



**Universidad Autónoma de Chiapas
Instituto de Investigaciones Jurídicas**



División de Investigación y Posgrado

***“JUSTICIA RESTAURATIVA
Su injerencia en el proceso penal.”***

**Tesis que para obtener el grado de
Doctor en Derecho**

Presenta

Nimrod Mihael Champo Sánchez

Director de Tesis

Dr. Carlos F. Natarén Nandayapa

Ocozocoautla de Espinosa, Chiapas, México; 2017.



Universidad Autónoma de Chiapas

Instituto de Investigaciones Jurídicas



Dirección General
Ocozocoautla de Espinosa, Chips.
17 de febrero de 2017

ASUNTO: Liberación de Tesis de Doctorado.

DR. MARCO ANTONIO BESARES ESCOBAR
COORDINADOR DE INVESTIGACIÓN
Y POSGRADO DEL I.I.J.
Presente

En calidad de Director de Tesis de Doctorado denominada "**JUSTICIA RESTAURATIVA. Su injerencia en el proceso penal.**" La cual presenta el alumno doctorante **Mtro. Nimrod Mihael Champo Sánchez** con número de Matrícula **13035024** del Doctorado en Derecho.

Por este conducto me permito comunicar a usted la liberación de la tesis, la cual cumple con la metodología de investigación y rigor científico de los objetivos desarrollados.

Sin más por el momento, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

Atentamente
"Por la conciencia de la necesidad de servir"

DIRECTOR DE TESIS
Dr. Carlos F. Nataren Nandayapa

C.c.p. Mtro. Edgar Lara Morales. Secretario Académico.

Expediente / Minutario

A.J.G.M.

CON CARIÑO Y AFECTO DEDICO ESTA TESIS A:

Dios...

Mis padres.

Miguel Champo Lázaro (q. e. p. d.)

Guadalupe Sánchez de Ch.

Por todo su amor y sacrificios,

pero en especial a mi madre por

todo su apoyo y ser siempre mi guía.

Mis hermanos.

*Especialmente a Toño por ser un
luchador incansable del cual sigo
aprendiendo*

*Mis sobrinos Stefania y
Miguel.*

*Por recordarme la alegría
y sencillez de la vida.*

*Dr. Rafael Márquez Piñero.
Porque hasta hoy es,
y seguirá siendo, mi mentor.*

*A Lidia Serrano.
Por siempre contar con su apoyo,
cariño y amistad, a pesar de mi carácter.*

*Dr. Carlos Natarén.
Por su apoyo, confianza y amistad*

*A Liliana.
Por devolverme la ilusión y
la alegría, darme todo su
amor y apoyo sin esperar
nada a cambio.*

*A todos aquellos quienes han contribuido
para que este sueño se hiciera realidad.*

*A la UNACH y al
Instituto de Investigaciones Jurídicas.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE

1.1.- POLÍTICA CRIMINAL	2
1.1.1.- Las políticas públicas. Concepto y fines.....	2
1.1.1.1.- Identificación del problema.....	7
1.1.1.2.- Objetivos y actores.....	8
1.1.1.3.- Identificación de alternativas.....	10
1.1.1.4.- Las modificaciones al marco jurídico.....	11
1.1.1.5.- Costos y recursos asociados a la política.....	13
1.1.1.6.- Acciones de implementación y responsabilidades.....	15
1.1.1.7.- Seguimiento y evaluación.....	16
1.1.2.- La política criminal como parte de las políticas públicas.....	17
1.1.2.1.- Evolución.....	20
1.1.2.2.- Fases.....	22
1.1.2.3.- Política Criminal y la coerción penal.....	23
1.2.- LA CULPABILIDAD COMO JUICIO DE REPROCHE SOCIAL Y FUNDAMENTO DE LA PENA.....	27
1.2.1.- Teoría psicologista.....	28
1.2.2.- Teoría normativa.....	32
1.2.3.- Hans Welzel y la teoría de la acción finalista.....	36

1.2.4.- La escuela finalista.....	40
1.2.5.- El modelo racional final, culpabilidad y política criminal.....	41
1.3.- LAS TEORIAS DE LA PENA	48
1.3.1.- Teorías absolutas o retribucionistas.....	51
1.3.1.1.- Fundamentación religiosa.....	52
1.3.1.2.- Fundamentación ética.....	53
1.3.1.3.- Fundamentación jurídica.....	55
1.3.1.4.- Críticas a la teoría retributiva.....	55
1.3.2.- Teorías relativas o preventivas.....	56
1.3.2.1.- Teoría de la conservación del pacto social.....	57
1.3.2.2.- Teoría de la prevención especial.....	58
1.3.2.3.- Teoría de la prevención general.....	62
1.3.2.4.- Críticas a las teorías relativas.....	65
1.3.3.- Teorías mixtas.....	66
1.3.3.1.- La teoría retributivo-preventivo.....	67
1.3.3.2.- La teoría diferenciadora.....	67
1.3.3.3.- La teoría dialéctica de la unión o unificadora.....	69
1.3.3.4.- La teoría modificadora de la unión.....	70
1.3.3.5.- Críticas a las teorías mixtas.....	70
1.3.4.- Roxín y el proyecto alternativo (la tercera vía) como fundamento de la Justicia Restaurativa y la Mediación Penal....	71
1.3.4.1.- La reparación en el Derecho civil y penal.....	71
1.3.4.2.- La reparación y los fines de la pena.....	73
1.3.4.3.- La reparación y Derecho penal.....	75
1.3.4.4.- La reparación y los momentos procesales.....	78

1.3.5.- Toma de postura con respecto a la mediación penal.....	80
--	----

SEGUNDA PARTE

2.1.- ORIGEN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	83
2.1.1.- La antigüedad.....	83
2.1.2.- El actual movimiento.....	86
2.2.- EL CONFLICTO.....	90
2.2.1.- Aproximación al conflicto.....	92
2.2.2.- Dinámica o proceso del conflicto.....	103
2.2.3.- Respuesta al conflicto.....	105
2.2.4.- Métodos de resolución del conflicto.....	108
2.3.- MEDIACIÓN.....	113
2.3.1.- Concepto.....	113
2.3.2.- Principios y características de la mediación.....	117
2.4.- MODELOS DE MEDIACIÓN.....	122
2.4.1.- Modelo tradicional lineal de Fisher y Ury (Harvard).....	123
2.4.2.- Modelo transformativo de Busch y Folger.....	125
2.4.3.- Modelo circular narrativo de Sara Cobb.....	128
2.4.4.- Modelo estratégico.....	129
2.4.5.- Otras clasificaciones.....	131

VII

2.5.- FASES.....	133
2.5.1.- Premediación.....	134
2.5.2.- Mediación (<i>stricto sensu</i>)	135
2.5.2.1.- Investigación.....	135
2.5.2.2.- Agenda.....	138
2.5.2.3.- Creación de opciones.....	140
2.5.2.4.- El acuerdo.....	141
2.5.3.- Postmediación.....	143
2.5.4.- Medidas de aseguramiento (fase eventual)	144
2.5.5.- En resumen.....	144
2.6.- EL MEDIADOR.....	146
2.6.1.- Perfil.....	146
2.6.2.- Formación.....	150
2.6.3.- Características.....	152
2.6.4.- Técnicas.....	154
2.6.4.1.- La escucha activa.....	154
2.6.4.2.- Los tipos de preguntas.....	156
2.6.4.3.- El reencuadre.....	157
2.6.4.4.- La recontextualización.....	159
2.6.4.5.- La paráfrasis.....	159
2.6.4.6.- El Resumen.....	159
2.6.4.7.- El Caucus.....	160

VIII

2.7.- EFECTOS.....	161
--------------------	-----

TERCERA PARTE

3.1.- ESTADO DEL ARTE DEL <i>IUS PUNIENDI</i>	165
3.1.1.- De lo privado a la institucionalización.....	168
3.1.2.- De la edad media a la moderna.....	172
3.1.3.- Humanización del ius puniendi.....	173
3.1.4.- El ius puniendi contemporáneo.....	176
3.1.5.- Abolicionismo y minimalismo penal (despenalizar)	181
3.1.6.- El Garantismo.....	185
3.1.7.- El <i>ius puniendi</i> que necesitamos.....	187
3.2.- JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL.....	191
3.2.1.- Los primeros pasos.....	191
3.2.2.- Justicia Restaurativa.....	196
3.2.3.- Los Medios Alternativos en el Derecho Internacional.....	207
3.2.4.- Cuándo es alternativa la Justicia Restaurativa.....	211
3.2.5.- El conflicto penal.....	212
3.2.6.- Modelos de Justicia Restaurativa.....	216
3.2.6.1- Según los participantes.	216
3.2.6.2- Según la sede.....	218
3.2.6.3- Por las consecuencias procesales.....	218
3.2.6.4- Otras clasificaciones.....	219

3.2.7.- Mediación penal.....	221
3.2.7.1- Modelos de mediación penal.....	224
3.2.7.2- Características.....	226
3.2.7.3- Diferencias con la mediación civil.....	229
3.2.7.- Fases de la mediación penal.....	231
3.2.7.1.- Premediación.....	231
3.2.7.2.- El encuentro.....	233
3.2.7.3.- El acuerdo.....	234
3.2.7.4.- Posmediación o seguimiento.....	236
3.2.8.- La reparación del daño.....	237
3.2.9.- La víctima.....	241
3.2.10.- El facilitador.....	242
3.3.- LOS MECACINISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PROCESO PENAL.....	244
3.3.1.- Oportunidad vs. Legalidad.....	244
3.3.1.1. Principio de oportunidad.....	244
3.3.1.2. Legalidad en el proceso.....	246
3.3.1.3. La adversariedad no es la base de la Justicia Restaurativa.....	248
3.3.2.- JUSTICIA RESTAURATIVA EN MÉXICO.....	250
3.3.2.1. Antecedentes.....	250
3.3.2.2. La reforma del 2008.....	252
3.3.2.3. La mediación en el proceso penal mexicano.....	255
A) Nuevo León.....	255

B) Chihuahua.....	257
C) Oaxaca.....	260
D) Estado de México.....	262
3.3.2.4.- Múltiples y muy diversas legislaciones.....	264
3.3.2.5. Código y Ley Nocial.....	274
A) Código Nacional.....	274
B) Ley Nacional.....	279
C) Toma de postura.....	287
3.3.3.- JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA.....	291
3.3.3.1.- El proceso.....	291
3.3.3.2.- Principios del proceso	293
3.3.3.3.- Marco normativo europeo.....	295
3.3.3.4.- Ley de mediación civil y mercantil.....	299
3.3.3.5.- Mediación penal para adultos.....	300
3.3.3.6.- Toma de postura.....	308
CONCLUSIONES.....	311
FUENTES.....	318
APÉNDICE.....	337

“La mediación penal apela al último paradigma del liberalismo político que el hombre o, mejor aún, los Estados no han destrizado todavía en su totalidad: ¡la fraternidad humana!”

ELISAS NEUMAN

INTRODUCCIÓN

Desde hace unas décadas se habla de la crisis de la actividad punitiva del Estado por diversos motivos como la falta de resultados, el incremento de la violencia y la percepción de inseguridad, la constante violación a los derechos fundamentales – tanto de los imputados como de las víctimas– y, por ende, una falta de legitimidad en el ejercicio del poder público.

Ha habido diversos tipos de respuestas a esa crisis, en distintos niveles y temas, por ejemplo, el desarrollo y auge de la victimología como disciplina científica, una mayor inter y multidisciplinariedad en la procuración y administración de justicia, reformas en materia procesal, implementación de la tecnología en los diversos ámbitos de la justicia y un amplio etc.

Una de esas respuestas es el movimiento social, académico y filosófico de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) y, concretamente en el ámbito penal, la Justicia Restaurativa. Pero para entender esté movimiento y, sobre todo, hacer frente a sus críticas es necesario entender el cómo y porqué se ejerce el instrumento coercitivo al que denominamos *ius puniendi*.

