desde el año 2017. Al instalarse este nuevo desafío, la primera interrogante fue cómo, efectivamente, se puede traspasar toda la doctrina al proceso de mediación víctima-ofensor. Si bien y se habían realizado este tipo de procedimientos en materia civil o penal, esta vez se tenía la particularidad de que los infractores debían ser jóvenes adolescentes. En este sentido, de acuerdo a lo señalado por Pamela Espinosa, Coordinadora del Centro de mediación CAJ Valparaíso, quien expuso en el Seminario de Mediación Penal en Justicia Juvenil realizado por la Universidad Católica, fue trascendente que existiera contacto personal con los involucrados y que “nos preocupemos de la narrativa que nos tienen que contar”³¹.

Es interesante poder explicar la experiencia vivida por el Centro de Mediación de Valparaíso, porque así podemos entender de mejor manera cómo se desarrolla este procedimiento y las ganancias que les deja a los involucrados.

Cuando llegó la propuesta desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, comenzaron a trabajar en base a los principios de la Justicia Restaurativa y, paralelamente, generaron alianzas de colaboración, las que permitieron tanto la selección de casos, saber cuál podría ser óptimo para el proceso de mediación, como también la formalidad legal que tendrían. Estas coaliciones, como ya hemos revisado, son formadas por el Ministerio Público, la Corporación de Asistencia Judicial, de Valparaíso, que hace la vez de mediador, la Defensoría Penal Pública, el Ministerio de Justicia y el Poder Judicial, representado por jueces.

³¹ Cuña transcrita de una grabación del seminario en que participó Pamela Espinosa. La Escuela de Trabajo Social UC, transmitió en vivo por Facebook y se puede revisar en el link: <https://www.facebook.com/trabajosocialuc/videos/308785659821396/>

Gracias a esta alianza, se han podido analizar un total de 33 casos en el último año, es decir el Ministerio Público o Defensoría Penal, han llevado ese número de carpetas para su revisión. De éstos, se decidió que 20 eran posible de llevar a mediación, de los cuales 5 terminaron con acuerdo, 1 sin acuerdo. Hubo 11 casos con términos administrativos, que son aquellos en que la víctima no desea participar, y hay en la actualidad 3 casos vigentes, de acuerdo a los datos entregados por Pamela Espinosa durante su exposición en el Seminario de Mediación Penal en Justicia Juvenil.

El principal delito que han cometido los jóvenes delincuentes que participan en mediación es el robo con sorpresa, que además es el que se da con mayor medida en la ciudad de Valparaíso. Pero también se encuentran otras infracciones como daños simples, hurto simple, robo con intimidación, receptación de especie y robo en lugar habitado.

Para poder entender el trabajo de la Justicia Restaurativa en la ciudad de Valparaíso, debemos tener presente algunos puntos. El primero, y quizás el más importante, es, como ya vimos, el trabajo realizado por la alianza técnica que está integrado por varias instituciones. Luego, se hace un ingreso del caso y se coordina una sesión individual con el ofensor. Esto ya es el inicio de proceso de mediación. Lo que buscan con esto, es la responsabilización del joven respecto de los hechos, aunque sea mínima y sólo diga “*sí, yo estuve ahí o yo participé*”. Además, se indaga por una voluntad de reparar a la víctima.

Una vez que el ofensor acepta participar y es aprobado por el equipo de mediación, se procederá a coordinar con la Fiscalía, a través de Uravit –unidades regionales de atención a las víctimas y testigos-, para contactarse con la víctima. Si ella consiente el Centro de Mediación coordinará la primera sesión individual con ella y es en esta ocasión cuando se le pregunta cuáles son sus intereses de reparación. A través de estas reuniones y la narrativa que ella hace de lo ocurrido, es que se pudo vislumbrar las formas en que ella puede participar en el cambio conductual del victimario:

1. Reparación al daño social: La víctima se interesa que el joven remedie con alguna acción a la sociedad.
2. Presencia de la víctima en la reinserción social del joven: Es la manera en que se involucra y participa en el cambio de hábitos de este joven para que no exista posibilidad de delinquir en el futuro.

Luego comienzan las sesiones en conjunto, donde se satisfacen necesidades de ambas partes, puesto el foco en dos objetivos: la reparación a la víctima y la responsabilización del joven infractor. Posteriormente vienen las etapas de acuerdo y de cumplimiento. Son en estas últimas fases en que el joven se puede, por ejemplo, comprometer a tener cierto porcentaje de asistencia en el colegio o hacer alguna acción voluntaria.

A través de la experiencia ganada, es que en Valparaíso se entendió que dentro de la mediación está el principio de la neutralidad. Por lo tanto, el proceso de cumplimiento del acuerdo, y hasta no perder esa calidad de mediador imparcial, lo debía liderar un trabajador social, quien sería el encargado de establecer la forma de cómo se cumplirá.

Si bien han sido pocos los procesos de mediación que terminaron con acuerdos, como ya dijimos fueron 5, de todas maneras, se pudieron sacar lecciones importantes al encontrar similitudes entre ellas. Por ejemplo, hay interés de reparación, las necesidades que tienen las víctimas y la existencia de un comportamiento empático social y esto se entiende porque todos los seres humanos, de alguna manera, comprendemos de manera objetiva y racional el por qué, de la conducta del otro.

De los 5 casos finalizados, en 4 las víctimas recibieron disculpas. La quinta no lo consiguió, porque se trataba de un caso en que a un joven le atropellaron a su perro y muere, por lo que el adolescente enojado quebró los vidrios del conductor. Durante las mediaciones el imputado se sentía tan víctima como la otra persona y fue en este punto en que se tuvo que trabajar el perdón y el tema de los intercambios de roles, donde el ofensor también tiene sensación de víctima, sintiendo que a él también se le debe reparar.

Se entiende que en la mediación cada parte va recibiendo una forma de satisfacción en su conflicto. En la experiencia de Valparaíso, solo una víctima recibió una compensación en dinero y lo que ocurrió fue que ambas partes ya habían tenido audiencias judiciales previas y en ellas habían conversado una cantidad de plata.

A las cinco víctimas les interesó participar en la reinserción del joven delincuente. A ellos les importó que el adolescente les pidiera perdón y que les hayan manifestado su intención de cambiar y enseñando conductas de mejoría. Todos los infractores se comprometieron a mantener o reiniciar su escolarización y a mantener un promedio de nota o una buena asistencia. A esto se suma que dos menores generaron acciones para reparar el daño a nivel social y crearon distintos talleres, uno de reparación de bicicletas y otro de pinturas.

Segunda parte

Capítulo I: Justicia Terapéutica

A. Una nueva propuesta

El nacimiento y desarrollo de la Justicia Terapéutica está ligada al de la Justicia Restaurativa. Cabe recordar los tres modelos básicos de justicia criminal que distinguió el psicólogo norteamericano Albert Eglash y que fue tratado anteriormente. El académico diferenció la justicia restaurativa, la retributiva y la distributiva, esta última es la que se vincula con el tratamiento terapéutico de los infractores y su gran diferencia con la primera es que se centra en el delincuente o criminal como sujeto principal del cual hay que preocuparse.

El éxito logrado por el “experimento Kitchener” en Ontario en 1974, llevado a cabo por una comunidad Menonita (específicamente, miembros de su iglesia) bajo la vigilancia de jueces, donde se logró que dos jóvenes que realizaron actos de vandalismo en Elmira, Ontario, se reunieran directamente con cada una de sus 24 víctimas y se pusieran de acuerdo en la restitución y reparación de los daños que le ocasionaron, permitió que Canadá realizará múltiples programas con altos niveles de satisfacción. A partir de los avances logrados por este país y sumado al interés de profesionales de Estados Unidos en esta materia, es que nació la llamada jurisprudencia terapéutica, desarrollada principalmente por el profesor de la Universidad de Arizona, David Wexler, en colaboración con Bruce Winick, fallecido profesor de la Universidad de Miami, quienes publicaron en 1991 una obra titulada “Essays in Therapeutic Jurisprudence”. La Justicia Terapéutica, de acuerdo a David Wexler, es el “estudio del rol de la ley como agente terapéutico”³². Es una perspectiva psicológica y pedagógica sobre el impacto del derecho sustantivo y

³² Justicia Terapéutica: Una visión general. David Wexler.

procesal en el equilibrio mental y la salud de las personas, que analiza la influencia que tiene la ley sobre el espectro emocional y bienestar psicológico del individuo.

Para el estudio de la Justicia Terapéutica, debemos entender algunos conceptos que son claves. Lo primero es percibir que este sistema comprende la justicia o la ley desde un ámbito terapéutico, pero no desde la perspectiva que tiene relación con la medicina. Si bien la palabra “terapéutica” viene desde el área científico médica, debemos dirigirla y emplearla hacia el cómo la justicia o la ley va a aplicarse e interpretarse desde la concepción del ser humano, permitiendo que ésta se pueda recuperar o sanar, transformando así la concepción de justicia. Lo segundo, es saber a qué nos referimos con “la ley” y en este sentido David Wexler lo categorizó³³ de la siguiente manera:

1. Normas legales.
2. Procedimientos legales como audiencias y juicios.
3. Los roles de los actores legales y el comportamiento de los jueces, los abogados y los terapeutas que se desempeñan en un contexto legal.

Es este tercer punto que tiene una función primordial durante el proceso y lo analizaremos con mayor profundidad con posterioridad.

Por último, cuando nos referimos a los conflictos, tenemos que pensarlos como aquellos subyacentes que llegan a los tribunales y que no son notorios porque lo primordial para la justicia es solucionar aquello que contraviene a la normativa legal. En pocas palabras, hablo de conflictos cronificados, sean de carácter mental, adictivos, de pobreza, entre otros, que necesitan más que una resolución condenatoria para poder sanar.

Lo que busca la Justicia Terapéutica es que el mismo proceso de administración de justicia y los propios tribunales puedan tener un efecto terapéutico en el sentido de solucionar los problemas o al menos tenerlo a la hora de tratarlos y no agravar dificultades físicas o psicológicas tanto de las víctimas como de las personas infractoras. Se debe evitar la existencia de una victimización secundaria,

³³ Justicia Terapéutica: Una visión general. David Wexler.

entendiendo a aquella que “deriva de las relaciones de la víctima con las instituciones sociales (servicios sociales, sanitarios, medios de comunicación, jurídicos, etc)”³⁴. Los individuos ven como realmente los tribunales de justicia no resuelven los problemas, sino que en muchas ocasiones los agravan y es en este sentido que debe haber un cambio cultural para que los tribunales, si es que no lo solucionan, puedan contenerlos y no agraviarlos. En la Justicia Terapéutica se incide en la necesidad de no profundizar los problemas mentales, adictivos, relacionales, de pobreza, por los efectos negativos que conllevan para la salud. La intervención judicial debe tratar de reducirlos mediante una perspectiva integrada, con un enfoque no adversarial, sino participativo a la hora de definir los problemas de fondo y su tratamiento o respuesta, cuestión que forma parte del interés público, ya que esto aportaría a la prevención.

B. Rol de los actores legales

La Justicia Terapéutica es un cambio de paradigma en la forma de interpretar la ley, porque no se trata de jugar con nuevos actores o factores dentro de la justicia, sino de aprovechar las mismas disposiciones legales y judiciales para dilucidarla de manera tal que pueda tener este efecto terapéutico. Por ejemplo, en el caso de la violencia intrafamiliar muchas veces el sistema se enfoca en detener el problema y excluir al agresor y trabajar con la víctima, pero el inconveniente es que este sujeto en el futuro podría formar otra familia y volvería a cometer los mismos hechos, hay que tener presente que la tasa de reincidencia en estos delitos es del 13%, de acuerdo a estudios realizados por Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid³⁵.