En la PRIMERA PARTE de nuestra investigación analizaremos la manera que se debe alcanzar el mantenimiento del orden público, por vía de garantizar el mínimo de bienestar para los sectores menos favorecidos, dando respuestas a las necesidades de la sociedad civil mediante el análisis, aplicación, examen y seguimiento a las políticas públicas. En este contexto se plantean las siguientes preguntas ¿Es la política criminal –como parte de las políticas públicas– la encargada de buscar el mantenimiento de la coexistencia social? ¿Responde adecuadamente la política criminal actual a las necesidades sociales del momento? ¿Después de la comisión de un delito, solamente se logra el mantenimiento de la coexistencia social mediante lo imposición de una pena?

Para dar respuesta a esas preguntas será necesario exponer, primero el concepto y fines de las políticas públicas, los actores que intervienen en su análisis e implementación, así como los efectos que pueden tener. Respecto a la política criminal, veremos su evolución, fases y su relación con la coerción penal,

XIII

para así poder establecer si la Justicia Restaurativa realmente privatiza y excluye la pretensión punitiva del Estado o forma parte de ella como una herramienta de la política criminal.

Para nadie es un secreto, que uno de los más complicados conceptos del Derecho penal, por su importancia sistemática (parte subjetiva) y sus efectos (juicio de reproche social y principal baremo para la imposición de la pena) es el de la culpabilidad. Mucha tinta y papel se ha usado para explicar la culpabilidad a lo largo de la historia y evolución de la Teoría del Delito, por eso es menester hacer un recorrido por esa evolución del pensamiento hasta llegar hasta la aportación teórica de uno de los más brillantes dogmáticos de nuestros tiempos, Claus Roxin, y en base a su pensamiento, veremos si los objetivos y resultados de la Justicia Restaurativa dejan de lado o son parte de ese juicio de reproche propio de la culpabilidad.

Correlacionado con la política criminal y la culpabilidad, aparecen los fines de la imposición de la pena, ya que una pena tiene como fin la realización del ideal de justicia de la sociedad a través del Estado. Para su comprensión, expondremos las teorías que justifican el uso y aplicación de las penas, sobre todo las privativas de libertad, así como sus críticas. Como veremos, podemos decir que los fines de la pena en un Estado democrático de derecho son la prevención general y la especial, fines que hasta el momento no se alcanzan, siendo la reparación del daño una posible tercera vía para que, en determinados delitos y en determinadas circunstancias, se alcancen dichos fines.

En la SEGUNDA PARTE nos avocaremos a exponer los orígenes de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, tema de vital importancia, ya que se piensa que son herramientas de nueva y reciente creación, siendo lo contrario, que se rescatan de usos, costumbres y prácticas que han estado presentes en la vida del ser humano desde el origen de la humanidad; lo anterior es, porque precisamente los conflictos entre individuos –como partes de un grupo social– siempre se encuentran presentes en la vida de esos individuos.

Veremos que, de la manera de entender y afrontar, los conflictos pueden tener distintos efectos y consecuencias tanto positivas como negativas. La mediación (principal herramienta de los MASC) genera resultados que ayuda a las partes a producir efectos positivos que los sistemas de justicia formales no han podido dar, en otras palabras, los procesos judiciales y sus resoluciones no resuelven conflictos.

No hay un consenso en cuanto la forma de llevar un proceso de mediación, veremos que hay modelos de mediación que son los más reconocidos –y por ende seguidos– los cuales tienen métodos, técnicas y objetivos diferentes. A pesar de lo anterior, nos daremos cuenta que se puede hablar de fases, generales, en que se puede dividir la mediación, con independencia del modelo. Ante la importante labor que realiza el mediador, habremos de analizar el perfil de la persona que realice tal función, así como la formación y capacitación con la que debe contar y las técnicas que usa.

La TERCERA PARTE, y última de este trabajo, está dedicada a la Justicia Restaurativa. Como ya dijimos, la sociedad ha perdido la confianza en la procuración y administración de justicia, particularmente en la materia penal, el intento de respuesta de la Justicia Restaurativa es acercar a toda persona afectada por un evento delictivo y se busque la manera de enmendar dicho daño; recordemos que los procesos penales han apartado a la víctima y se le consideró solamente como una fuente de información para la persecución del delito, que teóricamente sus intereses están representados por el Estado (vía Ministerio Público, Fiscal o Juez de instrucción, según corresponda) pero que es más importante el interés público. Solamente mediante el estado del arte del *ius puniendi* podremos darnos cuenta de cómo llegó la víctima a esa posición.

En seguida, analizaremos la Justicia Restaurativa y los encuentros que genera entre las partes, particularmente los encuentros víctima-victimario (erróneamente llamada mediación penal) como una de sus principales herramientas, diferenciándola sobre todo de la mediación utilizada en ámbitos privados. En la actualidad, cada vez más, las legislaciones penales (sustantivas y

adjetivas) les otorgan efectos a los acuerdos alcanzados productos de un proceso de Justicia Restaurativa, generando críticas y oposiciones a su uso, por oponerse directamente a los principios que rigen el proceso penal; veremos si esas críticas son correctas o no. Por último, haremos una exposición y análisis de cómo se ha implementado la Justicia Restaurativa en México y España.

PRIMERA PARTE

1.1.- POLÍTICA CRIMINAL

1.1.1.- Las políticas públicas. Concepto y fines

A primera vista pudiera pensarse que la formación de las políticas públicas es un objeto de estudio alejado, o incluso fuera del campo del derecho y más cercano a las ciencias políticas y la administración pública; sin embargo, debemos detenernos a pensar en el hecho de que la implementación de toda decisión del aparato estatal, requiere de un instrumento heterónomo, coactivo, abstracto, de aplicación general y creado por un órgano competente para ello, en otras palabras, requiere de una norma jurídica.

La legitimidad del orden político democrático (es decir de los gobernantes) dependerá, en la actualidad, de garantizar el mínimo de bienestar para los sectores sociales menos favorecidos; dar respuesta a las necesidades de la sociedad civil debe ser parte fundamental de la agenda pública.¹

No es tarea fácil definir término política pública; un primer obstáculo, es su origen anglosajón –*public policy*–; el segundo obstáculo al que nos enfrentamos es la semántica tradicional que atribuimos a la palabra política. André- Noël Roth² nos advierte que la palabra política contiene tres significados, que el idioma inglés distingue claramente: el primero, la política como ámbito de gobierno de las

¹ Bazúa, Fernando y Valenti, Giovana. “Hacia un Enfoque Amplio de Política Pública”. en *Políticas Publicas, Revista de Administración Pública*, México, INAP, N° 84, 1993. pp. 28 y 29.

“...si en lugar de asumir de partida una visión estrecha, “gubernista” y “nacionalista” asumimos una conceptualización amplia “estatal” e “internacional” del campo multidisciplinario y profesional de política pública y una visión explícitamente social de su sentido público, que implican irremisiblemente el asumir el indeclinable compromiso ideológico político originario de las ciencias de política con la democracia; es decir, en lugar de asumirnos como “ingenieros gubernamentales” nos asumimos como ingenieros del interés público del ciudadano.

De esta manera estamos preocupados no sólo con los “problemas de gobierno” del gobernante en turno, sino con la dilucidación de las maneras óptimas de tratamiento o resolución de los problemas públicos de nuestra sociedad (los perciba o no el gobernante en turno y convenga o no sus intereses resolverlos), de nuestra civilización y del mundo en su conjunto. Y en lo referente a nuestra sociedad, estaría en primerísimo lugar la disolución de los rasgos autocráticos del sistema político, pues implican que sistemáticamente es imposible la confrontación del interés del público ciudadano en un área de decisiones públicas clave para la vida estatal y el desarrollo: la relativa a las decisiones políticas sobre quien gobierna.”

² Roth Deubel, André- Noël. *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2012, p. 49.

sociedades humanas, *polity* en inglés. El segundo es, la política como actividad de organización y lucha por el control del poder, en inglés *politics*. Y tercero, la política como designación de los propósitos y programas de las actividades públicas, *policy* en lengua inglesa.³

Para efectos de lo que estamos tratando, el significado que utilizaremos es este último. El mismo André Noël Roth, cita a otros autores que hacen referencia al concepto de política pública, comenzando por Hecló y Wilddavsky, quienes señalan que *“una política pública (policy) es una acción gubernamental dirigida hacia el logro de objetivos fuera de ella misma”*; Meny y Thoenig, proponen definir a la política pública como *“la acción de las autoridades públicas en el seno de la sociedad que se transforma en un programa de acción de una autoridad pública”*.⁴

Para Dubnick, la política pública *“está constituida por las acciones gubernamentales –lo que los gobiernos dicen y hacen con relación a un problema o una controversia (issue) –”*. Hogwood por su parte señala que *“para que una política pueda ser considerada como una política pública, es preciso que en un cierto grado haya sido producida o por lo menos tratada al interior de un marco de procedimientos, de influencias y de organizaciones gubernamentales”*. Por otro lado Muller y Surel señalan que una política pública es aquella que *“designa el proceso por el cual se elaboran y se implementan programas de acción pública, es decir dispositivos político-administrativos coordinados, en principio, alrededor de objetos explícitos.”*⁵

³ Véase, Guerrero, Omar. “Políticas Públicas: Interrogantes”. en *Políticas Públicas, Revista de Administración Pública*, México, INAP, N° 84, 1993. p. 84.

“El padre mismo de las políticas públicas, Harold Lasswell, las imaginó como un medio para mejorar el gobierno, y sin embargo distingue las políticas públicas y las políticas privadas. Según lo expresa, las corporaciones privadas y aún los individuos tienen políticas, es decir Políticas. Si fuera de tal modo, la noción misma habría perdido toda significación, pues como afirmaba Adam Smith hace muchos años, la diferencia en Inglaterra entre Police y la Policy, es que la primera se refería a la administración de la ciudad como congregación cívica, en tanto que la Policy era el arte del gobierno, el conocimiento de reglas, principios y máximas destinadas al buen gobierno.”

⁴ González Tachiquin, Marcelo, “El estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina” en *QUID JURIS*, año 1, Vol. 2, 2005, pp. 99-118.

⁵ *Ídem*.

Según la serie anterior de definiciones vertidas por este conjunto de autores, es posible considerar cuatro elementos principales que permiten ubicar la existencia de una política pública:

1. Implicación de gobierno.
2. Percepción de problemas.
3. Definiciones de objetivos.
4. Proceso.

Precisamente, y a diferencia de una empresa donde las decisiones repercuten al interior, las políticas que llevan a cabo los organismos públicos son expresión de las relaciones y los comportamientos políticos de quienes están involucrados en su realización; es por esto que el objeto de estudio de las políticas públicas es el conjunto de dispositivos conformado por:

- a) Los objetivos colectivos que el Estado considera como deseables o necesarios, incluyendo el proceso de definición y de formación de éstos,
- b) Los medios y acciones procesados, total o parcialmente, por una institución u organización gubernamental y,
- c) Los resultados de estas acciones, incluyendo tanto las consecuencias deseadas como las imprevistas.

El análisis de políticas públicas, consiste en examinar una serie de objetivos, de medios y de acciones definidos por el Estado para transformar parcial o totalmente la sociedad así como sus resultados y efectos. No debemos olvidar que en a cada momento de la formación de políticas públicas interviene, o dejan de hacerlo, individuos, grupos e instituciones políticamente orientadas de diversa manera, pero de su interacción resultan decisiones gubernamentales.⁶

⁶ Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Análisis de Políticas Públicas*, Caracas, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)/Centro de Documentación y Análisis de Información (CEDAI), Serie Temas De Coyuntura En Gestión Pública, 1992, p. 14.

Es necesario también señalar el campo de acción de la política pública, así entonces podemos hablar de política (pública) económica, social, exterior, judicial, etc. De manera tal que cada política pública tiene su campo de intervención, el cual a su vez, puede subdividirse en varias partes, como por ejemplo, la política educativa se subdivide en política universitaria, política de educación media y política de educación básica.⁷

Acercarse teóricamente a las políticas públicas es un esfuerzo complicado, principalmente debido a la diversidad de tratamientos que recibe de los autores que se ocupan de su estudio. Existe una gran importancia de las teorías politológicas que parten de teoremas sobre el poder, el consenso y el conflicto. Ubicar a los sujetos que detentan el poder así como los objetivos que buscan, es uno de los temas principales en la ciencia de la sociología política.

En este contexto, las políticas públicas son vistas como una interacción entre el poder estatal y la ciudadanía en el ejercicio de sus libertades, a manera de exteriorización real y puntual del juego entre los poderes sociales.

El ciclo de las políticas públicas herramienta que distingue cinco fases en el desarrollo de una política pública: 1) identificación de un problema, 2) formulación de soluciones, 3) toma de decisión, 4) implementación y 5) evaluación.⁸

1) En la fase de identificación de un problema, los actores políticos y sociales perciben una situación como problemática. Por ejemplo los partidos políticos, los sindicatos y gremios se manifiestan a través de sus miembros y expresan en el lenguaje que les es propio el problema; el siguiente paso es solicitar una acción

⁷ Ídem., “Las políticas públicas no son formuladas, transformadas en normas jurídicas ni ejecutadas con base en la más pura racionalidad técnica, sino principalmente como resultado de la interacción de factores tales como el monto del poder político del que disponen los individuos, grupos o instituciones involucradas y del que carecen aquellos que no logran involucrarse; los sistemas de valores culturales; las preferencias y prioridades competitivas entre sí; y el conocimiento establecido y aceptado como válido, acerca de la naturaleza de los hechos y los problemas.”

⁸ Cardozo Brum, Myriam, “La Evaluación de las Políticas Públicas: problemas metodologías, aportes y limitaciones”. en *Políticas Publicas, Revista de Administración Pública*, México, INAP, N° 84, 1993, *passim*.

pública y buscar que el problema se inscriba en la agenda pública del sistema político (*agenda setting*).⁹

2) La fase de formulación de soluciones, comienza a partir de que se ha logrado inscribir el problema en la agenda político-gubernamental; la administración pública realiza esfuerzos por plantear de manera clara y dimensionar dicha problemática, proponiendo una o varias soluciones a la misma (*policy formulation*).

3) La toma de decisión, es una fase en la cual los actores e instituciones autorizados para decidir sobre la cuestión planteada (gobierno, congreso) examinan la o las soluciones propuestas y eligen cuál o cuáles han de aplicarse.

4) La fase de implementación (*implementation*) es la puesta en práctica de la solución elegida o la no implementación de la misma.

5) Como última fase encontramos la evaluación por parte de los actores sociales y políticos (*policy evaluation*), de la respuesta elegida para solucionar el problema y el impacto de su implementación.

Esta fase puede originar un reinicio del ciclo completo a fin de reajustar la respuesta elegida (*retroacción-feedback*) o suprimir la política pública (*program termination*).

Lo que acabamos de describir, es un modelo que en la realidad suele algunas veces funcionar y otras tantas no; esto es, el proceso de una política pública puede iniciar en cualquiera de las fases descritas o invertir el orden en que se aplican. Este modelo tiene como ventaja su rompimiento con la visión jurídica tradicional, a la que le es contrapuesta un enfoque mayoritariamente sociológico y politológico, que sitúa el momento de la decisión en un contexto mucho más realista y más amplio. En este

⁹ Véase Bardach, Eugene, *Los ocho pasos para el análisis de las Políticas Públicas. Un manual para la práctica*. Trad. David García-Junco Machad, México, CIDE/Miguel Ángel Porrúa, 1998, p. 17.

“La primera definición del problema es un paso crucial. Esta le da al analista:

1. Una razón para hacer todo el trabajo necesario, a fin de determinar todo el proyecto, y
2. Un sentido de dirección para obtener evidencia e información”.

enfoque la competencia jurídica como expresión del poder simbólico del derecho no se sobrepone al resto de las competencias mencionadas.

1.1.1.1.- Identificación del problema

Para lograr la identificación de problemas en el análisis de políticas públicas, es necesario responder a la pregunta, ¿Por qué en algún momento, y a través de qué mecanismos un tema se vuelve problemático y obliga a las autoridades públicas o al Estado a intervenir y hacer algo al respecto? En esta etapa pueden distinguirse dos elementos de análisis: 1) la construcción del problema social como problema que requiere la intervención pública y 2) la inscripción de dicho problema en la agenda política (*agenda setting*).

Por agenda debemos entender, según André Noël Roth:¹⁰ la serie de temas percibidos como problemáticos, los cuales requieren un debate público y en su momento la intervención del poder público legitimado.

La noción de agenda no es fácil de definir, comenzando porque no todos los temas que se perciben como problemáticos llegan a formar parte de esta agenda, razón por la cual, podemos adivinar la existencia de mecanismos de acceso y exclusión para inscribir un tema en la agenda. Es útil hablar de **agenda de acuerdo a los órganos del Estado**, así podemos hablar de agenda del órgano ejecutivo, del órgano legislativo y del órgano judicial. También es viable hablar de una **agenda formal** y de una **agenda informal** (u oculta), esto último debido que los temas que públicamente se anuncia como parte de la agenda de un órgano o institución, no son necesariamente los que se trabajan al interior de la misma.

Por último es necesario también distinguir entre **agenda institucional** (o recurrente) y la agenda coyuntural. La primera contiene los temas que regresan periódicamente a la agenda política (por ejemplo el presupuesto anual del Estado) y; la **agenda coyuntural** que se refiere a temas que surgen en un momento específico

¹⁰ Roth Deubel, André- Noël, *Políticas Públicas... op. cit.* Nota 2, pp. 47, 48 y ss.

para el que no necesariamente las autoridades se encontraban preparadas (por ejemplo el estallamiento de una crisis económica o una guerra).

La identificación de problemas de la agenda política requiere en primer lugar el reconocimiento de la realidad como una realidad problemática, dimensionándola social y políticamente. Cabe hacer mención de que esta construcción y dimensionamiento no son datos objetivos. Si en cambio, es el resultado del conjunto de luchas de actores sociales y políticos, quienes pugnan por imponer su propia lectura de determinado problema de acuerdo a los intereses que representan. En términos de una teoría formalista del Derecho es la tensión entre el ser (social y político) y el deber ser (jurídico).

Se deben distinguir tres fases de construcción de los problemas:¹¹

- a. La necesidad de una transformación en la vida cotidiana de los individuos, originada por cambios sociales que afecten de manera diferenciada a los grupos sociales;
- b. En la segunda fase se requiere que estas afectaciones que comienzan de manera individual, se transformen en un problema colectivo o social, lo cual requiere de personas o grupos con capacidad e interés de definir el problema y de fungir como voceros del mismo en un lenguaje adaptado a través de los medios públicos.
- c. Una vez formulado el problema y reconocido como un problema social, se busca el reconocimiento de la necesidad de una intervención pública o política, que generalmente ocurre a través de leyes y reglamentos. Esto se denomina institucionalización, lo cual ocurre en un proceso a través del cual se legitima el problema y sus voceros o promotores.

1.1.1.2.- Objetivos y actores

¹¹ *Íbidem*, pp. 52 y 53.

En la identificación de objetivos de las políticas públicas Eugene Bardach nos señala que es muy útil enfocarse en un criterio base u objetivo principal que hay que maximizar o minimizar. Generalmente ese objetivo principal será el contrario de la definición del problema. Por ejemplo, si el problema es “*demasiadas familias sin hogar*”, el principal objetivo será “*minimizar el número de familias sin hogar*”.¹²

Por otro lado José Mejía Lira nos señala que:¹³

“Los objetivos de las políticas implican desacuerdos sobre los cursos de acción y presentan situaciones competitivas o conflictivas sobre los problemas en sí mismos. Además los objetivos son resultado de disputas, diversas calificaciones, explicaciones y variados procesos de juicio de quienes intervienen en su conformación. La capacidad de reconocer las diferencias entre situaciones problemáticas, problemas de política y objetivos de la políticas es fundamental para emprender soluciones, donde los desacuerdos puedan manejarse adecuadamente o en su defecto ser negociados.”

Podemos encontrar que al mismo tiempo que puede existir mayor o menor complejidad de los problemas de política, lo cual determina los tipos de técnica o método para resolverse. Así también existe una graduación de complejidad de los objetivos de la política pública, razón por la cual éstos deben manejarse de manera jerarquizada.

En este apartado es útil tener en cuenta que existen dos maneras de inscribir un problema en la agenda pública, de acuerdo a la fuente de la cual proviene dicha inscripción: la primera fuente es externa al Estado y sus instituciones, se le denomina modelo de “demanda” y la segunda es interna, pues proviene del Estado y sus instituciones, a la cual se le denomina modelo de “oferta administrativa”.

¹² Bardach, Eugene. *Los ocho pasos...*, *op. cit.* Nota 9, p. 46.

¹³ Mejía Lira, José, *La Evaluación de la Gestión y las Políticas Públicas*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2003, p. 34.

En el modelo de demanda podemos identificar como actores a los distintos grupos sociales que se movilizan para solicitar la intervención del Estado. Se puede tomar como parte del modelo de Estado democrático clásico, donde éste responde a las demandas formuladas por los ciudadanos. Es casi una generalidad que la movilización iniciada por uno o varios grupos provoca como reacción la movilización de otros, ya sea en solidaridad o en oposición, esto último en respuesta a la posibilidad de afectación de intereses propios por los cambios deseados por los primeros grupos. Cada grupo puede utilizar estrategias y recursos propios para presionar a la autoridad.

No debemos olvidar que la administración es heterogénea y fragmentada y sus distintos segmentos presionan hacia el interior del sistema político en busca de prevalencia de sus intereses y puntos de vista con la finalidad de fortalecerse frente a otros segmentos.

En la segunda forma de inscribir un problema en la agenda pública, la denominada oferta administrativa, coloca de nueva cuenta a los funcionarios públicos como actores, con la finalidad de ampliar su importancia social y obtener mayores recursos financieros y humanos. Esto implica un aparente camino invertido en la formulación de políticas públicas, puesto que existiría primero la oferta y luego la identificación o creación de la demanda.¹⁴

1.1.1.3.- Identificación de alternativas

Por alternativas debemos entender opciones de política, cursos de acción o estrategias de intervención para solucionar o mitigar el problema. Se debe comenzar con una visión muy general que implique una lista de todas las alternativas que se desee considerar en el análisis de políticas públicas, para a continuación descartar las que sin mayor estudio tengan apariencia de ser poco viables o satisfactorias.

¹⁴ Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Análisis... *op. cit.* Nota 6, p. 17.

“La formación de la agenda es un punto políticamente crítico del proceso de formación de políticas públicas, en el que participan ciertos actores con motus variables de poder. La distribución desigual de poder determina tanto los temas de la agenda como la selección de la definición más adecuada del problema, e influye además de la viabilidad de la implementación de la política.”

Puede realizarse una combinación de dos o más de estas alternativas o reorganizar las que sean análogas en una sola alternativa básica, con sus variantes secundarias.¹⁵

Para tener una lista de alternativas puede buscarse opciones en las propuestas que expresen los actores políticos, la opinión pública medida a través de medios fiables, propuestas de las que se encuentran en la “congeladora” de los órganos legislativos o en los archivos de las instituciones ejecutivas, así también las propuestas de los científicos de la materia sobre la que trate el problema a solucionar.

Cabe señalar que desde el principio de la creación de la lista de alternativas debe ser incluida la que se denomine “no emprender ninguna acción”. Lo anterior en atención a que los problemas suelen ser dinámicos y esta característica puede minimizarlos o maximizarlos a tal grado que no sea necesario o en el otro extremo viable ningún tipo de acción.

Deben también revisarse las fuentes comunes de cambio que alimenten la dinámica del problema, por ejemplo:

- a) Los cambios políticos después de una elección, o ante el simple panorama de una contienda electoral.
- b) Los cambios en los niveles de desempleo y las tasas de inflación que acompañan los ciclos económicos.
- c) La variación entre estrechez y holgura presupuestas de las organizaciones provocada por las políticas generales de impuestos y gastos.
- d) Los cambios demográficos como la migración o el “abultamiento” de ciertos sectores poblacionales.

1.1.1.4.- Las modificaciones al marco jurídico

¹⁵ Bardach, Eugene. *Los ocho pasos...*, *op. cit.* Nota 9, pp. 31, 32 y ss.