Esta nueva visión que se le da a la ley para resolver los conflictos persigue atacar el problema enfocándose en todo aquello que yace por debajo del objeto del proceso y es, en este sentido, que los intervinientes del procedimiento penal, incluyendo al juez, dirigirán su actuar al conflicto jurídico, pero también a los aspectos terapéuticos que vayan a emanar de él. Es a partir de esta idea que se

³⁴ Definición de Pilar Albertín Carbó, obtenida desde el libro “Psicología Criminal”. Varios autores, coordinadores Miguel Ángel Soria Verde y Dolores Sáiz Roca.

³⁵ Anuario de Psicología Jurídica, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. 2010.

hace necesario al aplicar la Justicia Terapéutica, la existencia de un nuevo rol por parte de los jueces, defensores y fiscales, quienes deben dejar de ejercer aquel papel de adversarios que conlleva todo litigio y enfocarse en una solución del conflicto donde el aspecto principal es el tratamiento del imputado y la eliminación particular de su problemática, adaptando el ejercicio de la acción penal a la finalidad terapéutica.

Papel protagónico es el que tiene el juez. En un ensayo basado en el texto, “Therapeutic Jurisprudence and Problem Solving Courts” de Bruce Winick, y escrito por la Fundación Paz Ciudadana, se describe su relevancia: “amplía su campo de acción hacia la promoción de la rehabilitación, lo cual no sólo se logra a través de la derivación a programas de tratamiento, sino que por la utilización de una serie de estrategias para facilitar el proceso de cambio del infractor. Además, este enfoque permite a los jueces ejercer un papel educativo en la comunidad, aumentando la conciencia sobre el consumo de drogas y movilizándolo a los servicios comunitarios”³⁶. Ya no solo es una autoridad cuya misión es escuchar lo que se dice durante el juicio y dictar una sentencia. Ahora se le pide una intervención más a medio y largo plazo, una que no se circunscribe a aplicar la ley, sino que busca, con la participación de otros profesionales, esa solución o ese tratamiento del conflicto para que no se agrave en el contexto judicial. Por lo tanto, su autoridad tiene un sentido que puede ser de alguna manera coercitivo para asegurar la permanencia en algún tratamiento, pero también busca que se consiga algo con él. Su injerencia no se circunscribe al dictar sentencia.

Lo anterior se traduce en la práctica que, por ejemplo, en el Tribunal de Tratamiento de Droga, el juez se transforma en un motivador, un consejero que escucha al imputado y lo incita a cambiar. En el caso de la Ley de Responsabilidad Adolescente, el hecho de que el juez discuta con el menor sobre lo que éste ha hecho y le explique las consecuencias de sus actos, al tiempo que lo escucha, puede derivar en unas condiciones que el joven va a entender y considerar justas; y esto, a su vez, puede redundar en un mayor cumplimiento de las mismas. Es

³⁶ Justicia Terapéutica: El juez como agente de cambio. Fundación Paz Ciudadana.

importante no solamente imaginar al juez, como aquel personaje que tiene que aplicar directamente la ley y para ello es necesario que la sociedad en su conjunto, tanto profesionales como gente de a pie pueda entender este nuevo concepto y exigir su funcionamiento.

En el texto de Fundación Paz Ciudadana se señalan herramientas que ayudan al juez es esta nueva labor como agente terapéutico:

1. Habilidades interpersonales. La interacción entre el juez y el imputado debe apuntar a la conducta antisocial, reprochándola y consiguiendo que el sujeto admita el actuar inadecuado, incentivándolo a cambios de vida. Se recomienda intervenciones como: “¿Podría usted modificar aquello que lo hace actuar de esta manera?”.
2. Manejar un lenguaje interdisciplinario. La Justicia Terapéutica implica un trabajo en equipo integrado por distintos profesionales como asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras y abogados, lo que implica coordinación y un lenguaje amigable que pueda ser entendido y digerido por el imputado, quien debe sentir que se trabaja a favor de su rehabilitación. El juez debe ser quien lidere el grupo y debe evitar conflictos o choques de opinión, favoreciendo la relación directa entre el magistrado y el imputado.
3. Evitar el paternalismo y respetar la autonomía. El juez puede fomentar la independencia y responsabilidad del imputado para que comprenda, que él es el único capaz de generar los cambios necesarios para evitar la reincidencia.
4. Aumentar la adherencia al proceso de rehabilitación. En muchas oportunidades para el sujeto es más completo ingresar a un tratamiento que tener una condena, por lo que es posible que le nazcan las intenciones de abandonarlo. En ese momento el juez debe evitar que lo haga y lo puede hacer con el apoyo de la familia del involucrado.
5. Utiliza la persuasión y provocar motivación. El juez debe tratar de ser empático, evitando críticas y confrontaciones a su actuar. Se sugiere promover al imputado las contradicciones de su proceder.

Para lograr la satisfacción del objetivo, resulta fundamental que el imputado manifieste su consentimiento a recibir un tratamiento, ya que de otro modo no tendría mayores efectos en su rehabilitación. También resulta relevante extender este tipo de prácticas a otras áreas del derecho para poder detectar y trabajar sobre las causas que originan el conflicto con mayor anticipación.

En definitiva, la Justicia Terapéutica, no sólo requiere de facilitadores o mediadores, sino que implica un cambio cultural, organizacional, funcional y de capacidades de los operadores jurídicos como fiscales, jueces, letrados y servicios de cooperación en la justicia.

C. Cambio social

Como ya hemos visto, la sola idea de la Justicia Terapéutica significa una revolución en el sistema procesal penal, pero también podría simbolizar uno a nivel social. El psicólogo español Miguel Clemente Díaz, planteó hace décadas que el estudio del derecho como promotor del cambio social se había transformado en un lugar común en diversos debates de la sociología jurídica, disciplina que generalmente ha tomado una posición que afirma que el derecho puede y debe promoverlo. Para él, **“el interés recae entonces más en saber cómo se produce el cambio con inicio en la norma jurídica o en los actos jurídicos** (jueces, por ejemplo, a través de sus sentencias) que en averiguar en términos abstractos si el derecho es o no un vehículo importante de cambio social”³⁷.

Aplicar la Justicia Restaurativa a través de instituciones como el Tribunal de Tratamiento de Drogas, genera un cambio de paradigma en la forma de cómo ver el derecho y la justicia. Hoy en día podríamos inferir que el sistema tradicional de justicia penal se limita a generar un cambio solo a nivel de los sujetos involucrados en el conflicto de relevancia jurídica, o sea la víctima, el imputado e incluso la familia de ambos. Es lógico que lo pensemos, porque esta es la forma en que nos han enseñado en que funciona nuestro sistema, uno en que lo importante es el agente criminal en particular, pues es en él en que se limita el proceso de búsqueda de

³⁷ Fundamentos de la Psicología Jurídica, 1998. Varios Autores, coordinado por Miguel Clemente Díaz.

hechos trascendentes al caso. Cualquier otra consideración externa, sea o no vinculante a la configuración del delito, debe como regla general ser dejada de lado por los litigantes en sus argumentos.

A partir de esta idea es que debemos cuestionarnos si es justo sólo sancionar rigurosamente al infractor o es mejor identificar el motivo que lo lleva a delinquir y ayudarlo e incentivarlo a salir de ahí para evitar que vuelva a reincidir. El modelo tradicional de justicia se relaciona estrechamente con la concepción individualista de los determinantes del comportamiento, donde la causa criminógena, o sea aquella condición necesaria sin la cual un cierto comportamiento no se habría jamás manifestado (definición realizada por Naciones Unidas), debe ser generalmente descartada por no ser considerada relevante.

Un ejemplo claro de que el entorno y las circunstancias en que se encuentra inserta una persona son relevantes para su conducta, es el experimento de la cárcel de Stanford, que se realizó en el año 1971. Ese año el profesor de psicología social de dicha casa universitaria, Philip Zimbardo, seleccionó a 24 estudiantes, la mayoría blancos y de clase media. Luego, los dividió en dos grupos, asignándoles aleatoriamente el rol de gendarme y de prisioneros. Todo comenzó cuando policías reales, que aceptaron participar en el proyecto, se presentaron en los distintos hogares de los “delincuentes” para arrestarlos y trasladarlos a una supuesta prisión provisional, que no era más que el sótano del Departamento de Psicología de la universidad que había sido adaptada para la ocasión. Allí, los voluntarios fueron desnudados, inspeccionados, despiojados, desinfectados y recibieron su uniforme de reo, además los guardias les colocaron en los tobillos una pesada cadena. Lo que pasó después fue algo inesperado.

Apenas se inició el experimento, los “guardias” comenzaron a mostrar conductas abusivas que al poco tiempo se convirtieron en sádicas. Incluso cuando recibieron instrucciones de no dañar físicamente a los presos, llevaron a cabo todo tipo de violencia psicológica. Algunas cosas que hicieron fue identificar a los prisioneros con números evitando llamarlos por su nombre y los enviaban constantemente a confinamiento solitario, los obligaban a hacer flexiones, lo desnudaban, los hacían

dormir sobre el suelo, les ponían bolsas de papel sobre las cabezas, sus necesidades las debían hacer en baldes e incluso interrumpían sus sueños mientras dormían. En una entrevista que Zimbardo dio a la BBC en 2011, señaló que “el primer día que llegaron era una pequeña prisión instalada en un sótano con celdas falsas. El segundo día ya era una verdadera prisión creada en la mente de cada prisionero, cada guardia y también del personal”.

Una de las conclusiones a las que llegó el profesor Philip Zimbardo, es la influencia del ambiente en la dinámica de la conducta humana, “el poder sutil, pero penetrante de una multitud de variables situacionales puede imponerse a la voluntad de resistirse a esta influencia (...) el impacto potencialmente tóxico de la maldad de ciertos sistemas y situaciones puede hacer que unas personas buenas se comporten de manera patológicamente ajena a su forma de ser”³⁸. Podemos entender entonces que la causa de una conducta antisocial, son los antecedentes o las condiciones necesarias que se den en una persona para cometerla. No concebir ni aceptarlo por parte del sistema tradicional de justicia, va a “limitar su foco simplemente a los síntomas en lugar de las causas de muchas de las disputas, lo que lleva a ignorar los determinantes más importantes del comportamiento legalmente problemático”³⁹, según palabras del psicólogo social de la Universidad de California, Craig Haney. El mismo autor señala que “si la conducta criminal es producto de la unión entre persona y situación, como ahora entendemos que es, el hallazgo del infractor no reducirá efectivamente el delito a menos que sus causas situacionales sean también examinadas y abordadas”⁴⁰.

Que comiencen a desarrollarse nuevos paradigmas, como la Justicia Terapéutica, que hagan cambiar la visión de cómo abordar e implementar la justicia y que cuestionen este limitado foco de acción para abordar las causas estructurales del delito, significa un paso adelante para atacar la raíz de la delincuencia y posibilitar la rehabilitación. Empezar a instaurar y potenciar estas herramientas en los

³⁸ El efecto Lucifer, Philip Zimbardo.

³⁹ Making law modern: Toward a contextual model of justice, Craig Haney. Artículo de Psychology, Public Policy, & Law.

⁴⁰ Making law modern: Toward a contextual model of justice, Craig Haney. Artículo de Psychology, Public Policy, & Law.

diferentes estamentos de la sociedad y de la justicia nacional es completamente necesario. Tal como lo dijo el profesor de la Universidad Queen Mary de Londres, Roger Cotterrell, “el cambio social sólo ocurrirá cuando la estructura social, es decir los patrones sociales, las normas sociales establecidas y los roles sociales, se modifiquen”⁴¹. Con los ideales de estos pensamientos, se desarrolla hoy la idea de una justicia emocionalmente inteligente, en que las instituciones ayudan a imputados, víctimas, comunidades y oficiales a manejar las emociones de los demás actores involucrados de manera tal que el daño sea minimizado y el bienestar maximizado, en donde la justicia actúe con una intención terapéutica. El fallecido abogado fundador y Director del Instituto Vasco de Criminología, Antonio Beristain, señaló: “A la luz de bastantes autores y doctrinas evolucionistas, nos inclinamos a afirmar que al menos en Victimología y en Criminología, debemos superar la postura misonéista (es decir, de odio, de temor a lo nuevo) tan arraigada en muchas personas en todo el tiempo y lugar”⁴².