La identificación de modificaciones al marco jurídico que implica las políticas públicas, podemos circunscribirlas en el ámbito de los criterios prácticos de análisis aplicables a las alternativas enlistadas y a los procesos de implementación, criterios como el de legalidad, viabilidad política, solidez en condiciones de implementación administrativa y perfectibilidad.

Analizar una política pública utilizando el criterio de legalidad, implica saber que ésta no contravenga los derechos constitucionales, estatutarios o de la ley general, ni atente contra la protección de los derechos humanos. Sin embargo, en este análisis cabe considerar que el derecho es dinámico y en algunas ocasiones ambiguo.

En el análisis de las modificaciones a las normas que requieren la aplicación de una política pública, Eugene Bardack¹⁶ recomienda hacerse las siguientes preguntas:

a) ¿Qué podría hacer usted?

- 1) Aplicar un nuevo régimen regulador o abolir uno antiguo.
- 2) Estipular nuevas normas o eliminar las antiguas.
- 3) Hacer más estrictas o más flexibles las normas existentes.
- 4) Mejorar las bases científicas y técnicas para las normas escritas.
- 5) Cerrar o abrir pretextos.
- 6) Aumentar, capacitar o supervisar mejor a los inspectores.
- 7) Focalizar mejor las inspecciones para atrapar a las "manzanas podridas " y así disuadir a los evasores o aumentar la eficiencia en el uso de los recursos.
- 8) Aumentar o disminuir el nivel de efectividad de las sanciones.
- 9) Hacer más rígidos o más flexibles los procedimientos para apelar.
- 10) Cambiar los procedimientos de denuncia y de auditoría.
- 11) Aumentar, reducir o mejorar los mecanismos de queja para los trabajadores o para el público.

b) ¿Por qué podría hacerlo usted?

¹⁶ *Íbidem*, pp.81, 82 y ss.

El autor en comentario nos señala la necesidad de Distinguir entre tres tipos muy distintos de "regulación". El primero orientado a los precios y productos en "monopolios naturales"; la Comisión Federal de Telecomunicaciones regula, por ejemplo, el servicio de telefonía local; el Consejo de la Judicatura Federal, regula la función y desempeño de los juzgadores. El segundo tipo de regulación que denomina regulación social, está relacionado con aspectos de salud y seguridad; Tiene el objetivo de corregir las imperfecciones que surgen por una información pobre del mercado o por excesivas fricciones provocadas por las sanciones del código civil (por lo general, contratos). Un tercer tipo de regulación se refiere a los niveles de entrada, salida, producción, precio y niveles de servicio en industrias supuestamente oligopólicas, como el transporte.

Por último la modificación al marco jurídico en el contexto de las políticas públicas es dable señalar que puede transformarse o crearse el Derecho en sus siguientes fuentes y manifestaciones:

- i. Derechos y obligaciones en los contratos.
- ii. Derechos de propiedad.
- iii. Obligaciones de deudas.
- iv. Leyes de lo familiar.
- v. Derechos constitucionales.
- vi. Leyes laborales.
- vii. Leyes mercantiles.
- viii. Leyes criminales.
- ix. Mecanismos de resolución de disputa diferentes del litigio o las Cortes.

1.1.1.5.- Costos y recursos asociados a la política

Esta etapa del análisis de las políticas públicas, considera necesario realizar un análisis de los costos para los programas y proyectos que se planteen como solución al problema, comparándolos con los beneficios que reportarán para este

cometido. Este análisis costo-beneficio permite la determinación y comparación de la rentabilidad de estas soluciones.

Los recursos del Estado son limitados, por eso es necesario discernir entre las opciones (alternativas) que compiten por alcanzarlos. En general si los beneficios son mayores que los costos, la solución (proyecto o programa) es aceptable, en caso contrario debe ser desechada.¹⁷

La identificación de estos costos puede ser de tipo privado, si se considera una unidad económica concreta, y los costos beneficios se valoran a precio de mercado o puede ser de carácter social, cuando interese comparar la contribución que hace a la sociedad cada proyecto que implica una inversión en algún sector económico. En la evaluación privada los resultados se tasarán en pérdidas o ganancias y en la evaluación social se tasará en bienestar de la comunidad. Es posible que existan proyectos que den como resultado una pérdida monetaria pero reporten un gran nivel de bienestar social.

El primer paso para evaluar un programa público es medir lo que hace el programa, identificando y midiendo sus resultados. Existen ocasiones en que dichos resultados son fáciles de identificar, como en los casos del suministro de agua que produce una nueva presa o la recolección de residuos en determinado territorio. En otras ocasiones los resultados no son tan fáciles de identificar, como en el caso de un nuevo programa educativo, situación en la cual es necesario todo un conjunto establecido y consistente de criterios para determinar los beneficios que se derivan.

¹⁷ Cardozo Brum, Myriam. "La Evaluación..." *op. cit.* Nota 8, p. 170.

"Las acciones estatales tendientes al logro de objetivos necesitan, para ser llevadas a la práctica, la utilización o el consumo de recursos (económicos, financieros, materiales, humanos, de información, etcétera). La correcta asignación de los mismos de acuerdo con las prioridades establecidas en la jerarquización de finalidades perseguidas permitirá en su ejecución, un impacto sobre el problema que se intenta resolver. Evaluar estas variables implica definir algunos criterios que permitan comparar diferentes proyectos para tomar una decisión que seleccione el mejor o las diferentes gestiones de organizaciones similares o la misma organización en sus gestiones referidas a periodos distintos".

Al elaborar un análisis costo/beneficio de algún proyecto público es esencial medir los beneficios pretendidos y los no pretendidos; los tangibles y los intangibles, los derivados de resultados extra y los derivados de los recursos ahorrados.

Los criterios más comúnmente utilizados para la medición de las políticas públicas son: eficiencia, eficacia, efectividad y productividad.¹⁸ En este contexto, se considera *eficiente*, para el sector público, el logro del conjunto de objetivos perseguidos con los mismos costos económicos, sociales o políticos; serán *eficaces* las acciones que alcanzan los objetivos, sin perder de vista el costo económico de los mismos.

Por otra parte, será *efectiva* una medida cuyo impacto global produzca un resultado positivo en la realidad independiente de que aquél formará o no parte del conjunto de finalidades perseguidas de acuerdo con la planeación organizacional; pero si el criterio de eficiencia lo aplicamos con exclusividad al área de producción de una empresa, se tendrá una relación que mide la cantidad de artículo o servicios producidos en relación con el volumen de insumos empleados, a esto se denomina criterio de *productividad*.

1.1.1.6.- Acciones de implementación y responsabilidades

No existe entre los investigadores de la implementación de políticas públicas, un acuerdo sobre el objeto de estudio. Hay quienes consideran que dicho objeto lo constituye todo lo que forma parte del proceso entre la declaración inicial de una política y el último de sus impactos en la realidad. Existen otros investigadores que restringen el objeto a las acciones de quienes son los responsables formales de la ejecución de una política pública. Esta última visión, tiene la desventaja de excluir a los actores no oficiales, no obstante que la mayor parte de las veces, estos son indispensable técnica o políticamente en el proceso.¹⁹

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ González Tachiquin, Marcelo, "El estudio...". *op. cit.* Nota 4, pp. 110 y 111.

La implementación será entonces, esa secuencia programada de acciones ("la cadena subsiguiente de causalidad") que conlleva muchos actores y muchas operaciones, reiterativas y progresivas, individuales y colectivas, y que busca con esos medios específicos (financiamientos y subsidios públicos) producir el evento aspirado como fin (empleo para las madres solteras, alfabetización total de la población, etc.).

Éstos y otros pasos más, por los que una política atraviesa, son puntos de reunión de muchos actores con diversos intereses y puntos de vista sobre la política en su conjunto o sobre las ventajas o costos que se desprenden de cada uno de los pasos de su implementación. Es evidente que, en el proceso empírico de implementación de una política, las fases que conceptualmente pueden ser tal vez distinguidas con nitidez y progresividad tienden a sobreponerse y a ser reversibles.

1.1.1.7.- Seguimiento y evaluación

La complejidad de la implementación de políticas públicas es tal, que a modo únicamente de introducción señalaremos tres puntos clave para este tema: momento de la evaluación, el objetivo o meta y el sujeto evaluador.

El primer punto nos ubica en el momento de la evaluación respecto del proceso de la política pública que se estudia; el segundo requiere que se precisen las finalidades de la evaluación para poder determinar el objeto a evaluar y el tipo de evaluación que se requiere; el tercer y último punto nos permite ubicar la posición que ocupan los evaluadores en el proceso de la política pública.²⁰

²⁰ Roth Deubel, André, *Políticas Públicas...*, op. cit. Nota 2, pp. 149-150.

“Respecto a los calendarios de evaluación, puede señalarse que son pertinentes en tres momentos: la evaluación antes de que se implemente la política pública (ex ante); la evaluación que se realiza durante la puesta en marcha de la política pública recibe el nombre de evaluación concomitante o continua; y la evaluación posterior a la ejecución se conoce como evaluación ex post.

La evaluación ex ante, es un instrumento prospectivo y auxiliar en la toma de decisiones sobre cuál alternativa implementar frente a un problema social, y consiste en analizar una propuesta de ley, programa o proyecto para determinar los efectos que generaría su implementación. Este instrumento de análisis se utiliza principalmente en los estudios de impacto legislativo, los proyectos de desarrollo, los proyectos de infraestructura y los estudios de impacto ambiental. En el caso de estudios de impacto legislativo que (de

1.1.2.- La política criminal como parte de las políticas públicas

De manera general, podemos entender a la política criminal como un sector de la política pública que debe avocarse al estado en función de atender de manera idónea y eficiente las necesidades de sus ciudadanos.²¹

En este contexto, afirma Manuel Vidaurri, que la política criminal es aquella parte de la política social general del Estado que se ocupa de la delincuencia y la criminalidad en cuanto a su prevención y tratamiento; pudiéndose entender a ésta como una actividad propia del Estado o como una actividad científica académica.²² Si

particular interés en el proceso de reforma judicial), el objetivo es conocer las consecuencias y efectos previsibles que ocasionaría una nueva legislación. La evaluación concomitante, también llamada evaluación de proceso (o de impacto temprano). Es otro momento posible de la evaluación que acompaña la puesta en marcha del proyecto o programa, el objetivo es, por una parte, controlar el buen desarrollo de los procedimientos previstos y, por otra, permitir la detección de problemas para poder realizar los ajustes necesarios a tiempo. Se trata de realizar un seguimiento o monitoreo a las actividades de implementación de un programa – insumos, cronograma, realizaciones, resultados, etc.–. Este tipo de evaluación puede ser de carácter continuo o periódico (semestral o anual) y puede ser realizado por personal de la misma administración –control interno– o por grupos externos como en los casos de la interventoría o de la veeduría.

La evaluación ex–post, también llamada de retrospectiva o a posteriori, es la que se realiza con más frecuencia. En este caso se trata de analizar los efectos de un programa o de una política pública luego de efectuada su implementación; la finalidad de una evaluación ex–post es generalmente la obtención de conocimientos y enseñanzas para decisiones futuras.

La realización de una evaluación ex–post de una política pública, requiere de un cierto rigor y descansa en el uso apropiado de herramientas metodológicas tanto cualitativas y cuantitativas, desarrolladas por las Ciencias Sociales tales como la estadística, las entrevistas, los sondeos, los análisis de informes y de textos, etc. Esta es la evaluación que se realiza pasados tres o cinco años después de haber terminado la implementación de la política pública, se concentra en las áreas de eficiencia, efectividad, efectos y propósito.

Si se tratase de dar prioridad a uno de los tres tipos de evaluación propuestos con anterioridad, debe decirse que se le daría a la Evaluación Concomitante (o Evaluación de Proceso) dado que, por su carácter de seguimiento y control, brinda mayores posibilidades para generar cambios o direccionamientos de acciones que aumenten las posibilidades de alcanzar las metas y objetivos de alguna política pública en específico.”