Lo que busca la Justicia Terapéutica, es lograr la maximización del bien desde una óptica que destaca por su especial preocupación en el bienestar psicológico de los individuos que entran en contacto con la ley y donde el objetivo es identificar la causa subyacente al delito e intentar desde ahí trabajar una solución al imputado y eficiente tanto desde un punto de vista personal como social.

De lo anterior se desprende la íntima relación que debe existir entre la psicología y la ley. Si bien ambos son disciplinas que comparten un mismo objeto de estudio, sus objetivos son diferentes, a saber, mientras el derecho busca regular la conducta, la psicología se preocupa de su explicación. De esta manera tienen un “encuentro en torno a los procesos que gobiernan la conducta”⁴³, como ha señalado por el profesor de Psicología Jurídica en la Universidad de Santiago de Compostela, Jorge Sobral. El derecho penal no tendría sentido si no se acepta que la conducta del hombre se rige como lo predicen los principios conductistas, los cuales son:

⁴¹ The Sociology of Law. Oxford University Press, Roger Cotterrell. 2007.

⁴² La victimología creadora de nuevos Derechos Humanos, 1990, Antonio Beristain.

⁴³ Psicología y Ley, por Jorge Sobral. 1994.

1. La conducta está regida por leyes y sujeta a las variables ambientales: Las fuerzas externas estimulan a los individuos a actuar de ciertas maneras, ya sea realizando una conducta o evitándola.
2. Las conductas mal-adaptativas son adquiridas a través del aprendizaje y pueden ser modificadas por los principios del aprendizaje: Se entiende que habrá enseñanza cuando algo puede ser observado y documentado por el individuo generando un cambio conductual, lo que se manifiesta en alteraciones en los sentimientos y en las actitudes.
3. La conducta es un fenómeno observable e identificable. Existe la relación entre estímulo y respuesta.
4. Las metas conductuales deben ser específicas.
5. La teoría conductual se focaliza en el aquí y en el ahora.

Durante el desarrollo del proceso judicial, mucho de lo que los actores legales hacen influye en el bienestar psicológico y emocional de las personas afectas a la ley. Con esto me refiero a cosas tan triviales como el diálogo entre el juez y el imputado e incluso entre los abogados y sus clientes. Es por esto que sí importa la forma en que se genere este vínculo y la trascendencia de cómo se trata ésta en el Justicia Terapéutica.

D. Rehabilitación

Hablar de rehabilitación, es hacerlo sobre un tema que ha tenido resistencia tanto en el mundo académico como en el político y en la opinión pública. Si bien la Justicia Restaurativa ayuda a conseguirla, éste no es su objetivo principal, en cambio en la Justicia Terapéutica es uno de sus pilares fundamentales. Para comenzar a hablar de ella debemos entender a qué nos referimos cada vez que nombramos este concepto. “Si no podemos decir qué es rehabilitación, ¿cómo podemos empezar a explicar su resurgimiento? Lo que es más ¿cómo podemos juzgar si es que efectiva, o justo, o humana?”⁴⁴, estas son palabras del profesor de criminología de la

⁴⁴ Rehabilitation, Crime and Justice. Raynor, P & Robinson, G. 2005.

Universidad de Swansea, Peter Raynor, en conjunto con su par, el instructor en Justicia Criminal de la Universidad de Sheffield, Gwen Robinson.

“Habilitar de nuevo o restituir a alguien o algo a su antiguo estado”, es la definición que le da la Real Academia Española a rehabilitar, lo que nos da a entender la existencia de un proceso para recuperar lo que se perdió. El mismo diccionario señala que una de las acepciones de la palabra rehabilitación es el “conjunto de métodos que tiene por finalidad la recuperación de una actividad o función perdida o disminuida por traumatismo o enfermedad”. Este último significado médico del término parece repetirse por una parte importante de la literatura especializada, pero el problema es que se limita a uno de los modelos con los que se ha intentado regular el concepto. En relación a esto, la psicóloga de la Universidad de Chile, Master de Ciencias Criminológicas y Doctor de Filosofía de la Universidad de Leicester, Carolina Villagra, señaló que “cuando se aplica al contexto criminal, el término debiera utilizarse sólo para situaciones como la de consumo abusivo de sustancias, por ejemplo. De modo contrario, un uso amplio e indiferenciado alude finalmente a la idea positivista de criminal como sinónimo de enfermo social sobre el cual se debe intervenir para tornarlo a la normalidad”⁴⁵.

La rehabilitación ha tenido un resurgimiento a partir de los años 80, luego de haberse desvanecido su ideal años antes, básicamente porque se cuestionaba el paradigma clínico que instaló la concepción del infractor como enfermo, patológico o anormal. Todo se dio a partir de un movimiento llamado “What Works” (“¿Qué funciona?”), encabezado por un colectivo de investigadores asociados a los servicios correccionales de Canadá, que difundieron sus ideas entre académicos y profesionales. El criminólogo estadounidense y profesor emérito de la Universidad de Cincinnati, Francis Cullen, señaló: “hace tres décadas atrás, era ampliamente aceptado por criminólogos y por quienes tenían a su cargo las políticas públicas que “nada funciona” para reformar a los delincuentes y que la rehabilitación estaba muerta como filosofía correccional guía. En contraste, hoy en día existe un enérgico movimiento para reafirmar la rehabilitación e implementar programas basados en

⁴⁵ Hacia una Política Postpenitenciara en Chile. 2008. Carolina Villagra.

principios de intervención efectiva. ¿Cómo ocurrió esto? Yo sostengo que el rescate de la rehabilitación fue una realidad contingente que surgió debido a los esfuerzos de un pequeño grupo de investigadores en criminología sin conexión entre ellos”⁴⁶. El renacimiento de este pensamiento se debe a la firme convicción por parte de ciertas personas, quienes rechazaron aceptar que nada podía hacerse para cambiar el comportamiento de los infractores de ley.

Si bien hay especialistas, como Cullen, que festejan este resurgimiento, existen otros que son categóricos al no defender su reaparición. Tony Ward y Shadd Maruna, argumentaron que “toda la idea detrás de la rehabilitación, dejada sola la palabra misma, tiene un carácter mohoso, anacrónico, perteneciente a otra era, cuando la sociedad compartía un sentido de lo que era la correcta forma de vivir (y, por cierto, de la incorrecta también) (...) De hecho hay algo vagamente sermoneador y moralizante en la noción de rehabilitación. Después de todo ¿quién va por ahí salvando pecadores?”⁴⁷. Lo que más preocupa a los autores es que se disfrace viejas ideas y prácticas en una nueva terminología, de hecho, el uso que ellos le dan al vocablo es eminentemente práctico, acudiendo a él a falta de otro más correspondiente, pero que ellos lo ocupan de la forma tradicional, ligada a la que entrega el diccionario, ayudando a las personas a regresar a su vida antigua.

La concepción positivista de rehabilitación, aquella que mira al sujeto como un ente pasivo, carente de libre albedrío a quien es necesario intervenir, debe ser completamente rechazada, ya que es éste quien tiene una vital importancia en un trabajo que tiene que ser visto como un conjunto para favorecerlo a él. El sociólogo Alejandro Tsukame, de la Universidad de Chile, en su libro “Reinserción Social” del año 2013, fue categórico al señalar que las concepciones correccionales y mesiánicamente “sanadoras” de rehabilitación, hay que dejarlas de lado y darle mayor relevancia a un trabajo conjunto, centrado en el sujeto para convertirlo a él mismo en el principal agente de cambio. El autor define el concepto como “el conjunto de actividades planificadas para el cambio en las disposiciones o

⁴⁶ The twelve people who saved rehabilitation: how the science of criminology made a difference, Francis Cullen. 2005.

⁴⁷ Rehabilitation, Ward, T & Maruna, S. 2007.

motivaciones de una persona de tal manera que esté en condiciones de reintegrarse a la sociedad sin que vuelva a delinquir”⁴⁸. Es interesante destacar que se agrega el concepto de “reintegración”, lo que implica ir más allá del cese de la conducta delictual, ya que la ausencia de reincidencia no es sinónimo de que éste se inserta nuevamente a la comunidad.

Una vez revisada y analizada la doctrina podemos entender que existen distintos aspectos dentro de la rehabilitación, que debemos tener en consideración:

1. Rehabilitación a nivel criminal. Lo que se busca es que el individuo disminuya la posibilidad de volver a cometer el comportamiento antisocial y delictivo.
2. Rehabilitación clínica. Aquella que ayuda al imputado a trabajar en contra de adicciones a sustancias o desórdenes mentales que lo acercan a conductas ilícitas. Patologías médicas establecidas por equipos sanitarios que pueden ser superadas.
3. Reinserción social. El fin último debería de toda rehabilitación es poder insertar nuevamente a una persona al orden en que los ciudadanos nos relacionamos y del cual ésta se encontraba alejada por realizar actos antisociales.

La reinserción social, en la Justicia Terapéutica, es el tema más claro o evidente, no obstante, ella es transversal a todas las áreas del derecho. Se puede ver desde un tema de familia o civil, inclusive. Lo que sucede es que lo que tiene que ver con materia penal es muy interesante de analizar, pero no se queda solo en este planteamiento. Pero para poder lograrlo este objetivo debemos contar con un régimen de rehabilitación apropiado, que cuente con los recursos económicos y sociales que se exigen para emprender estas políticas y eso incluye un sistema de salud pública acorde y un sistema carcelario distinto. Además, trabajar en base a estas nuevas formas, requiere de una filosofía penal-criminológica en el cual se deje de pensar en que el castigo penal es la única respuesta o arma contra los delincuentes, ya que esto se opone diametralmente a esta visión. Por último, para que se puedan implementar estos programas el nivel de desarrollo y madurez de las distintas disciplinas y profesionales debe ser alta. Se debe contar con psicólogo,

⁴⁸ Reinserción Social, Alejandro Tsukame. 2013.

trabajadores sociales, criminólogos y sociólogos con conocimientos especializados en el área.

Capítulo II: Tribunal de Tratamiento de Drogas

A. Inicio de una reinserción terapéutica

Antes de comenzar a hablar de Tribunales de Tratamiento de Drogas, se debe analizar una institución que es su antecedente más cercano, me refiero a las Cortes de Droga, que están basadas en la Justicia Terapéutica, y que se encuentran en diversos países como Estados Unidos, México, Brasil, Canadá, Inglaterra, Gales, entre otros. Éstos son tribunales especializados en materias relacionadas con el consumo de estupefacientes y tienen como componentes esenciales “suministrar un programa de rehabilitación que no se centre solamente en la adicción, sino que promueva un comportamiento pro-social y el reingreso a la comunidad”⁴⁹.

Las Cortes de Droga, pertenecen a los juzgados tradicionales, o sea las mismas que tramitan causas penales, pero la diferencia es que a través de estos procedimientos se hace de una manera alternativa, siempre que estén involucrados infractores relacionados con consumo problemático de drogas. Tanto estas instituciones, como los Tribunales de Tratamiento, persiguen los mismos objetivos: disminuir la reincidencia, reducir el consumo y reinsertar socialmente al individuo. Para lograrlos, lo trascendente es brindar una línea de tratamiento de rehabilitación al transgresor.