²¹ Bolaños González, Mireya, *Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Derecho Penal y Criminología “Doctor Alejandro Angulo Fontiveros”* Tribunal Supremo de Justicia. República Bolivariana de Venezuela. Noviembre, 23-24 2005. p.1. Disponible en: http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/31745/1/politicacriminal_reformapenal.pdf.

“Así como el estado (sic) debe atender las necesidades de salud pública y crea para ello políticas en materia de salud; de igual forma en materia de vivienda y hábitat tiene a bien diseñar políticas tendientes a proveer de una vivienda digna a cada ciudadano, de la misma manera debe hacerlo con el fenómeno delictivo con una política de naturaleza criminal. De esto se desprende casi una perogrullada, a saber, la política criminal”.

²² Vidaurri Aréchiga, Manuel, “Criminología, política criminal y sistema de justicia penal”, en Ontiveros Alonso, Miguel y Peláez Ferrusca, Mercedes (coord.) *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en homenaje a Claus Roxin*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 396 y 397.

“En cierta forma, la política criminal es ante todo una actividad académica que sirve de base a las decisiones que en su momento asuma el Estado a propósito del problema delictivo.

nos referimos a la actividad estatal, serán todas aquellas actividades desarrolladas por los organismos gubernamentales para alcanzar sus fines que se han propuesto de cara al fenómeno delictivo.

Nos estamos refiriendo a una política jurídica muy amplia, que por igual puede utilizar el ordenamiento jurídico penal (sustantivo y adjetivo) así como medidas de política social, pero que al proyectar éstas últimas sobre el fenómeno delictivo permiten la sustitución o la reducción al mínimo posible y/o aconsejable del Derecho penal.

Desde la perspectiva científica o académica, tiene entre sus objetivos más básicos:

- **Orientar al sistema penal** en cuanto a qué conductas se van a tipificar, cómo los va a sancionar y las finalidades que les asigne a esas penas; también deberá establecer cuáles son los medios a emplear para lograr dichas finalidades;
- **Auxiliar en la determinación de los fines** que pretende alcanzar al utilizar el Derecho penal como forma de control social;
- **Establecer los principios rectores** a los que este derecho debe someterse;
- **Estudiar y analizar crítica y propositivamente** las distintas fases del sistema penal con base en los criterios anteriormente enunciados.

Lo ideal sería que ambas facetas de la política criminal estuvieran siempre interrelacionadas, que toda política pública criminal estuviera basada en un trabajo académico científico, que una vez puesto en marcha fuera revisado nuevamente con rigor científico para evaluar su eficacia o hacer replanteamientos del programa, ello nos llevaría a evitar improvisaciones y decisiones electoreras o populistas (como el cada vez mayor y desmedido aumento de penas) que en nada benefician a la sociedad.

Una acción gubernamental fincada en el trabajo académico de diseño de políticas públicas en materia de criminalidad garantizada, en la mayoría de las ocasiones, el logro de la meta propuesta, amén de que procediéndose de esta forma se evita la nociva e inaceptable improvisación en el ejercicio del poder público”.

Por ser una disciplina científica, nuestro tema en comento, tendrá puntos de contacto e interrelación con otras ciencias penales (como la Criminología, Penología, etc.) y, por tanto, tendrá coincidencia con sus tareas inherentes, por ejemplo:

- Conocer y establecer las causas del delito;
- La comprobación de la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho penal;
- Determinar los límites al *ius puniendi* para la menor afectación de las libertades de los ciudadanos;
- Comprobar si existe una buena configuración entre el Derecho penal sustantivo y el adjetivo.

De tal manera que podemos afirmar que, como actividad estatal y como disciplina científica, la política criminal realiza el estudio y análisis de elementos jurídicos y extrajurídicos para el tratamiento delictivo; ello se traduce en la determinación, técnica jurídica, de las conductas que deban ser consideradas como delitos para después establecer los medios que resulten adecuados, posibles, eficaces y necesarios para su prevención.

Para Alberto Binder, existen diversas definiciones de política criminal, dependiendo el momento, plano, estudio u optica en que se analice.²³

- a. La política criminal como fenómeno social;
- b. Los distintos modelos de política criminal;

²³ Binder, Albert M., *Iniciación al proceso penal acusatorio*, Argentina, Icecip/Campomanes Libros, 2000, p. 19.
“La definición que hemos dado arriba –y que adoptaremos a lo largo de todo el presente manual– se encuentra claramente en el nivel a) Describe, por lo tanto, un sector de la realidad social. Sin embargo, si analizamos ese sector de la realidad como tal, observaremos que es en sí mismo el producto de la influencia de los otros niveles.

Siempre existirán uno o más modelos de Política Criminal a los que esa realidad responde -nivel b) No olvidemos que se trata siempre de decisiones eminentemente valorativas. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que la elaboración de un modelo puede servir para explicar la realidad, como para criticarla con referencia al modelo elaborado.

También existirán técnicas que son utilizadas de un modo u otro -nivel c)- y que dan origen a reglas para la utilización de los instrumentos de esa Política Criminal.

Por último, normalmente, detrás de los diferentes modelos de Política Criminal, hallaremos las escuelas o doctrinas que los sustentan o difunde -nivel d)-”.

- c. El conjunto de conocimientos técnicas que utiliza la política criminal;
- d. Las diferentes escuelas o doctrinas de política criminal.

Lo anterior no significa que la realidad este fraccionada o dividida, esta división o clasificación que nos aporta Binder nos ayuda a entender que al referirnos a política criminal lo podemos hacer en diferentes sentidos. Lo mas difícil e importante es ser consistentes en todo momento del nivel semántico que se utiliza para referirnos a la política criminal.

1.1.2.1.- Evolución

El surgimiento de las primeras ideas sobre política criminal es ubicado hacia el segundo tercio del siglo XIX, desde aquel entonces hasta el día de hoy, su objeto de estudio y, por ende, su contenido y función han ido cambiando. Durante la concepción utilizada por Feuerbach y tiempo después por Liszt, el ámbito de la política criminal se refería a las estrategias de las que disponía el Estado para reaccionar frente el fenómeno criminal.²⁴

Cabe aclarar que se trataba de la época del Estado liberal, nos explica Emiliano Borja Jiménez donde el poder público sólo debería intervenir cuando el comportamiento de alguno de los individuos viola las reglas de convivencia que el mismo grupo social (ciudadanos) ha establecido y que pone en peligro la libertad de los otros miembros y la misma coexistencia de la comunidad. En este contexto, es entendible que los límites de la actuación del Estado y la problemática de los derechos de la persona relacionada con la perpetración del hecho criminal se tradujeran en principios básicos del Derecho penal adjetivo y sustantivo.²⁵

²⁴ Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, 4ª ed., traducido de la 20ª edición Alemana por Jiménez de Asúa y adiciones del Derecho español por Quintano Saldaña, Madrid, Editorial Reus, t. II, 1999, p. 14.

²⁵ Borja Jiménez, Emiliano, "Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 56, fasc/mes 1, 2003, pp. 113-150.

"Von Liszt ya es hijo del incipiente Estado social, aun cuando el Estado liberal continua proyectando el modelo de convivencia que predomina en Europa Occidental a finales del siglo XIX y principios del XX. En él se contempla la Política Criminal como ese abanico de métodos de los que dispone el poder público con pretensión de hacer frente al fenómeno criminal."

Para Franz von Liszt, considerado como el fundador de la política criminal, el poder público tiene como tarea la defensa de la sociedad frente al hecho delictivo, defensa tanto preventiva como represiva, asegurando así la convivencia pacífica de los individuos; podemos ubicar esta ideología como intervencionista que emprendía su extensión en la Europa continental. Es así como podemos entender y contextualizar las dos más conocidas expresiones de Liszt: “*el Derecho penal constituye una barrera infranqueable de la Política Criminal*” y “*el Derecho penal es la Carta Magna del delincuente*”.²⁶

Ya vimos que el Estado liberal concibe a la política criminal como método y estrategia para reaccionar frente al hecho delictivo; pero con el nacimiento del Estado intervencionista, esa misión fue extendida a la prevención del ilícito penal. Dada las experiencias histórico-sociales del abuso por parte del Estado en las tareas de buscar la paz social, se concibe al Derecho penal como el mejor y único posible freno al posible menosprecio de los derechos de los ciudadanos y tratando de mantener un fuerte grado de seguridad ciudadana. Se entendió que la disciplina jurídica-penal debería alejarse de toda consideración político criminal en la elaboración del sistema.²⁷

En la década de los setentas del siglo pasado, aparece en la escena Claus Roxin realizando un planteamiento de la elaboración y estudio del sistema penal en el que se toman en consideración las repercusiones político-criminales de cada concepto, de cada principio y de cada institución. Para Roxin son compatibles un Estado Social y el Estado de Derecho, por lo que una política criminal democrática no se puede tener como único objetivo la lucha contra el crimen y teniendo como límite a sus excesos al Derecho penal. La construcción del modelo roxiniano se basa

²⁶ *Ídem.*

²⁷ Roxin, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Editorial Reus, 1981. p. 199.

“*Pero la frase de Liszt ha sido entendida siempre por la tradición alemana en un sentido más amplio, que quizá fuera también su sentido originario, como una oposición generalizada a la consideración de las finalidades político-criminales en la aplicación del Derecho penal. Ello ha conducido a que la dogmática alemana en el pasado, fascinada por las cambiantes corrientes filosóficas del naturalismo.*”

en un modelo teórico del Derecho penal con base a la repercusión político criminal de cada categoría.

En un Estado de Derecho, explica Roxin, la política criminal se limita a sí misma, ya que su función de combatir el fenómeno delictivo desde parámetros de legalidad y respeto a las garantías de todos los ciudadanos.²⁸ En relación con el Derecho penal, éste no es la única ni la mejor forma de combatir el delito, su función debe basarse en el mantenimiento de la coexistencia social a través de la protección de los bienes jurídicos más relevantes para hacer posible esa convivencia humana.

La función de protección subsidiaria de bienes jurídicos se llevaría a cabo a través de la prevención especial y de la prevención general de delitos, función y objetivo atribuido a la pena, entendida ésta como la consecuencia jurídica fundamental del injusto culpable. La definición de política criminal aportada por Roxin toma en cuenta las dos dimensiones que establecimos en el punto anterior: Por un lado, es una forma de la política, trata de hacer valer determinadas ideas e intereses; y por otro, como teoría pretende desarrollar estrategias y directrices de lucha contra el fenómeno delictivo.

1.1.2.2.- Fases

Si el objeto de estudio de la política criminal se ocupa del fenómeno delictivo, pero como ya quedó establecido no sólo como represión, deberá atender a sus diversos momentos o fases, en otras palabras la política criminal, para que sea adecuada, debe orientarse al *antes*, *durante* y *después* de la producción de dicho fenómeno.²⁹

Respecto al *antes* de que se realice el fenómeno delictivo, política criminal se orientará al estudio y puesta en práctica de políticas sociales de naturaleza fundamentalmente preventiva, programas tales como: de seguridad social,

²⁸ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Francisco, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 33, 34 y ss.

²⁹ Bolaños González, Mireya, *Ponencia... op. cit.* Nota 21, pp. 6, 7 y 8.

integración comunitaria, participación solidaria, educativos, recreativos, laborales, entre otros. Precisamente en esta fase se deben realizar los programas de definición positiva o negativa de conductas criminales, es decir, programas de criminalización y descriminalización.

En cuanto al *durante* no se debe entender de manera literal como al momento en que se está cometiendo el hecho delictivo, sino a partir en que se pone en marcha la maquinaria del sistema de justicia penal; por un lado tenemos la forma en que se estructura el sistema de justicia a través del actuar de las instituciones de procuración y administración de justicia (como se permiten, ordenan y realizan los actos de investigación; los requisitos para las medidas cautelares, oralidad o secrecía, la conformación del Tribunal, y un amplísimo etcétera); por otro lado tenemos, todas aquellas medidas alternativas a la prosecución del proceso, por ejemplo la aplicación de los criterios de oportunidad por parte del Ministerio Público, la suspensión condicional del procedimiento, así como los acuerdos reparatorios.

Por último, el *después* se refiere a las políticas penitenciarias y post-penitenciarias que debe atender el Estado conforme a su modelo político y en aras de obtener los objetivos que en función del mismo se ha planteado.

1.1.2.3.- Política Criminal y la coerción penal

Ya sea como actividad estatal o como ciencia, la política criminal se construye desde la óptica del poder, la reflexión deberá girar en torno al conjunto de decisiones reguladores de la coerción penal que resultan admisibles conforme a un determinado conjunto principios y valores, en otras palabras, se concibe como el “deber ser” del poder. Las dos principales normatividades que regulan el poder punitivo del Estado son el Derecho penal y el Derecho procesal penal.³⁰

³⁰ Binder, Albert M., *Iniciación... op. cit.* Nota 23, pp. 22 y 23.

Alberto Binder explica que la construcción de un modelo de Política Criminal debe aspirar a convertirse en una alternativa efectiva al modelo que se encuentre en vigencia en ese momento.

Las normas penales se encargan de definir las conductas prohibidas y su sanción, por su parte las normas procesales definirán el modo de determinar la comisión de esas conductas y quienes serán los protagonistas de ese proceso y concretamente, en su caso, cuál será la sanción. Esta normatividad, es considerada, por Binder, como las reglas técnicas de la política criminal.

Junto a esas reglas técnicas, también existen reglas de conveniencia que serán las encargadas de planificar el uso adecuado de los instrumentos y herramientas que sienta la política criminal, es decir, la manera en cómo racionalizar los medios para alcanzar los objetivos.

En este sentido, y utilizando la concepción de Binder –así como adelantándonos a los siguientes temas– podemos afirmar que el uso de la mediación penal para alcanzar los acuerdos reparatorios y su regulación dentro del proceso penal va acorde con una política criminal de un Estado Democrático y de Derecho.

Por su parte, Mirjan R. Damaska indica que la forma de los procesos judiciales se verá afectado por la visión y/o posición del tipo de Estado de que se trate: la inclinación a gestionar la sociedad, y la disposición de proporcionar un marco para la interacción. La primera de las posiciones es donde la tarea del Estado es apoyar la práctica social existente; la segunda, autoriza y legitima al Estado a tener e imponer visiones particulares sobre cómo debería ser la sociedad y conducirla en las direcciones deseables.³¹

Al primero lo denomina **Estado reactivo**, solamente se limita a proporcionar el marco de apoyo para que los ciudadanos persigan los objetivos que han elegido; cuando se produce un conflicto de grupo o individual, el Estado puede adoptar una posición neutra. En cuanto al Derecho, el Estado propicia la autorregulación por

³¹ Damaska, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado*, trad. Andrea Morales Vidal, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 128, 129 y 130.

miembros de la sociedad civil, el Estado no dice a los ciudadanos lo que deben hacer o acordar, sino cómo comportarse en caso de conflicto³².

El diseño del proceso, en el *Estado reactivo*, las disputas que llegan a los tribunales pueden implicar no solamente a los individuos, sino también a las asociaciones voluntarias; en virtud de que el Estado no se ha implicado en la resolución de las disputas se van generando espacios para las actividades de grupos de ciudadanos que implican conflictos. El diseño procesal, por ende, está concebido como una disputa entre dos partes (que pueden ser grupos o individuos) que plantean algatos opuestos y presionan para que el caso se resuelva.

En este contexto, la resolución de disputas se traduce en la búsqueda de soluciones intermedias de reconciliación y mediación de las demandas. Recurrir a la intervención estatal es concebida como el último de los recursos, solamente cuando los otros medios menos drásticos no ha funcionado.

El principio más importante sobre el que descansa la estructuración del proceso es que los procedimientos son una contienda de dos partes, donde los jueces se limitan a prescindir sobre la disputa de las partes enfrentadas e intervienen en el proceso sólo en la medida que se requiera.

Al otro extremo de la concepción de Damaska se encuentra el **Estado activista**, quien trata de establecer un control y dirección de todos los ámbitos de la vida de los gobernados mediante políticas y programas de bienestar. En cuanto al Derecho, las normas jurídicas solamente pueden emanar del Estado, ya que con ellas pretende proporcionar bienestar a través de directivas de conductas y actitudes consideradas como correctas o, caso contrario, ejemplos cautelares de mala conducta y tendencias objetables.³³ En concreto el Estado, mediante el Derecho, indica a los gobernados lo que deben hacer y cómo comportarse.

³² *Íbidem*, pp. 136, 137 y ss.

³³ *Íbidem*, pp. 143, 144 y ss.

La concepción del Derecho en el *Estado activista*, según Damaska, se utiliza como un medio o instrumento para la realización (imposición) de su política, en donde el proceso se vuelve independiente a la resolución de disputas. El proceso tiene como objetivo aplicar el derecho en el contexto de circunstancias contingentes, en otras palabras, de la manera en que mejor favorezca los intereses del Estado.

El objetivo de administrar justicia del Estado *activista* es considerar al proceso como una investigación controlada por funcionarios estatales y no como una contienda de control privado.

A pesar de la excelente exposición de Damaska, debemos alejarnos de su concepción al no sernos de utilidad para justificar el uso de la mediación penal y la justicia restaurativa en el proceso penal, ya que si bien, a primera vista podría pensarse que encuadra en su visión de *Estado activo*, no coincidimos con él, ya que él entiende la función del proceso como una contienda entre dos litigantes y el objetivo del proceso es la solución de la disputa; su idea de disputa e incluso de conflicto, como veremos en la siguiente parte de nuestro trabajo, se aleja mucho de la teoría del conflicto concebida por la doctrina de la Justicia Restaurativa.

1.2.- LA CULPABILIDAD COMO JUICIO DE REPROCHE SOCIAL Y FUNDAMENTO DE LA PENA

Nos encontramos ante el concepto de mayor problemática de la Dogmática jurídico-penal, ya que se trata de una situación mayoritariamente individualizadora. La tipicidad se refiere al terreno descriptivo, la antijuridicidad a la valoración objetiva, pero en la culpabilidad hablamos de movernos en el dificultoso terreno de la individualización.

En este sentido, para los juristas españoles, Muñoz Conde y García Arán, la culpabilidad tiene la función, precisamente, de recoger los elementos referidos al autor que son necesarios para la imposición de una pena, los cuales no pertenecen ni al tipo ni a la antijuridicidad.³⁴

De manera genérica, cuando se dice que alguien es culpable de algo, se alude a su responsabilidad por la realización de un hecho desaprobado, en otras palabras, la culpabilidad es el conjunto de condiciones que permiten declarar a alguien como responsable de un delito.

Para Reinhart Maurach, el cometido del Derecho penal es en primer lugar castigar, y en segundo lugar poner bajo seguro al autor peligroso. Ambos cometidos tienen el presupuesto de que la acción típicamente antijurídica pueda ser atribuida al sujeto como obra de su voluntad.³⁵

Es por esta razón, que a la culpabilidad se le considera un juicio derivado, es decir, carece de origen propio, así como de un contenido autónomo, ya que el análisis de su existencia no podría plantearse hasta que no conste la tipicidad y la antijuridicidad, es inadmisibles concebir la culpabilidad separada del acto.

³⁴ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal*, parte general. 4ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 39.

³⁵ Maurach, Reinhart, *Derecho penal*, t. II, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, pp. 12 y 13.

Otra dificultad del concepto de culpabilidad, es la evolución que ha tenido a lo largo de la historia, producto de las diferentes corrientes dogmáticas que han existido; a saber, en el presente trabajo analizaremos las que a la fecha son las de mayor trascendencia y dominio: el causalismo, el finalismo y el finalismo de Roxin.

1.2.1.- Teoría psicologista

La estructura del concepto del delito de Liszt y Beling, dio origen a la concepción cuatripartita del mismo, concibiendo a éste como: **una acción típica, antijurídica y culpable**. Dicha aportación es el concepto clásico de delito que encontramos en la Dogmática penal y, que con algunas variantes, subsiste hasta nuestros días.³⁶

Liszt, en su Tratado de Derecho penal, da cuenta del abandono del concepto ético del delito producto de la doctrina clásica, en donde el teólogo se esfuerza por hacer la distinción entre el <<crimen oculto>> (tolerado incluso por la iglesia) y el <<crimen manifiesto>> (el delito del pecado); por su parte, el jurisconsulto separa obstinadamente el <<crimen moral>> del <<crimen social>>, en un intento de escapar de la influencia ideológica de la preocupación moral, derivada de la teología.³⁷

Pero un nuevo siglo --se refiere Liszt al siglo XX-- trae a colación nuevas distinciones y nuevos conceptos, tales como el *delito legal o civil* y el *delito natural*. El delito legal, desde el punto de vista del legislador (tipo) es el acto (acción u omisión), culpable (doloso o culposo), antilegal (antijurídico); definición de un objeto común a la Psicología, a la Ética y al Derecho. Por otro lado, el delito natural, visto desde la perspectiva de la ciencia, es el estado permanente o transitorio, *perverso* (total o parcial) antijurídico.

³⁶ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, 3ª ed., trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Editorial Bosch, 1981, vol. primero, p. 273.

³⁷ Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal... op. cit.* Nota 24 p. 271.

De tal manera, que el delito legal es <<acto dañoso>> de los individuos, el delito natural es el <<estado peligroso>> de la sociedad. A la Psicología y a la Ética les pertenece el estudio del delito legal; sus temas son el índice psicológico del Derecho penal, como el cuestionario de la pena es su índice sociológico. El estudio del delito natural pertenece a la Antropología y al Derecho; su concepto es el alma realista del Derecho penal.³⁸

El delito legal ataca al estado legal del orden jurídico; el delito natural, al estado jurídico de sentido colectivo moral. Están tan íntimamente ligados, que Liszt afirma que el delito legal es el reconocimiento político del delito natural. El primero, surge en el artificio del Estado, el segundo en la naturaleza de la sociedad.³⁹

Respecto de la culpabilidad —tema que nos atañe— Liszt afirma que el delito es un acto culpable, en otras palabras, no basta que el resultado pueda ser **objetivamente** referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente en la culpabilidad del autor.⁴⁰

En sentido amplio, define a la culpabilidad como la **responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado**, atendiendo a la desaprobación jurídica del acto,

³⁸ *Íbidem*, p. 273.

El autor en comentario dice literalmente: “*El concepto del delito legal --antropológico, psicológico, sociológico-- es un convenio doctrinal de tres supuestos:*

- a) *El hecho es la única realidad, jurídica y criminal, valuable y personable. El delito es un <<ente jurídico>>. Su autor --el delincuente-- no interesa, sino después de cometido el delito; en la prueba, como primer testigo, <<de mayor excepción>>; en la acción, como parte, en la liquidación de la venganza social y de la reparación individual, como responsable.*
- b) *Todo hombre es libre y responsable moralmente. El delito es la <<obra libre de un ser libre>>. Las variaciones individuales de esa libertad no importan sino el momento de delinquir y en proporciones de negación absoluto de disminución máxima, como excepciones.*
- c) *La ley penal es públicamente conocida; a nadie es lícito ignorar al Derecho (nemo jus ignorare censetur, nemini licet ignorare jus)...”*

³⁹ *Íbidem*, pp. 275, 276 y 277.

“*Como el delito legal, el delito natural se funda axiomas inversos, expresión de su concepto antropológico, psicológico y sociológico.*

- a) *La única realidad criminal es el hombre delincuente. --En ciencia penitenciaria antropológica --Antropología penitenciaria-- la penitenciaría sólo recibe al hombre, el delito queda a la puerta (Montesinos); <<más que el delito, a la individualidad>> (Kraepelin); la punición debe adaptarse <<no el crimen, al criminal; a quien aprisiona, no por lo que hizo, por lo que es>> (Spalding)...*
- b) *La última raíz biológica del crimen es la tendencia al mal (delito natural subjetivo). No hay que hablar de libertad, sino de aptitud; ni de intención perversa, sino de capacidad criminal;...”*

⁴⁰ *Íbidem*, pp. 387 y 388.

la que recae sobre el autor. Para Liszt, la relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser **psicológica** (la cual determina la ordenación jurídica) en **consideración valorativa** (normativa, sólo en segundo plano).