De acuerdo a lo planteado por Bruce J. Winick⁵⁰, la Justicia Terapéutica puede considerarse como el fundamento teórico de la mayoría de las Cortes de Drogas, ya que nacen a partir de planteamientos experimentales que parecen funcionar. Para el autor, los problemas como la adicción a estupefacientes, el alcoholismo, la violencia doméstica, la enfermedad mental, el abuso a niños y la delincuencia

⁴⁹ Consumo Problemático de Drogas. Tratamiento en personas que han cometido delito. Aquí fueron citados Bank y Gottfredson. 2003

⁵⁰ La Justicia Terapéutica y Los Juzgados de Resolución de Conflictos, Bruce J. Winick. 2003.

juvenil, son fenómenos repetitivos que no se solucionan sino es tratando el problema subyacente.

Las “Drug Courts”, aparecieron como forma pragmática e innovadora de hacerse cargo de un problema mayor que el sistema tradicional de justicia no podía controlar, toda vez que éste consumía gran cantidad de recursos humanos y económicos en el enjuiciamiento de personas que presentan consumo problemático de drogas, pero sin considerar las altas tasas de reincidencia en esta población.

El problema de la drogodependencia ha existido en Estados Unidos hace más de 150 años, pero antes de las Cortes de Drogas fueron pocas las iniciativas orientadas a tratarlas. El primero fue en la década de los 30, cuando comenzaron a funcionar hospitales especializados en farmacodependencia. En los 70 surgió el Treatment Alternatives to Street Crime, un mecanismo de desvío de casos con respecto al sistema judicial, que vigila el tratamiento de los infractores farmacodependientes e informa a los tribunales los resultados logrados, promoviendo aplicar la Justicia Terapéutica basándose en los planteamientos de conductismo y de la motivación al cambio.

La primera Corte de Droga se creó en 1989 en la ciudad de Miami, sobre dos elementos centrales: el primero como una alternativa al encarcelamiento de infractores drogodependientes y en segundo lugar por la alta reincidencia de delitos de farmacodependientes. Se transformaron en la respuesta para el incremento en el consumo de drogas y en los delitos asociados a ello, a los arrestos y en las condenas por tales infracciones. Hoy, Estados Unidos, ya cuenta con más de 2.500 Cortes de Droga.

“A mediados de los 80 el sistema de justicia estadounidense representaba una especie de puerta giratoria para los farmacodependientes autores de infracciones penales, quienes entraban y salían de los tribunales y las prisiones”⁵¹, señaló Bruce Winick, en el texto ya citado. Este nuevo mecanismo se orientaba a buscar alternativas a las soluciones tradicionales de justicia penal, lo que significaba un

⁵¹ La Justicia Terapéutica y Los Juzgados de Resolución de Conflictos, Bruce J. Winick. 2003.

nuevo aire que abordaba el problema de una manera interdisciplinaria y que lo atacaba desde su raíz.

Luego de la experiencia norteamericana, varios fueron los países que comenzaron a instaurar este procedimiento, pero cada uno poseía diferencias marcadas por las realidades locales relacionadas con el uso de drogas y los delitos vinculados a éstos. Sin embargo, existen elementos fundamentales que deben contener cualquier Corte de Droga y que fueron establecidos el año 1997 por la Asociación Nacional de Profesionales de Cortes de Droga⁵²:

1. En los tribunales de drogas convergen los servicios de tratamiento con el sistema de tramitación de casos propios de la justicia penal.
2. Existe colaboración mutua entre el fiscal y el abogado defensor, quienes deben dejar de trabajar con ese enfoque antagónico para proteger la salud pública y los derechos de los participantes.
3. Los participantes deben ser identificados tempranamente para su inclusión en el programa.
4. Los servicios de tratamiento y rehabilitación deben ser accesibles y constituir una experiencia terapéutica integral.
5. A través de pruebas frecuentes se comprueba que los participantes se abstienen de las drogas y el alcohol.
6. Una estrategia integrada rige la reacción de los tribunales de droga frente al (in)cumplimiento de los participantes.
7. Los jueces deben mantener una interrelación continua con los participantes.
8. Es preciso fiscalizar y evaluar los objetivos y la eficacia del programa.
9. Se logran mejores resultados en cuanto a planeamiento, aplicación y operación de los tribunales de droga, a través de una educación interdisciplinaria continua de los funcionarios.

⁵² Defining Drugs Courts: the key components, Asociación Nacional de Profesionales de Corte de Droga. 1997. Ver en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/bja/205621.pdf>

10. Los tribunales de drogas son más eficaces si se establecen asociaciones de esfuerzos entre los tribunales, los organismos públicos y entidades basadas en la comunidad.

La función de los tribunales ordinarios de justicia se agota en la dictación de una sentencia, mientras que las Cortes de Droga tienen un trabajo más complejo y transversal que cubre una mayor periodicidad, debemos pensar que estará presente desde la selección del caso hasta el egreso del tratamiento por parte del infractor.

Estos factores y funciones que diferencian a los dos sistemas se desprenden de los principios antes señalados y que creo necesarios de destacar:

1. Elección del prototipo de individuo al cual estará orientado el programa, quien debe ser un infractor no violento y con importantes problemas de abuso o adicción a drogas o alcohol.
2. Identificar el caso sobre el que se va a trabajar, pero lo importante es que esta gestión se realice apenas la causa tome contacto con el sistema judicial y para ello es trascendente establecer un protocolo de intervención ágil.
3. Entregarle al infractor un tratamiento de rehabilitación, luego de que haya operado el mecanismo de gestión predeterminado.
4. Por último, la supervisión continua e ininterrumpida por parte del tribunal, que debe estar informado de los avances o retrocesos del involucrado y para eso el sujeto tiene que comparecer regularmente ante el tribunal.

Como vemos, la función de las Cortes de Droga no se agota con la selección y envío del sujeto a un tratamiento, sino que este es el inicio de un procedimiento judicial positivo y periódico para él. Es en este tipo de procedimiento donde vemos claramente la importancia del juez, quien es el que evalúa el nivel de cumplimiento del programa, sanciona o premia los resultados y adopta el plan según lo sucedido.

B. Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile

En nuestro país se inició el Programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas, el año 2004 en la V Región, basándose en los fundamentos de las Cortes de Drogas. Durante ese año jueces, fiscales y defensores se interesaron en aplicar ese modelo,

luego de asistir a un seminario organizado por la Fundación Paz Ciudadana y la Embajada de Estados Unidos. En aquella oportunidad la jueza del Tribunal de Drogas de Bronx, Nueva York, Laura Safer, expuso los fundamentos y resultados del modelo. Es a partir de esta experiencia que el Juzgado de Garantía de Valparaíso, la Fiscalía Regional, la Defensoría Regional, Conace Regional, el Hospital Psiquiátrico del Salvador y Fundación Paz Ciudadana firmaron un protocolo de Acuerdo, que sentó las bases del proyecto.

Tras los buenos resultados en Valparaíso, el año 2005 se sumó a esta iniciativa la Fiscalía Regional Metropolitana Sur y luego lo hizo la Centro Norte, la Oriente, Occidente y en las ciudades de Iquique y Antofagasta. Con la necesidad de reforzar este sistema es que en el año 2012 se celebró el “Convenio Interinstitucional sobre Tribunales de Tratamiento de Drogas”, en el que diversas instituciones se comprometieron a cooperar en el proceso de institucionalización del programa y a colaborar en el funcionamiento y ampliación del mismo. Hoy ya son 30 Juzgados de Garantía que forman parte de los Tribunales de Tratamiento de Drogas, “el trabajo que se está desarrollando en todo Chile, instalándolos en esencial. Más que un nuevo tribunal, es una metodología para poder lograr trabajar con infractores (adultos o juveniles), y poderlos rehabilitar de adicciones a drogas o alcohol”⁵³, fue lo que señaló el Ministro de Justicia, Hernán Larraín, cuando se firmó el protocolo de instauración en la Región de Aysén.

I. La base del programa

Los Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile, se rigen bajo el marco legal de las salidas alternativas, en este caso es el de la suspensión condicional del procedimiento regulada en los artículos 237 y siguientes del Código Procesal Penal. Así entendemos que los sujetos que pueden optar a esta vía son los que cumplen los siguientes requisitos:

⁵³ Cuña sacada desde nota: “Aysén: Firman protocolo de acuerdo sobre Tribunales de Tratamiento de Drogas y Alcohol”, del sitio web de Fiscalía de Chile. Revisado última vez el 30 de mayo del 2019 en: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/noticias_det.do?noticiald=15388

1. La pena que se le pudiera imponer al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad.
2. Que el agresor no hubiere sido condenado antes por crimen o simple delito.
3. Que no tuviera vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.

Podemos encontrar la base de esta salida alternativa es el punto 4 en el mensaje del proyecto de Código Procesal Penal, que deja en evidencia la importancia de estos programas: “El examen de los problemas del sistema vigente, así como la experiencia comparada muestran que uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituye el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos. Por otra parte, los avances de los disciplinas penales muestran como las respuestas tradicionales del sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más productivas y más satisfactorias para los directamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito”⁵⁴.

Al seguir esta línea planteada, se entiende que los Tribunales de Tratamiento de Drogas, como alternativa de solución a ciertos y precisos conflictos penales, se encuentran perfectamente acorde con el mecanismo legal que pretende darle vida a este programa, porque, por una parte, ayuda a disminuir las grandes cantidades de casos que se ven en el proceso penal tradicional, y por otra, es una salida “socialmente más productiva y más satisfactoria”⁵⁵ para el infractor. No debemos perder de vista que el objetivo de estos tribunales es la reducción de la reincidencia, a través de la rehabilitación y la disminución o detención del consumo de drogas, mediante el cumplimiento de programas de tratamientos.

⁵⁴ Mensaje Código Procesal Penal. 2019.

⁵⁵ Revista Jurídica del Ministerio Público. N° 50. Marzo 2012.

El ingreso del imputado al programa es voluntario, por lo mismo es importante que manifieste su consentimiento tanto para la Suspensión Condicional del Procedimiento, como para ser parte del Tribunal de Tratamiento de Drogas. Si el sujeto acepta y se concede la Suspensión Condicional, se detiene el proceso penal que recaía sobre él, pero quedan las condiciones impuestas durante el periodo de tiempo fijado.

El plazo de las condiciones a las que se deberá someter al imputado no debe ser menor a 1 año ni mayor a 3. Si es el tratamiento durará menos tiempo, el Juez de Garantía se mantendrá efectuando un seguimiento periódico, debiendo citar al infractor a audiencias al menos una vez al mes. Durante el proceso se debe coordinar un trabajo individual que se ajuste al cumplimiento de las condiciones impuestas, las que se encuentran en el artículo 238 del Código Procesal Penal, principalmente en las letras C y H, que pueden ser modificadas por el juez durante audiencia y siendo escuchado por todos los intervinientes que estén presente. Dentro de este mismo punto podemos relacionar las medidas cautelares del artículo 155, más precisamente la de la letra B, la cual, de paso, confirma la existencia de una institución externa como es el Centro de Tratamiento, que informa al juez de forma constante sobre los avances o problemas que tenga el sujeto durante el tratamiento al que tenga que someterse.

El Juez de Garantía, a solicitud del Ministerio Público o de la víctima, podrá decretar la revocación de la Suspensión Condicional el Procedimiento, como esto es un pronunciamiento jurisdiccional deberá tener presente las características del caso en particular. Sólo se podrá ejecutar de acuerdo a los términos del artículo 239, esto es:

1. Que el usuario haya sido objeto de una nueva formalización por hechos distintos.
2. Cuando se incumplió, sin justificación, en forma grave o reiterada las condiciones impuestas.

Como ya hemos revisado, el Tribunal de Tratamiento de Drogas tiene como sustento teórico la Justicia Terapéutica y por ello, los esfuerzos interinstitucionales

están concentrados en lograr la rehabilitación del usuario, por lo que en caso de incumplimiento el juez podría modificar las condiciones impuestas haciendo que el usuario pueda cumplir una diversa, lo que implicaría su salida del programa, pero no la revocación.