A su vez la imputación, contenida en el juicio de culpabilidad, tiene dos elementos:

- a) *“La imputabilidad (culpabilidad) del autor, se da con el estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente, es decir, con la facultad que tiene el agente de determinarse, de modo general, por las normas de la conducta social, ya pertenezcan éstas a los dominios de la religión, de la moral, de la inteligencia, etc., o a los dominios del derecho.*
- b) *La imputación del acto se da cuando el autor conocía la significación antisocial de su conducta, o cuando hubiese podido y debido conocerla; es decir, cuando el agente, en el caso concreto, no ha sido determinado por las normas de la conducta social. De este modo quedan fijados los fundamentos de las dos especies de culpabilidad, el dolo y la culpa”*.⁴¹

De manera coincidente a Liszt (como ya dijimos), Beling afirma que el delito es una conducta típica, antijurídica, culpable y punible; aunque resalta sobre todo la importancia de la tipicidad, en su famoso concepto **Tabestand**.⁴²

Si bien la antijuridicidad es necesaria —continúa el ilustre Maestro de Munich— para que una conducta sea punible, no es suficiente, sino que una acción antijurídica debe haberse producido también culpablemente. La calificación de <<antijurídica>> lo es solamente de la fase externa de la acción (comportamiento corporal) como contradicción al ordenamiento jurídico; por el contrario “el juicio de que alguien ha

⁴¹ *Íbidem*, p. 389.

⁴² Beling, Ernesto, *El rector de los tipos de delito*, trad. de Prieto Castro y Aguirre Cárdenas, Madrid, Editorial Reus, 1936. p. 28.

actuado “**culpablemente**” expresa un juicio valorativo sobre la fase “**interna**” (espiritual o “**subjetiva**”) de la acción”.⁴³

El concepto de culpabilidad encuentra sus bases en los imperativos del orden jurídico, los cuales contienen normas valorativas que a su vez conducen a las resoluciones humanas. Pero dicho concepto de culpabilidad (jurídica) debe ser siempre independiente de cualquier estimación de carácter religioso o ético.

Pero para reprocharle a un hombre sus actos y, en consecuencia castigarlo, es indispensable que dichos actos sean la expresión de su personalidad, es decir, que tengan capacidad de ser culpable (Imputabilidad).

En virtud de lo anterior, el Derecho penal solamente habrá de construirse en la base del **Autodeterminismo**, por ser esta la doctrina —que para Beling— considera que el hombre es libre en el sentido de que en él, el obrar no se explica plena y solamente por el carácter y los motivos, sino que además, interviene un tercer término consistente en el “**poder de resistencia**” existente en el hombre, que lo capacita para paralizar los motivos de impulsión con contramotivos, es decir, a elegir y decidirse.⁴⁴

Cabe recordar, que como creadores del sistema causalista, tanto Liszt como Beling, consideran que todo lo objetivo se encuentra en el tipo, y todo lo subjetivo en la culpabilidad, teniendo como especies de esta última al dolo y a la culpa. De igual manera, la imputabilidad es concebida como un requisito previo, entendida como un estado psíquico del autor, que le permite conducirse “**socialmente**”.

De tal manera, que al analizar el causalismo, estamos frente a la concepción psicológica de la culpabilidad, en la cual, como se explicó, existe una relación

⁴³ Beling, Ernesto. *Esquema de derecho penal y la doctrina del tipo*, trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1994, p. 30

El Maestro explica: “...en la subjetividad del autor se ha examinado como debiera haberse hecho, conforme a las exigencias del orden jurídico, y por eso, por esa deficiencia, le es “reprochable” su acción. Tal reproche no va implícito en el sólo hecho de que el autor haya producido objetivamente algo ilícito, porque podría haberlo hecho exento de toda culpa”.

⁴⁴ *Íbidem*, p. 32.

psíquica entre el autor con el resultado. De aquí es donde se deriva la mayor y unánime crítica a dicho concepto, ya que no le es posible explicar la culpa inconsciente, porque en ésta no existe nexo psicológico.

1.2.2.- Teoría normativa

Si bien, Reinhard Frank es conocido como el creador de la concepción normativa de la culpabilidad, no fue sino Mezger el primero en criticar los postulados de la teoría psicologista de la culpabilidad.

Para Mezger, la culpabilidad “*es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido*”.⁴⁵ Por lo que no basta que la conducta sea antijurídica para sancionarla con una pena, sino que es necesario que sea “personalmente imputable”; es esta **imputabilidad** la que da lugar a la **responsabilidad** jurídico penal.

En este sentido, la imputabilidad, entendida como capacidad de cometer culpablemente hechos punibles, deja de ser un presupuesto, para convertirse en una característica (elemento) de la culpabilidad. Aunado a lo anterior, Mezger, también considera al dolo y la culpa como grados y no formas de la culpabilidad, cuestión que en opinión de Jiménez de Asúa es solamente gramatical.⁴⁶

Pero no es sino Frank el iniciador del concepto normativo de culpabilidad, en oposición al psicologista, en su obra *Estructura del Concepto de Culpabilidad* de 1907. Comienza con la crítica de que la doctrina clásica o dominante únicamente concibe dentro de la culpabilidad al dolo y la culpa, dejando, sin importancia para la apreciación de la acción los demás hechos, como las circunstancias concomitantes.

⁴⁵ Mezger, Edmund, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., trad. de Ricardo C. Núñez, España, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, p.189.

El autor en comento agrega lo siguiente: “*Por lo tanto, dichos presupuestos muestran al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor. El término “reprochabilidad”, empleado a veces, significa prácticamente lo mismo que “reproche”. La imputación considerada en sí, puede definirse como la culpabilidad “formal” y el reproche determinado en cuanto al contenido, como la culpabilidad “material”.*”

⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 5ª ed., actualizada, Buenos Aires, Editorial Losada, t. V, 1965, p. 77.

Para demostrar la importancia de éstas, da el siguiente ejemplo: *“El cajero de una empresa y un cartero repartidor de valores cometen defraudación cada uno por su lado. El primero tiene una buena situación económica y carece de familia; pero tiene amantes dispendiosas. El segundo se gana apenas la vida, tiene una mujer enferma y numerosos hijos pequeños. Si bien ambos saben que se apoderan ilícitamente de dinero ajeno, de modo que en cuanto hace al dolo no media diferencia alguna, todo el mundo dirá que el cajero le alcanza mayor culpabilidad que al cartero”*.⁴⁷

En este caso, las **inclinaciones lujosas** agravan más la culpabilidad del primero, que por ejemplo, la de las malas condiciones económicas del cartero, por tanto su culpabilidad es menor. De igual manera es argumento es aplicable a la imprudencia (culpa), la imprevisión es valorada más severa o benignamente según las circunstancias concomitantes, como vemos en el siguiente ejemplo: *“El que como guardagujas, después de un largo descanso al comenzar el servicio pone mal un desvío, parece más culpable que el camarada que incurre en la misma falta después de once horas de servicio”*.⁴⁸

De igual manera los Tribunales (alemanes) gradúan la culpabilidad con las mismas circunstancias concomitantes, con lo cual si dichas circunstancias concomitantes pueden atenuar la culpabilidad, no hay porque no considerarlas también como causas de exclusión de la culpabilidad. En caso contrario, si la culpabilidad solamente abarcara el dolo y la culpa (como la consciente o imprevista producción del resultado) resulta incomprensible como pueda excluirse la culpabilidad por un estado de necesidad, ya que el que obra de tal manera también sabe lo que hace.

En segundo lugar –Frank– resalta la insuficiencia de concebir a la imputabilidad como <<presupuesto de la culpabilidad>>, ya que el enfermo mental puede querer la acción y representarse los elementos que la convierten en delito,

⁴⁷ Frank, Reinhard. *Estructura del concepto de culpabilidad*, trad. de Sebastián Soler, Santiago de Chile, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, 1966, p. 13.

⁴⁸ *Íbidem*, p. 14.

inclusive puede saber que es un delito, por lo que concluye que la imputabilidad pertenece a la culpabilidad, es decir, “*es un elemento esencial de la culpabilidad*”.⁴⁹

Por lo tanto, la culpabilidad no solamente esta integrada por la relación psíquica del sujeto con el resultado, sino por tres elementos de igual rango:

1. “*Por la aptitud espiritual normal del autor, llamada imputabilidad;*
2. *Por una concreta relación psíquica del sujeto con el hecho o al menos la posibilidad de la misma (dolo y culpa), y*
3. *Por la normalidad de las circunstancias en que actúa el sujeto*”.⁵⁰

La culpabilidad se entiende como reprochabilidad, como una síntesis de los elementos concretos de la culpabilidad. Un comportamiento prohibido solamente puede ser imputado a alguien cuando le podemos hacer un reproche por haberlo asumido.

En conclusión, podemos afirmar que, Frank fundamenta la reprochabilidad (igual a culpabilidad) en la infracción específica de la <<**norma de deber**>>.

Ulteriormente el concepto normativo de culpabilidad fue desarrollado por James Goldschmidt en 1913 en su obra *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Parte de las ideas de Frank, pero indica que a lado de la <<**norma jurídica**>>, que exige una conducta externa cuya infracción fundamenta la antijuridicidad, existe “*implícitamente*” una <<**norma de deber**>> que impone a cada cual la disposición de la conducta interna de tal modo que pueda corresponder las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa.⁵¹

⁴⁹ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 30, 31 y ss.

⁵¹ Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1943, pp. 10, 11 y ss.

Por último, Berthold Freudenthal en 1922, es quien redondea el concepto normativo de culpabilidad al publicar el texto *Culpabilidad y Reproche en Derecho penal*. Comienza estableciendo el enorme abismo existente entre la concepción que tiene el pueblo (que no tiene acceso al mundo de los conceptos dogmáticos penales), que fuera utilizado por Frank en relación a las circunstancias concomitantes, y la de los juristas, de tal manera que donde el pueblo halla a alguien inocente, el jurista lo encuentra culpable.⁵²

Por dichos motivos, Freudenthal considera inaceptable los argumentos procesales y “vulgares” de Frank en su pretensión de justificar las circunstancias concomitantes como integrantes de la culpabilidad. En realidad, lo fundamental para la culpabilidad es la <<inexigibilidad>> como causa general suprallegal de exclusión de la culpabilidad. El reproche de la culpabilidad descansa, precisamente, en que las representaciones y los juicios (del autor) hubiesen debido bastar para producir buenos ánimos de eficacia contra la ejecución del hecho.

Queda manifiesta la exposición de una exigibilidad individual, negando la culpabilidad cuando las circunstancias concomitantes del hecho fueron de modo “*que para la comisión del hecho punible habrá hecho falta una medida de capacidad de resistencia que normalmente no se le puede exigir a nadie*”.⁵³

En general, desde el punto de vista de la concepción normativa, la culpabilidad debe exigir al sujeto, tomando en cuenta lo que él hace, su resultado, pero sobre todo, lo que indica la norma secundaria (no la norma primaria). Habrá culpabilidad, cuando se pueda reprochar al sujeto, lo que la norma secundaria dice.⁵⁴

La culpabilidad se fundamenta en la posibilidad de actuar de otra manera por parte del autor, lo cual es insostenible científicamente por basarse en argumentos

⁵² Freudenthal, Berthold, *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*, trad. de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Editorial B de F, 2003, pp. 63 y 64.

⁵³ Jakobs, Günther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 571.

⁵⁴ Franco Guzmán, Ricardo. “Explicaciones de cátedra, Teoría de la Culpabilidad”, Especialidad en *Derecho Penal*, Semestre 2006-1, Facultad de Derecho, División de Estudios de Postgrado, UNAM.

racionalmente insostenibles; la capacidad de poder actuar de modo distinto de como realmente se hizo; lo cual se puede creer pero no demostrar. Esto es la crítica que jamás pudo superar la teoría normativa.

1.2.3.- Hans Welzel y la teoría de la acción finalista

A partir de las nuevas formulaciones de carácter filosófico, el finalismo intenta una reordenación de la sistemática del delito y, además, darle un nuevo contenido, oponiéndose la metodología utilizada por el positivismo y el neokantismo.