Cabe señalar qué pasaría si el imputado careciera de la voluntad suficiente para continuar con el tratamiento, si esto llegara a pasar, el juez podrá egresarlo del Programa manteniendo la Suspensión Condicional del Procedimiento, quedando las demás condiciones vigentes, si es que hubieren.

II. El consumo

Para formar parte del programa de Tribunal de Tratamiento de Droga, se requiere que el usuario cumpla dos requisitos. El primero es que haya transgredido las normas legales y segundo que sea un consumidor problemático de drogas. Pero qué entendemos por este último concepto. De acuerdo a lo señalado por Unicef, “un uso de drogas puede ser problemático para una persona cuando él mismo afecta negativamente –en forma ocasional o crónica- a una o más áreas de la persona, a saber: su salud física o mental; sus relaciones sociales primarias (familia, pareja, amigos); sus relaciones sociales secundarias (trabajo, estudio); sus relaciones con la ley”⁵⁶. Es así como podemos entender que el uso recurrente de estupefacientes produce un efecto perjudicial para el mismo sujeto como para su entorno. Pero lo que no señala la definición es que el consumidor se vuelve dependiente de las sustancias psicoactivas, lo que le genera una adaptación o tolerancia al uso de drogas, que a la postre provocará, tras una suspensión brusca de la sustancia, la abstinencia o deseo compulsivo de droga.

Para ingresar al programa, además de los criterios jurídicos ya analizados, se deben cumplir las condiciones clínicas que permitan certificar el consumo problemático de alcohol o drogas y para ello se considera el trabajo de varias instancias de detección que van desde la pesquisa inicial hasta la confirmación del diagnóstico. Lo anterior se realiza de acuerdo al Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales

⁵⁶ Prevención del consumo problemático de drogas, Unicef. Información conseguida en: http://files.unicef.org/argentina/spanish/Edu_ModulosESI.pdf

DSM IV, el diagnóstico de consumo perjudicial, según el Sistema de Clasificación Internacional de Enfermedades CIE 10 y el diagnóstico de dependencia.

También debemos considerar que puede presentarse un consumo de drogas asociado a una patología mental, si fuera así el trabajo a desarrollar es más delicado, lo que nos conllevaría a analizar otro concepto. “La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la **comorbilidad o diagnóstico dual como la coexistencia en el mismo individuo de un trastorno inducido por el consumo de una sustancia psicoactiva y de un trastorno psiquiátrico** (OMS, 1995). De conformidad con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), una persona con diagnóstico dual es una persona a la que se le ha diagnosticado un problema por el consumo abusivo de alcohol o drogas además de otro tipo de diagnóstico, normalmente de carácter psiquiátrico, por ejemplo, trastornos anímicos o esquizofrenia (PINUCD, 2000). En otras palabras, la comorbilidad en este contexto se refiere a la coexistencia temporal de dos o más trastornos psiquiátricos o de personalidad, uno de los cuales se deriva del consumo problemático de sustancias”⁵⁷.

Hay que entender la complejidad del trabajo que se hace con el infractor, quien primeramente debe cumplir con los requisitos legales de la Suspensión Condicional del Procedimiento, para luego efectuar un tratamiento holístico, que aborde las variables asociadas al consumo de drogas o, incluso, la comorbilidad, que no desatienda los requerimientos sociales y laborales del sujeto. Esto muestra la **necesidad de comenzar con la integración social desde las primeras intervenciones**, si es que se busca un verdadero cambio de vida del imputado. Por lo mismo no da lo mismo saber qué procedimiento se realizará con el usuario y cómo participarán cada uno de los involucrados en él, “parece claro que las causas que promueven los primeros consumos y las que determinan el mantenimiento de la administración de la droga son, en parte, distintas. Esta naturaleza de multicausalidad y dimensionalidad de los factores que intervienen en la

⁵⁷ Informe anual 2004: El Problema de la Drogodependencia en la Unión Europea y en Noruega. Revisar en: <http://ar2004.emcdda.europa.eu/es/page119-es.html>

drogodependencia debe recordarse cuando se diseña un programa preventivo o se planifica el tratamiento⁵⁸”.

III. Motivos

Varios estudios que relacionan los delitos con el consumo de droga se han realizado desde los años 80. Estados Unidos es el país que va a la vanguardia en este tipo de trabajos, desarrollando, por ejemplo, el “Arrestee Drug Abuse Monitoring Program”, que ha sido replicado por varios países a nivel mundial, incluyendo Chile, a través del método denominado “International Adam”. A continuación, dejo el resultado de esta y otras investigaciones que concluyen la necesidad de instancias como el Tribunal de Tratamiento de Drogas:

1. De acuerdo a cifras de la Comisión Internacional para el Control de Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos (CICAD-OEA), el 60% de los delitos en el mundo, están asociados al consumo problemático de drogas o alcohol⁵⁹.
2. La revista *Epidemiology and Psychiatric Sciences*, publicó un estudio durante el año 2015 en que se señaló que el 76% de los internos de las cárceles más grandes de Chile, tenían un consumo problemático de drogas y alcohol asociado a la comisión del delito por el que estaban reclusos⁶⁰.
3. De un total de 773 detenidos que proporcionaron orina para el estudio ADAM Chile del año 2012, el 63,4% arrojó un resultado positivo para alguna de las tres drogas analizadas: marihuana, cocaína y/o metanfetamina⁶¹.

⁵⁸ Drogodependencias: Farmacología. Patología. Psicología. Legislación, Lorenzo, P; Ladero, J.M; Leza J.C; Lizasoain, I. 2009.

⁵⁹ Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una respuesta internacional para infractores dependientes de drogas, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. 2013.

⁶⁰ Prevalencia de trastornos mentales en el ingreso al sistema de justicia penal en países emergentes: un estudio desde Chile, *Epidemiology and Psychiatric Sciences*, Cambridge University Press. 2015. Revisar en: <https://www.cambridge.org/core/journals/epidemiology-and-psychiatric-sciences/article/prevalence-of-mental-disorders-at-admission-to-the-penal-justice-system-in-emerging-countries-a-study-from-chile/374F255F7A1FCC28DAF8057A607A4BFB>

⁶¹ Consumo de drogas en detenidos: Estudio I-ADAM 2012, realizado entre Fundación Paz Ciudadana y Senda. 2012. Revisar en: <http://www.senda.gob.cl/wp-content/uploads/media/estudios/otrosSENDA/Consumo%20Drogas%20en%20Detenidos%202012.pdf>

4. Entre el 60 y 70% de los condenados son reincidentes de nuevos delitos en menos de 3 años desde el fallo de la condena⁶².
5. Más de 700 mil pesos al mes cuesta mantener un preso en Chile, de acuerdo a un oficio entregado por el Ministerio de Justicia el 2017. Entre los gastos se incluyen prestaciones médicas, subvenciones de enseñanzas y lo relacionado a su custodia⁶³.
6. En un estudio realizado a 1.217 reclusos durante el año 2002, se obtuvo como resultado que el 40% de éstos delinquiró alguna vez con la intención de proveerse de dinero para comprar drogas, además el 38% cometió el delito con consumo de estupefaciente o alcohol⁶⁴.
7. Información recabada en 6 Cortes de Drogas de Nueva York, concluyó que el 71% de los usuarios graduados exitosamente no reincidieron después de un año de su salida⁶⁵.
8. En Chile, sólo el 9% de los egresados del programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas han reincidido⁶⁶.

IV. Roles de los agentes participantes

El procedimiento del programa de Tribunal de Tratamiento de Droga es intenso, profundo y de largo aliento, el cual necesita un equipo de trabajo altamente

⁶² Estudio de Estimación del Presupuesto General para la Implementación del Programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas a Nivel Nacional, Tanto para Población Adolescente como Adulta, Fundación Paz Ciudadana. 2011. Ver: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-de-estimacion-del-presupuesto-general-para-la-implementacion-del-programa-de-tribunal-de-tratamiento-de-drogas-a-nivel-nacional-tanto-para-poblacion-adolescente-como-adulta/>

⁶³ Informe de Justicia: Más de \$700 mil al mes cuesta mantener a un preso, EMOL. 27 de diciembre de 2017. Ver: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/12/27/888874/Mas-de-700-mil-al-mes-cuesta-mantener-un-pres.html>

⁶⁴ Modelo de Intervención en Personas con Consumo Problemático de Sustancias Psicoactivas, Recluidas en los Establecimientos Penitenciarios Chilenos, Conace. 2005. Ver: <http://sistemas.senda.gob.cl/sistema-monitoreo/biblioteca/files/Documentos/ESTRATEGIAS%20NORMAS%20ORIENTACIONES/1%20Orientaciones%20y%20Normas/Nacional/Senda/Modelo%20de%20intervenci%C3%B3n%20de%20personas%20recluidas%20en%20establecimientos%20penitenciarios%20VOL%201.pdf>

⁶⁵ Información obtenida en Reincidencia 101: Evaluando el impacto en su Tribunal de Tratamiento de Drogas, Fundación Paz Ciudadana. Ver: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/conceptos-n-16-reincidencia-101-evaluando-el-impacto-en-su-tribunal-de-tratamiento-de-drogas/>

⁶⁶ Información obtenida desde el sitio web de Senda. Ver: <http://www.senda.gob.cl/director-de-senda-destaca-positivos-resultados-del-trabajo-intersectorial-en-aniversario-de-tribunales-de-tratamiento-de-drogas/>

calificado y coordinado para conseguir los objetivos que se buscan. De esta forma, es primordial identificar los roles tanto de la unidad jurídica, integrada por el juez, el fiscal y el defensor de la causa, como de la unidad sanitaria, compuesta por diversos profesionales de salud y el centro que provee el tratamiento. A continuación, me dedicaré a cada uno de los sujetos:

Rol del juez.

Podemos distinguir dos funciones en el juez. La primera es la misma que realiza en otras actuaciones del órgano judicial en materia penal, ya que debe verificar la voluntad del imputado de consentir la Suspensión Condicional del Procedimiento. Paralelamente a esta labor, el magistrado tendrá un rol de agente terapéutico, en el que tendrá que desarrollarse como una figura imparcial y consistente, empática que haga propia las dificultades del paciente para que entienda que no está solo, capacitada en temáticas de adicciones, capaz de trabajar en equipo, enfocada en la resolución de conflictos para promover la disminución de la reincidencia del delito, animándolo a someterse a la gestión de profesionales que buscan su rehabilitación y capaz de escuchar al participante cada vez que se él relate su proceso de recuperación, sus avances, el cómo se ha sentido, qué le ha costado, si ha sufrido algún retroceso. En definitiva, debe ser una persona que acoja, motive, acompañe y ayude a autoimponerse al sujeto metas ambiciosas, pero alcanzables en el proceso de su recuperación.

“Lo que se ve realmente novedoso de los Tribunales de Tratamiento de Drogas es la forma en que el juez debe plantearse frente al imputado y los demás intervinientes. Desde luego, el juez ya no tendrá – al menos en la audiencia- que dirimir conflictos entre fiscal y defensor, ya que éstos han debido abandonar sus diferencias (habiéndolas resuelto antes de la audiencia) para aparecer con un discurso único. Frente al imputado, la comunicación debe ser más fluida y cercana, lo que obliga a utilizar un lenguaje simple, eliminar los tecnicismos legales,

procurando generar un contacto con la persona del enfermo más que con el imputado como tal⁶⁷.

Otras labores que competen al juez son⁶⁸:

1. Asegurar los derechos del usuario y los demás intervinientes en el proceso penal.
2. Fijas las condiciones de la suspensión, duración del programa y vigilar su cumplimiento.
3. Verificar la voluntad del candidato de consentir en la Suspensión Condicional del Procedimiento, con la condición especial de someterse a un tratamiento de rehabilitación por consumo problemático de alcohol y/o drogas.
4. Informarle al candidato obre las implicancias de aceptar su incorporación al programa de rehabilitación con el objetivo que se extinga la respectiva acción penal, a fin de que éste adopte su decisión.
5. Modificar las condiciones de cumplimiento, en función del comportamiento y los resultados obtenidos en el proceso de rehabilitación.
6. Dirigir las audiencias de seguimiento, y en su caso, de modificación de las condiciones impuestas.
7. Dictar el sobreseimiento definitivo de la causa.

Es fundamental la dirección que el juez les dará a las audiencias, existiendo una interacción directa entre él y el imputado. También debe premiar y promover la adherencia, reforzando los logros alcanzados, por otra parte, tiene que castigar los retrocesos. De esta forma podemos distinguir⁶⁹:

1. **Incentivos:**
 - a. Felicitaciones y reconocimiento público de sus respectivos progresos terapéuticos, ya sea por parte del juez, fiscal o defensor.

⁶⁷ El Rol del Juez en los Tribunales de Tratamiento de Drogas, Jorge Eduardo Sáez Martín, 12° Juzgado de Garantía de Santiago.

⁶⁸ Manual de Procedimientos sobre Programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol en Población Adulta, Paz Ciudadana. 2017.

⁶⁹ Revista Jurídica del Ministerio Público, N°50, marzo 2012. Se puede ver: http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/vision_tribunales_tratamiento_drogas_LR.pdf

- b. Coordinación con instituciones que ofrecen estudios o trabajo, a fin de que los participantes puedan reinsertarse en la sociedad.
- c. Disminución de las audiencias de seguimiento (periodicidad bimensual).
- d. En caso de tratamientos residenciales, se les otorga permiso de salida.
- e. En investigaciones por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, se ha dispuesto como incentivo, y siempre que el centro de tratamiento así lo recomiende, que se levante la prohibición de acercarse a la víctima.
- f. No habrá antecedentes penales una vez finalizado con éxito el programa.

2. **Sanciones:**

- a. Amonestaciones o reprimendas.
- b. Aumento en la frecuencia de las audiencias de seguimiento o control.
- c. Fijación de metas adicionales, por ejemplo, compromiso de mejorar la relación con su red de apoyo, padre, madre y hermanos.
- d. Incremento en la realización de test de drogas y alcohol.

Rol del Fiscal.

Para ser parte del programa de Tratamiento de Drogas, el Fiscal debe capacitarse en la metodología de esta forma de impartir justicia. El trabajo que deben realizar es diametralmente distinto al que hacen día a día, porque deben dejar de cumplir el rol adversarial que tradicionalmente desempeñan, para dar paso a uno más cercano al imputado, más humano donde le aconseja, lo felicita e incluso lo regaña cuando ha incumplido las metas que se autoimpuso.

Al igual que el juez, inicialmente deben realizar un rol jurídico revisando que cada caso reúna tanto los requisitos jurídicos, solicitar Suspensión Condicional del Procedimiento, como los sanitas, para que puedan ser integrados al Tribunal de Tratamiento de Drogas. “Se ha instruido que los fiscales deben abstenerse de proponer la Suspensión Condicional del Procedimiento cuando el delito por el que

el imputado está siendo investigado tenga asignada por ley penal de crimen”⁷⁰. Además, debe velar por el consentimiento libre y voluntario al ingreso del programa por parte del usuario. Otras funciones⁷¹:

1. Participar en el cuerdo de las condiciones de cumplimiento.
2. Informar al juez en caso de incumplimiento.
3. Estar al tanto del desarrollo del proceso de rehabilitación
4. Participar de las reuniones de preaudiencia.
5. Participar de las audiencias de seguimiento.
6. Realizar las gestiones pertinentes para solicitar la autorización correspondiente en aquellos casos en que, por instructivos particulares del Ministerio Público, la incorporación del usuario no sea en principio posible.

Rol del Defensor.

Primeramente, el defensor debe velar por el derecho a la debida defensa de cada persona que se somete a un proceso penal, resguardando los intereses de los candidatos al programa. Además, como todos los otros participantes, tiene que contribuir al proceso de rehabilitación del usuario y para ello se requiere que se capacite en el tema del consumo problemático de drogas y tenga disposición de trabajar en equipo. También debe⁷²:

1. Proponer casos para incorporar al programa.
2. Informar al candidato acerca de las consecuencias por incumplimiento de las condiciones, por lo que debe estar en conocimiento del desarrollo del proceso.
3. Velar por la voluntariedad del usuario.

⁷⁰ El rol del Fiscal en los Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile, Lorena Rebolledo Latorre. Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile.

⁷¹ Manual de Procedimientos sobre Programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol en Población Adulta, Paz Ciudadana. 2017.

⁷² Manual de Procedimientos sobre Programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol en Población Adulta, Paz Ciudadana. 2017.

4. Representar al candidato en la audiencia en que decreta la Suspensión Condicional del Procedimiento y explicarle su rol, además de prestar asesoría jurídica durante todo el proceso.
5. Participar en los acuerdos de las condiciones de cumplimiento que se fijen.
6. Participar en las reuniones de preaudiencia y audiencias de seguimiento.

Rol del coordinador.

A diferencia de lo que ocurre internacionalmente, donde el juez coordina el equipo jurídico y sanitario, en el modelo chileno este rol lo desempeña el Ministerio Público, a través de un abogado asesor del Fiscal Regional. Entre sus funciones están:

1. Coordinar la entrega de las listas de casos a las duplas para que los pesquisen en la zona de seguridad y tránsito.
2. Velar porque exista un bloque de audiencias en cada uno de los tribunales donde se aplica el programa.
3. Realizar coordinaciones con fiscales y con la Defensoría para la incorporación al programa de casos que han sido pesquisados durante la tramitación de la cusa.

Rol del equipo biopsicosocial.

Las enfermedades crónicas, como el consumo de alcohol y/o drogas, son el resultado de un conjunto de causas –psicológicas, sociales y culturales- relacionadas a la persona que las consume, lo que ha demostrado que el sistema tradicional de medicina, el biomédico, es insuficiente. A fines de la década de los 70, se comenzó a engendrar el modelo biopsicosocial, que señala que no es el cuerpo el que se enferma, sino que es el ser humano en su totalidad, ya que en los estadios del proceso salud-enfermedad coexisten factores biológicos, psicológicos y sociales. Lo anterior hace que, en el programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas, trabajen conjuntamente psicólogos, trabajadores sociales y médicos psiquiatras o especialistas en salud mental.

El trabajo de este equipo está respaldado legalmente en el artículo 457 del Código Orgánico de Tribunales, ya que son ellos quienes se encargan de informar al tribunal

acerca de los aspectos sociales, económicos, ambientales y educativos, entre otros, del usuario. Estas funciones, más precisamente, las desarrollan las Duplas Psicosociales.

Estas duplas están compuestas por un asistente social y un psicólogo, ambos deben ser profesionales universitarios con formación pos-titular en tratamiento de consumidores problemáticos de drogas. El trabajo que desempeñan es fundamental en el desarrollo del procedimiento e incluso me atrevo a decir que es la piedra angular. Son ellos los que deben hacer la investigación inicial de los candidatos para saber si son aptos para la Suspensión Condicional del Procedimiento e ingreso al programa, para luego informarle al fiscal y al defensor su diagnóstico. Deben reunirse y evaluar periódicamente a los usuarios, además, mensualmente recibirán información del Centro de Rehabilitación sobre los sujetos derivados por el tribunal y todo este conglomerado de datos debe ser entregado de forma clara al juez e intervinientes. Incluso, durante las preaudiencias, puede sugerir el cómo actuar al equipo jurídico, frente a los buenos o malos resultados que ha tenido el imputado durante el proceso.

Si el imputado se ausentara o abandonara el tratamiento, el tribunal tomará conocimiento de lo ocurrido de forma ágil, a través de lo que informe la dupla. En el caso de incumplimiento de la condición impuesta debería provocar que se revocara, no obstante, el equipo psicosocial está encargado de la fase de rescate, que consiste en una intervención destinada a que el sujeto regrese voluntariamente al tratamiento de rehabilitación.

Rol del centro de tratamiento.

Esta es la unidad que brinda tratamiento integral a las personas con consumo problemático de drogas, que además tienen conductas delictivas. “Es fundamental que los actores judiciales y de salud sean capaces de trabajar en equipo, ya que, en esta alianza, se vuelven agentes rehabilitadores que comparten en lenguaje común, buscando la rehabilitación de la persona y esperando que no vuelva al consumo de

drogas y, al mismo tiempo, que no reincida en actos delictuales”⁷³. Entre sus funciones están⁷⁴:

1. Realizar confirmación diagnóstica en caso de que no se cuente con médico especialista.
2. Elaborar e implementar un plan de tratamiento individual a los usuarios que lleguen derivados por el programa de Tribunal de Tratamiento de Drogas.
3. Realizar actividades de rescate y visitas domiciliarias, cuando el usuario no asista al tratamiento.
4. Mantener coordinación permanente con la dupla psicosocial.
5. Coordinar con las duplas psicosociales los cupos disponibles para el programa de Tribunal de Tratamiento de Drogas.
6. Elaborar informes mensuales para las reuniones de preaudiencia y enviarlos con cinco días de anticipación a esta reunión a la dupla psicosocial.
7. De ser necesario, para favorecer el proceso del usuario, el centro de tratamiento podrá participar de las audiencias de seguimiento.

V. *Proceso*

Durante el modelo de Tribunal de Tratamiento de Drogas, encontramos una serie de etapas que son indispensables y que a continuación revisaré:

Ingreso del caso:

Implica el levantamiento de casos, a través de una encuesta de sospecha de consumo problemático de drogas. Se debe velar en todo momento por la voluntariedad del usuario. Esta etapa se divide en:

1. **Pesquisa diagnóstica:** Comienza con el filtro que realiza el Ministerio Público durante la tramitación de la causa, quienes efectúan un análisis jurídico para determinar cuáles imputados pueden acceder a la Suspensión Condicional del Procedimiento. Esta lista le llega diariamente a Defensoría,

⁷³ Rol de los centros de tratamiento para consumidores problemáticos de drogas en el Modelo de Tribunales de Tratamiento de Drogas, Paola Sanfuentes.

⁷⁴ Manual de Procedimientos sobre Programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol en Población Adulta, Paz Ciudadana. 2017.

Gendarmería, al administrador de casos y a la dupla psicosocial. Luego de eso, Gendarmería traslada a los imputados a la Zona de Seguridad y Tránsito o en los calabozos para encontrarse con el equipo psicosocial, momento en que los profesionales le realizan al acusado una serie de preguntas para determinar su consumo problemático de droga en los últimos 12 meses. Cabe destacar que este cuestionario sólo se desarrollara una vez que el defensor se haya entrevistado con su cliente e informado sobre este procedimiento, para que éste acepte de forma voluntaria.

Si el diagnóstico es positivo y existe voluntariedad del candidato, se le informa al defensor y al fiscal, para que este último solicite la Suspensión Condicional del Procedimiento, la que será decretada por el juez, fijando una primera entrevista de evaluación.

Esta etapa se puede desarrollar previo a la audiencia de control de detención o durante la investigación.

2. **Evaluación diagnóstica**: Es una segunda entrevista que realiza la dupla psicosocial, la cual consiste en una evaluación más profunda con el imputado. Permite confirmar la sospecha de consumo problemático, lo que permite profundizar sobre estas temáticas, atendiendo también el contexto familiar. En este momento, a través de una serie de preguntas, se logra identificar el nivel de riesgo de consumo de alcohol y drogas, diferenciado por sustancias. La puntuación obtenida permite clasificar a los candidatos según nivel de riesgo bajo, intermedio o alto. Además, se busca favorecer la motivación de la persona por ingresar al tratamiento.
3. **Confirmación Diagnóstica y derivación**: Este es el ingreso de los candidatos al programa de Tribunal de Tratamiento de Drogas, derivándolo a un proceso clínico particular que el sujeto requiere. Esta etapa del proceso se inicia descartando una posible patología dual por parte de un psiquiatra.
4. **Derivación a tratamiento**: Cuando el participante tiene diagnosticado un consumo problemático de drogas, acepta voluntariamente entrar al programa y se ha descartado la existencia de patología dual, se procede a la derivación al centro de tratamiento más cercano a su domicilio.

Audiencias.

Para los Tribunales de Tratamiento de Drogas, se utilizan audiencias mensuales del tribunal correspondiente, los cuales cuentan con un día y hora específico dentro de la carga de trabajo cotidiano del tribunal. Durante el programa se dan 4 tipos de audiencias:

1. **Ingreso a tratamiento e informe:** Una vez confirmado el ingreso de la persona al centro de tratamiento, se procede a agendar las audiencias correspondientes al bloque de Tribunal de Tratamiento de Droga con una semana de anticipación. Deben estar el participante, juez, fiscal, dupla psicosocial, defensor, coordinador.
2. **Reunión de coordinación o reunión pre-audiencia:** Son previos al bloque de audiencia y sólo participa el equipo jurídico estable y la dupla psicosocial. Se revisa cada uno de los casos a partir de la información obtenido por el equipo psicosocial y del informe enviado por el centro de tratamiento. Aquí se determina qué decir, cómo actuar y qué hacer durante la audiencia con cada uno de los usuarios dependiendo de sus avances o retrocesos.
3. **Audiencias de seguimiento:** Tienen por objetivo hacer el seguimiento de los casos, revisando el estado de avance mensual. Además, en estas audiencias el juez puede dialogar con el participante y a su vez, el usuario cuenta con el espacio de tiempo suficiente para narrar su experiencia, dificultades y logros durante el proceso de rehabilitación. Durante estas reuniones se adoptan compromisos, principalmente el imputado, que debe cumplir durante los próximos días. También es en este espacio en que se modifican las condiciones o se revoca la Suspensión Condicional del Procedimiento.
4. **Audiencia de egreso:** Al finalizar el plazo temporal del tratamiento, habiéndose cumplido el plazo decretado para la Suspensión Condicional del Procedimiento y la fase de seguimiento, y siempre que el imputado haya logrado los objetivos terapéuticos planteados, el usuario será sobreseído en forma definitiva. En estas audiencias, además de los participantes que

siempre estuvieron presentes, se incluye a los familiares y se le hace entrega de un diploma.

Durante estas reuniones es trascendente la relación que forje el juez con el usuario, quienes deben dialogar libremente. “La audiencia es interactiva y, según sea necesario, el magistrado realiza consultas a su red de apoyo presente. La supervisión es un elemento clave en la adherencia al tratamiento y en el proceso de cambio en el candidato”⁷⁵.

Rescate.

Puede ocurrir que durante el proceso el imputado no se presente a las citaciones y/o incumpla las condiciones impuestas. En estos casos la dupla psicosocial o los profesionales del centro de tratamiento, deberán velar para que el usuario reanude el tratamiento y el seguimiento judicial.

Durante los 15 años de existencia de los Tribunales de Tratamiento de Droga en Chile, podemos concluir que los resultados son positivos, ya que ha significado una reducción de la reincidencia en adultos. Los imputados sin tratamiento vuelven a cometer un delito similar en un 70% de las veces, en cambio los que entran al programa solo alcanza un 9%⁷⁶.

C. Tribunales de Tratamiento de Drogas para jóvenes infractores de ley

La relación entre delito y consumo de drogas en los jóvenes adquiere una relevancia especial, ya que si bien diversos estudios de Senda indican una reducción de consumo de estupefacientes en escolares, por ejemplo el empleo de cocaína descendió de un 4,2% el 2015 a un 3% el 2017⁷⁷, cerca del 70% de las infracciones

⁷⁵ Revista Jurídica del Ministerio Público, N°50. 2012.

⁷⁶ Datos sacados de la noticia: Senda: Reincidencia de quienes se someten a Tribunales de Tratamiento de Drogas llega a 9%, La Tercera. 2018. Ver: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/send-reincidencia-quienes-se-someten-tribunales-tratamiento-drogas-llega-9/69093/>

⁷⁷ Información obtenida del Décimo Segundo Estudio Nacional de Drogas en Población Escolar de Chile, 2017. Observatorio Chileno de Drogas. Senda.

cometidos por adolescentes están relacionados con el consumo problemático de drogas y alcohol⁷⁸.

La nueva Ley 20.084, permite el desarrollo de nuevos programas que buscan intervenir en los factores del consumo problemático. No debemos olvidar que el fin último de esta nueva ley es lograr la reinserción social de los jóvenes infractores, lo que sólo se podría conseguir con la implementación y desarrollo de programas como el Tribunal de Tratamiento de Drogas. Incluso el artículo 7 de la citada ley señala la obligación de derivar al adolescente condenado a un tratamiento de rehabilitación por adicción a estupefacientes.

En Chile, a diferencia de otros países como en Estados Unidos o Inglaterra donde existen los Youth Courts, no tenemos tribunales exclusivos que conozcan las causas en que los imputados son menores de edad, incluso el Ministerio Público no tiene un área especialista en RPA como sí lo tiene la Defensoría. Esto significa que resulta fundamental que haya equipos especializados y capacitados para tratar a menores.

En los casos de los jóvenes también debemos aplicar la Suspensión Condicional del Procedimiento establecido en el artículo 41 de la Ley 20.084 para poder optar al Tribunal de Tratamiento de Drogas, pero aquí debemos hacer algunas salvedades. La regla del artículo 21 de la misma normativa, señala que para la determinación de la extensión de las penas “el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstos en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69”. Esto significa, que la Suspensión Condicional del Procedimiento puede aplicarse a más delitos que en los casos de los adultos incluso en robo a lugar no habitado.

Aunque el modelo para jóvenes se basa en el de adulta, existen diferencias en cuanto a la implementación y aplicación. Una de ellas es que las evaluaciones se deben realizar en forma más temprana, tan pronto el adolescente toma contacto con

⁷⁸ Dato sacado desde nota: Consumo de drogas y delincuencia juvenil, Diario de Concepción. Ver: <https://www.diarioconcepcion.cl/editorial/2017/04/15/consumo-de-drogas-y-delincuencia-juvenil.html>

el sistema. Otro contraste es que aquí la participación de la familia del imputado cobra mayor énfasis y se requiere de una coordinación más estrecha entre el tribunal, la familia, la escuela y el Centro de Tratamiento, esto es un factor crucial.

El desarrollo de los Tribunales de Tratamiento de Droga en distintos países, permitió identificar factores que ayudaron a alcanzar el éxito en dichas experiencias⁷⁹, estos son:

1. Características personales y familiares del joven.
2. Variables legales, tratamiento de las reincidencia y recaídas: el éxito del tratamiento depende de ciertas variables como las características del delito cometido, aprehensiones o contactos previos con el sistema y la definición de una política consensuada por los actores y conocida por el joven ante las recaídas y posibles reincidencias.
3. Adecuación de la oferta de tratamiento con la problemática de consumo que presente el joven
4. Coordinación de las redes sociales en las que el joven se desenvuelve, sobre todo con la escuela o colegio.

En países como Estados Unidos, en donde los Tribunales de Tratamiento de Drogas para jóvenes han tenido rotundo éxito y ha sido en parte por el apoyo que le ha brindado el núcleo cercano al adolescente. De esta manera la Justicia Terapéutica ha significado una ayuda revitalizada a un sistema de justicia tradicional que permite accionar de forma más especializada, logrando la adhesión a tratamientos y la interrupción de carreras delictivas iniciadas precozmente.

⁷⁹ Tribunales de Tratamiento de Drogas para Jóvenes, Francisca Werth W.

Conclusiones

La Justicia Restaurativa es un nuevo modelo en el que las personas afectadas directamente por un delito o infracción, logran mediante un proceso de carácter no punitivo, reparativo y deliberativo, alcanzar la solución de conflicto y la restauración de las relaciones sociales quebrantadas por la comisión del hecho ilícito, de una forma distinta que la que ofrece el sistema penal tradicional; tomando en cuenta las condiciones tanto de la víctima como del victimario. **El enfoque restaurativo entiende el delito como un acto contra la persona y las relaciones humanas, mientras que la legislación sólo lo concibe como una infracción a la norma.** Por otra parte, las prácticas restaurativas promueven que, al ofendido, el ofensor y la comunidad recuperen la capacidad de gestionar y remediar sus problemas. Con esto se supera la idea en que el Estado concentra el monopolio de determinar, declarar e imponer el derecho. También la Justicia Restaurativa adecua la respuesta al conflicto considerando su particularidad, donde el castigo no es la principal respuesta al crimen.

Con la Justicia Restaurativa se pueden conformar prácticas donde la víctima y el ofensor pueden dialogar sobre un conflicto y sus consecuencias para tener una comprensión distinta de los acontecimientos, encontrar respuestas y buscar soluciones bilaterales. Las personas, al participar en estas prácticas, comienzan un proceso que modifica sus conceptos individualistas de culpa y libertad. Los participantes en estos procesos tienen la oportunidad de reinventar su subjetividad asumiéndose como seres humanos autónomos, pero interconectados.

La aplicación de la Justicia Restaurativa en Chile, ha demostrado ser una importante herramienta para la resolución de conflictos, como un completamente compatible con el sistema tradicional de justicia. Al momento de aplicarlo dentro de los límites de la ley de responsabilidad adolescente, es donde encontramos restricciones que hacen incompatible su aplicación con lo que se señala en el mensaje del proyecto de la normativa que buscaba que los jóvenes fueran protegidos en su desarrollo e

inserción social y para ello mejorar la conducta del menor infractor, no sancionándolo con severidad. Para poder realizar una mediación penal en adolescentes se requiere que el menor no haya cometido un delito en que haya existido agresión o exista presencia de armas, aun cuando sea la primera infracción del imputado, lo que frena, en cierta medida, lo solicitado por la ley 20.084.

La Justicia Terapéutica, surgió con el propósito de humanizar la ley, sirviendo como una aproximación filosófica-moral que cuestiona la dicotomía justicia-bien vivir al poner en entredicho la idea paradigmática de que la justicia no tiene como objetivo conseguir el bienestar de las personas y sus estados emocionales. Este mismo marco ético cuestiona la normatividad de los roles que participan normalmente en los juicios, lo que permite, a la postre, tener audiencias completamente distintas a las acostumbradas en donde existe mayor cercanía entre los intervinientes y una empatía hacia el infractor, generando mejores resultados de reinserción.

En relación al consumo problemático de drogas y/o alcohol, el modelo de la psicología positiva ha significado una revolución en el entendimiento científico del fenómeno y no puede, por tanto, obviarse a la hora de la construcción de los programas y objetivos de los Tribunales de Tratamiento de Drogas en nuestro país. Este nuevo paradigma explica por qué es importante abocarse a aspectos del individuo distinto del uso problemático, señalando la necesidad de ampliar el escueto criterio tradicional enfocado a la mera abstinencia, entendiendo que lo opuesto a la adicción es la conexión con otros individuos, la autonomía, el bienestar. El sistema jurídico, como plantea la Justicia Terapéutica, puede y debe constituirse en un esfuerzo multidisciplinario en el cual psicología y derecho cooperan para mejorar el bienestar de los individuos en quienes incide, al menos si nos planteamos seriamente que el derecho, como sistema, puede y debe actuar como catalizador de cambios sociales relevantes.

La Justicia Terapéutica ha tenido buenos resultados, pero no se le ha otorgado el ámbito de aplicación suficiente para que pueda desarrollarse ante diferentes delitos, es ideal que, principalmente en lo relativo a la responsabilidad penal adolescente,

se pueda implementar los Tribunales de Tratamiento de Drogas en delitos de mayor gravedad de los que hoy se cuentan.

A través de este trabajo podemos observar que nuestro sistema legal es el gran esqueleto que sostiene, guía y administra la justicia en Chile, labor que trata de hacer de la mejor manera dentro de sus capacidades, pero que necesita de herramientas como la Justicia Terapéutica o Restaurativa, para adquirir más forma o cuerpo y así desarrollar labores más específicas y especializadas que cumplan con objetivos que son más difíciles de alcanzar como es ayudar de manera más integral a la víctima o reinsertar al imputado a la sociedad.

Bibliografía

Alvarellos, Andrés: “Justicia Restaurativa y Procedimientos de Resolución Alternativa de Conflictos”.

Angelou, Maya (2018): “Yo sé por qué canta el pájaro enjaulado”, Libros del Asteroide.

Baruch Bush, Robert A. y Folger, Joseph P. (2004): “The promise of mediation: The transformative approach to conflict”. New and Revised Edition.

Bazemore, Gordon y Walgrave, Lode (1999): “Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime”. Criminal Justice Press.

Beristain, Antonio (1990): “La victimología creadora de nuevos Derechos Humanos”

Bright, Christopher. “Mediación entre víctima y delincuente”. Disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/practices/mediation>. Revisado por última vez el 24 de febrero del 2019.

Christie, Nils (1976): “Los conflictos como pertenencia”. Revisado en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doctrina44215.pdf>

Colegio oficial de psicólogos de Madrid (2010): “Anuario de Psicología Jurídica”.

Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (2013): “Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una respuesta internacional para infractores dependientes de drogas”.

Conace (2005): “Modelo de Intervención en Personas con Consumo Problemático de Sustancias Psicoactivas, Recluidas en los Establecimientos Penitenciarios Chilenos”. Ver:

<http://sistemas.senda.gob.cl/sistema-monitoreo/biblioteca/files/Documentos/ESTRATEGIAS%20NORMAS%20ORIENTACIONES/1%20Orientaciones%20y%20Normas/Nacional/Senda/Modelo%20de%20intervenci%C3%B3n%20de%20personas%20recluidas%20en%20establecimientos%20penitenciarios%20VOL%201.pdf>

Constitución Política de la República, Editorial Jurídica, 2019.

Cotterrell, Roger (2007): “The Sociology of Law”. Oxford University Press.

Cullen, Francis (2005): "The twelve people who saved rehabilitation: how the science of criminology made a difference".

Díaz, Alejandra (2004): "Justicia Restaurativa: Concepto y modelos prácticos", Boletín jurídico del Ministerio de Justicia, año 3, N°6, p. 15-29.

Díaz G., Alejandra y Navarro P., Iván (2015): "Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia restaurativa en Chile". Ministerio de Justicia.

Eiras Nordentahl, Ulf Christian (2005): "Mediación penal de la práctica a la teoría" Librería Histórica.

Eglash, Albert (1958): "Creative Restitution: Some Suggestions for Prison Rehabilitation Programs". American Journal of Correction.

Epidemiology and Psychiatric Sciences (2015): "Prevalencia de trastornos mentales en el ingreso al sistema de justicia penal en países emergentes: un estudio desde Chile". Cambridge University Press. Revisar en: <https://www.cambridge.org/core/journals/epidemiology-and-psychiatric-sciences/article/prevalence-of-mental-disorders-at-admission-to-the-penal-justice-system-in-emerging-countries-a-study-from-chile/374F255F7A1FCC28DAF8057A607A4BFB>

Fernández, Pedro L., Ladero, Leza, Juan C., Lizasoain, Ignacio (2009): "Drogodependencias: Farmacología. Patología. Psicología. Legislación". Editorial Médica Panamericana.

Fundación Paz Ciudadana: "Justicia Terapéutica: El juez como agente de cambio". Descargar en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/justicia-terapeutica-el-juez-como-agente-de-cambio/>

Fundación Paz Ciudadana (2017): "Manual de Procedimientos sobre Programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol en Población Adulta".

Fundación Paz Ciudadana (2010): "Reincidencia 101: Evaluando el impacto en su Tribunal de Tratamiento de Drogas" Ver en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/conceptos-n-16-reincidencia-101-evaluando-el-impacto-en-su-tribunal-de-tratamiento-de-drogas/>

Fundación Paz Ciudadana (2011): “Estudio de Estimación del Presupuesto General para la Implementación del Programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas a Nivel Nacional, Tanto para Población Adolescente como Adulta”. Revisar en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-de-estimacion-del-presupuesto-general-para-la-implementacion-del-programa-de-tribunal-de-tratamiento-de-drogas-a-nivel-nacional-tanto-para-poblacion-adolescente-como-adulta/>

Fundación Paz Ciudadana y Senda (2012): “Consumo de drogas en detenidos: Estudio I-ADAM 2012”. Revisar en: <http://www.senda.gob.cl/wp-content/uploads/media/estudios/otrosSENASA/Consumo%20Drogas%20en%20Detenidos%202012.pdf>

Haney, Craig (2002): “Making law modern: Toward a contextual model of justice”. Psychology, Public Policy, & Law.

Horvitz L., María Inés y López M., Julián (2003): “Derecho Procesal Penal Chileno”. Editorial Jurídica.

Instituto Nacional de Estadística: “XV Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana”. Lámina 23. Disponible en: <https://www.ine.cl/docs/default-source/sociales/seguridad-ciudadana/2018/metodologia/sintesis-de-resultados-xv-enusc-2018.pdf>

Jaccoud, Maylene (2013): “Ponencia sobre justicia restaurativa, en Conclusiones Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia”, Revista de Derecho p. 109.

Marshall, Tony (1999): “Restorative Justice. An Overview, Tony Marshall”. Home Office.

Maxwell, Gabrielle (2006): Justicia restaurativa para los jóvenes en Nueva Zelanda: Lecciones obtenidas a partir de investigaciones realizadas. Palabras durante la conferencia internacional de Belfast sobre conferencias restaurativas.

Mensaje del Código Procesal Penal (1995).

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social (2002): “Justicia Restaurativa: Informe del Secretario General”. Revisar: <https://es.slideshare.net/lancadiz/naciones-unidas-justicia-restaurativa>

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social (2002): "Reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad" "Percepción del Servicio de la Defensoría Penal Pública" del Centro UC Encuestas y Estudios Longitudinales. Disponible en: <http://www.encuestas.uc.cl/Documentos/Publicos/Archivos/InformeDPP.pdf>. Pp 31.

Revisado por última vez el 16 de septiembre del 2019.

National Institute of Mental Health: "Trastorno por Estrés Postraumático". Disponible en: <https://www.nimh.nih.gov/health/publications/espanol/trastorno-por-estres-postraumatico/index.shtml>

Ramírez, Angélica. "La justicia restaurativa: origen, concepto y mecanismo alternativos de solución de conflicto". Disponible en: http://focorojomx.blogspot.com/2015/09/la-justicia-restaurativa-origen_26.html.

Revisado por última vez 12 de septiembre 2019.

Raynor, Peter y Robinson, Gwen (2005): "Rehabilitation, crime and justice". Palgrave Macmillan.

Rebolledo Latorre, Lorena: "El rol del Fiscal en los Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile". Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile, material educativo pp. 88.

Rebolledo Latorre, Lorena (2012): "Visión prospectiva en los tribunales de tratamiento de drogas". Revista Jurídica del Ministerio Público. N° 50. Marzo 2012.

Sáez, Jorge (2004): "El Rol del Juez en los Tribunales de Tratamiento de Drogas". Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile, material educativo pp. 83.

Sanfuentes, Paola: "Rol de los centros de tratamiento para consumidores problemáticos de drogas en el Modelo de Tribunales de Tratamiento de Drogas". Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile, material educativo pp. 122.

Senda (2017): "Décimo Segundo Estudio Nacional de Drogas en Población Escolar de Chile". Observatorio Chileno de Drogas.

Sobral, Jorge y Prieto, Ángel (1994): "Psicología y Ley: Un examen de las decisiones judiciales". Editorial Eudema.

Soto Muñoz, Helena (2013): "Justicia restaurativa en Europa: sus orígenes, evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 Sobre los Derechos, Apoyo y

Protección de las Víctimas de Delitos”, Acesso À Justiça, Jurisdição (in)eficaz e Medicação pp. 115 – 152.

The National Association of Drug Court Professionals (1997): “Defining Drug Courts: The Key Components”. Drug Courts Resource Series.

Tsukame, Alejandro (2013): “Reinserción Social”.

Umbreit, Mark S. (1995): “Mediating interpersonal conflicts: A pathway to peace”. CPI.

Unicef: “Prevención del consumo problemático de drogas”. Revisar en: http://files.unicef.org/argentina/spanish/Edu_ModulosESI.pdf

Varios autores, coordinado por Díaz, Miguel Clemente (1998): “Fundamentos de la Psicología Jurídica”.

Villagra, Carolina (2008): “Hacia una Política Postpenitenciara en Chile”. Ril Editores. Revisado por última vez el 23 de septiembre 2019 en:

<https://www.cesc.uchile.cl/9789562846530%20-%20Villagra,%20Carolina%20-%202009%20-%20Hacia%20una%20pol%C3%ADtica%20postpenitenciaria%20en%20Chile%20Bajar.pdf>

Ward, Tony y Maruna, Shadd (2007): “Rehabilitation”. Routledge.

Werth, Francisca: “Tribunales de Tratamiento de Drogas para Jóvenes”. Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile, material educativo pp. 155.

Wexler, David (2014): “Justicia Terapéutica: Una visión general”. Documento de discusión de estudios legales de Arizona.

Winick, Bruce (2003): “La Justicia Terapéutica y Los Juzgados de Resolución de Conflictos”.

Zimbardo, Philip (2007): “El efecto Lucifer”.

Definiciones:

“Diagnóstico dual”, en línea. Informe anual 2004: El Problema de la Drogodependencia en la Unión Europea y en Noruega. Revisar en: <http://ar2004.emcdda.europa.eu/es/page119-es.html>

“Justicia”, en línea, Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=MelAa7r>. Revisado por última vez el 12 de septiembre 2019.

“Victimización secundaria”, definición de Albertín C., Pilar: “Psicología Criminal”, Soria V., Miguel Ángel y Sáiz R., Dolores.

Transcripciones:

Chapman, Tim. Escuela de Trabajo Social UC. Revisar link: <https://www.facebook.com/trabajosocialuc/videos/1932944520144133/>

Espinosa, Pamela. Escuela de Trabajo Social UC. Revisar link: <https://www.facebook.com/trabajosocialuc/videos/308785659821396/>

Noticias:

Aysén: Firman protocolo de acuerdo sobre Tribunales de Tratamiento de Drogas y Alcohol. Revisado última vez el 30 de mayo del 2019 en: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/noticias_det.do?noticiald=15388

Consumo de drogas y delincuencia juvenil. Revisado última vez el 23 de septiembre del 2019 en: <https://www.diarioconcepcion.cl/editorial/2017/04/15/consumo-de-drogas-y-delincuencia-juvenil.html>

Director de SENDA destaca positivos resultados del trabajo intersectorial en aniversario de Tribunales de Tratamiento de Drogas. Revisado última vez el 23 de septiembre del 2019 en: <http://www.senda.gob.cl/director-de-senda-destaca-positivos-resultados-del-trabajo-intersectorial-en-aniversario-de-tribunales-de-tratamiento-de-drogas/>

Informe de Justicia: Más de \$700 mil al mes cuesta mantener a un preso. Revisado última vez el 30 de mayo del 2019 en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/12/27/888874/Mas-de-700-mil-al-mes-cuesta-mantener-un-presos.html>

Reincidencia de quienes se someten a Tribunales de Tratamiento de Drogas llega a 9%. Revisado última vez el 23 de septiembre del 2019 en:

<https://www.latercera.com/nacional/noticia/send-reincidencia-quienes-se-someten-tribunales-tratamiento-drogas-llega-9/69093/>