Para Welzel, la acción no sólo es un proceso material causal (como afirma el positivismo naturalista), sino un proceso completamente dotado de sentido, de significación, lo cual proviene de la dirección que le da a la acción el sujeto. Debido a esto, la tipicidad no puede ser agotada con la causalidad, necesariamente habrá que recoger este sentido que lleva pegada la actividad humana.

Como resultado obtendremos que la base del injusto no sea la violación bienes jurídicos o intereses sociales, sino en la violación de deberes de conciencia del propio sujeto. Son estos valores de conciencia, los que le interesa proteger al Derecho penal, puesto que son los que determinan la dirección a los actos del sujeto. Sólo en segundo lugar, en forma mediata, a través de dichos valores de conciencia, se protege a los bienes jurídicos.⁵⁵

“Acción humana es ejercicio de actividad final”⁵⁶ es por esta razón que la acción es un acontecer final y no causal. Dicha “finalidad” o carácter final de la acción se base en que el hombre, en virtud del conocimiento causal, puede prever, dentro

⁵⁵ Bustos Ramírez, Juan. *Introducción al derecho penal*, 2ª ed., Colombia, Editorial Themis S.A., 1994, pp. 162 y 163.

“Con ello se reafirma la naturaleza ético-social del derecho penal, en conformidad a la naturaleza ético-social de sus fundamentos, que sería la dignidad de la persona humana y las estructuras lógico-objetivas. De este modo se deja sin espacio tanto al positivismo naturalista como al sociológico. Al naturalista, en cuanto la causalidad pasa totalmente a un segundo plano, si bien mantiene un carácter ontológico, su estructura aparece totalmente subordinada a la de la finalidad. Al sociológico, en cuanto el injusto no aparece determinado desde el bien jurídico, esto es, desde los intereses sociales, sino que desde los valores de conciencia, acto o sentido, y en cierto modo, entonces, los bienes jurídicos aparecen supeditados a estos valores de conciencia, ya que su protección se logra sólo a través de estos.”

⁵⁶ Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*, 4ª ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 39.

de ciertos límites, las posibilidades de consecuencia de su actividad; por tanto, ponerse fines diversos y dirigir su actividad, de acuerdo a su plan, a la consecución de estos fines.

La actividad final consiste en un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante de los componentes causales existentes en cada caso. Es por todo esto que el gran jurista alemán dice literalmente: “...**la finalidad es...<vidente> y la causalidad es <ciega>**.”⁵⁷

La finalidad es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior convirtiéndose en una acción dirigida finalmente. En virtud de esto, la voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, ya que, en la medida en que configura objetivamente el acontecer exterior.

De esta manera, la acción para el finalismo consiste en:

- a) Objetivo a conseguir,
- b) Medios para conseguirlo
- c) Consecuencias concomitantes (secundarias) que son estrechamente vinculadas a los medios, que podrán ser queridas –dolosas– o no queridas –culposas–.

⁵⁷ *Íbidem.* pp. 40, 41 y ss.

Para aclarar lo anterior, el gran penalista alemán pone el siguiente ejemplo:

“...cuando el rayo electrocuta a un hombre que trabaja en el campo, el acontecer se basa en que entre el hombre y la nube se originó la máxima tensión eléctrica, que llevo a la descarga, esta tensión pudo haberse originado también exactamente igual entre otro objeto de cierta altura y la nube. Que fuera justamente el hombre estaba por cierto condicionado causalmente en la cadena infinita del acontecer, no estaba dirigido finalmente a ello. Totalmente diferente en las acciones humanas: quien quiere asesinar a otro elige, conscientemente para ello, los factores causales y los dispone de tal modo que alcancen el fin previamente determinado. Aquí la constelación causal se ha ordenado para la consecución del fin: compra el arma, averiguación de la oportunidad, ponerse al acecho, disparar al objetivo; todos éstos son actos dirigidos a un fin, que está sujetos a un plan de conjunto.”

Por su parte el causalismo señala tres elementos fundamentales en su composición:

- 1) El proceso material causal.
- 2) La relación de causalidad, entendida como una conexión de causa a efecto, entre el proceso material causal y el resultado.
- 3) El contenido subjetivo de la voluntad, externamente manifestado en los hechos.

El Dr. Márquez Piñero explica, que la actividad finalista, no sólo comprende la finalidad de la acción, sino que abarca la elección de los medios necesarios y sus consecuencias secundarias necesariamente vinculadas. Es por esta razón que la palabra “*finalidad*”, no debe entenderse en su sentido literal, ya que en ese caso, solamente se consideraría el objetivo (“*finis*”).⁵⁸

La acción final, entendida por Welzel, (indica el Maestro México-español) “*es el ejercicio final de la actividad humana*”. La voluntad finalista es una voluntad de concreción, que comprende todas las consecuencias que el autor conoce su vinculación con los medios para la obtención del objetivo, y por ello quiere realizarlas.

En contraste con la relación causal, en la cual todas las consecuencias están determinadas causalmente, pertenecerán a la relación final, únicamente aquellas que han sido incorporadas a la voluntad anticipadora de realización; solamente existirá una acción final en relación a las consecuencias antepuestas por la voluntad de realización.⁵⁹

⁵⁸ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal parte general*. 4ª ed., 2ª reimpr., México, Trillas, 2001. p.135.

⁵⁹ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán... op. cit.* Nota 56, p. 43.

La culpabilidad en el finalismo, conserva la posición normativa, siendo “*un juicio de reproche personal de haber cometido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla*”.⁶⁰

Dicho reproche va dirigido a la <<resolución de voluntad>> antijurídica, pero no a cualquier resolución de voluntad, sino a la voluntad conforme a la norma; sólo aquello que depende de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable. Sus dotes y disposiciones (lo que realmente es) pueden ser valiosas o de escaso valor, pero sólo lo que haya hecho con ellas o como las haya empleado, en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer de ellas, o como las hubiera debido o podido emplear, sólo así podrá serle imputado como <<mérito>> reprochado como culpabilidad.

La culpabilidad –dice Welzel– es un concepto **valorativo negativo**, identificándolo como reprochabilidad. “*La culpabilidad en sentido amplio (como voluntad de la acción culpable, o como acción culpable) presupone conceptualmente la culpabilidad como cualidad (reprochabilidad), es decir la culpabilidad en sentido estricto y propio*”.⁶¹

En sentido estricto la reprochabilidad, presupone, en cambio una voluntad determinada, como soporte específico. Solamente una voluntad (antijurídica) o una acción (típica, antijurídica) puede ser culpablemente relevante para el Derecho penal.

En virtud de que el reproche de culpabilidad presupone que el autor hubiera podido adoptar su resolución de voluntad antijurídica de otro modo, en un sentido concreto de **este hombre** en esta situación (no de manera general --algún hombre--) hubiera podido adoptar su resolución de acuerdo con la norma. Dicho problema se descompone tradicionalmente en otros dos:⁶²

⁶⁰ Welzel, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de José Cerezo Mir, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, p. 125.

⁶¹ *Íbidem*, p. 128.

⁶² *Íbidem*, p. 134.

“1.- ¿Es posible teóricamente la adopción de la resolución de voluntad correcta en lugar de una falsa? (el problema del libre albedrío).

2.- En caso de que se admita esta posibilidad, ¿tenía esta capacidad el autor concreto? (El problema de la imputabilidad o –mejor– de la capacidad concreta de la culpabilidad)”.

Pero si la imputabilidad es una capacidad de culpabilidad ¿en que consiste dicha capacidad? Welzel responde: **a) en comprender lo injusto del hecho, y b) decidirse de acuerdo con esta comprensión.**⁶³ La capacidad de culpabilidad esta compuesta por un elemento de conocimiento (intelectual) y un elemento de voluntad (voluntario), en otras palabras, **la capacidad de comprensión de lo injusto y de la determinación de la voluntad.**

En conclusión para el finalismo, la culpabilidad se compone por la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento del injusto y por la exigibilidad de una conducta adecuada a la norma.

1.2.4.- La escuela finalista

Reinhart Maurach, segundo jefe de la escuela finalista, discípulo de Welzel, pero cuya mayor virtud es tener un sentido crítico del maestro, indica que el concepto de culpabilidad de la teoría final, a pesar de ser un importante progreso, todavía no responde a los cometidos ni a la esencia de la culpabilidad jurídico-penal.⁶⁴

Se necesita un concepto de responsabilidad en sentido amplio, que se adapte a los objetivos del Derecho penal, para lo cual Maurach formula el concepto de <<atribuibilidad>>, que es la base de la responsabilidad, el cual debe contener un expreso juicio de desvalor sobre el autor, sin embargo, no piensa gravar al sujeto con un reproche personal de actuar de modo distinto. “*El juicio de culpabilidad no se*

⁶³ *Íbidem*, p. 147 y 148.

⁶⁴ Maurach, Reinhart, *Derecho penal. op. cit.* Nota 35, pp. 24, 25 y ss.

formulará hasta que conste que el autor podía personalmente actuar de modo distinto”.

La atribuibilidad es *“el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica, no se ha conducido conforme a las exigencias del Derecho. Pero atribuibilidad, si bien constituye siempre un juicio de desvalor, no representa necesariamente también un juicio de reproche”*.⁶⁵

La atribuibilidad tiene su fundamento en la convivencia humana. Ya que el ordenamiento jurídico no puede pretender que todos los hombres se comporten conforme a la norma, en el caso de niños y de enfermos mentales, tal exigencia carecería de sentido. Por otro lado, lo que si puede hacer el ordenamiento jurídico es valorar la conducta de los súbditos como expresión de su personalidad. Es ahí donde está la importancia de la atribuibilidad, en poner de relieve que el acto concreto debe ser atribuido a su artífice como propio, y que el acto alcanza ahora también al autor. Así, Maurach define la atribuibilidad como *“aquella relación jurídicamente desaprobada del autor con su acto típico y antijurídico, que ofrece la base de las distintas posibilidades de reacción del juez penal”*.

En México tenemos grandes representantes del finalismo, por ejemplo el Dr. Moisés Moreno, quien explica que la culpabilidad en el finalismo, coincide con la concepción normativa, considerándola como reprochabilidad. Pero en el finalismo es una concepción puramente normativa; la conciencia de la antijuridicidad ya no es el objeto de la culpabilidad, sino un elemento constitutivo del reproche de la misma. Con lo anterior, la culpabilidad ya no tiene elementos subjetivos, ya no se habla de un concepto material de culpabilidad, sino de un concepto personal de injusto.

1.2.5.- El modelo racional final, culpabilidad y política criminal

Como ya vimos en el apartado de política criminal, Claus Roxin anunció en 1970 la elaboración de su programa de reconciliación de *“la Política Criminal y el*

⁶⁵ *Íbidem*, p. 33.

sistema de Derecho penal partiendo de tres exigencias básicas para que el sistema fuera fructífero: orden conceptual y claridad, referencia a la realidad y orientación a las finalidades político criminales"; lo anterior se traduce en que las concretas categorías del delito deben contemplarse y desarrollarse, desde el inicio, a partir de su función político criminal.

Roxin coincide con lo expuesto, *ut supra*, al afirmar que la culpabilidad no es psicológica sino un concepto normativo (valorativo). Pero no se trata únicamente de un mero juicio de valor, sino que contiene a su vez, elementos de contenido material (de carácter objetivo y de carácter subjetivo –por ejemplo el conocimiento de la antijuridicidad–).⁶⁶

La base de la culpabilidad es la reprochabilidad ***“El no dejarse motivar por la representación del deber pese a la exigibilidad es... reprochabilidad”*** y la ***“exigibilidad, el fundamento de la imputación de la culpabilidad”***.

En este sentido Roxin afirma lo siguiente: *“Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde el punto de vista jurídico-penal, quiera hacer responsable al autor, de su actuación”*.⁶⁷

En un intento de salvar el problema, el autor en comento, fundamenta la culpabilidad en la política criminal. Se trata solamente de determinar si de los principios políticos criminales, rectores de la categoría de la responsabilidad, es lícito deducir la exclusión de la penalidad respecto a determinados tipos de situaciones.

Es ahí donde la culpabilidad encuentra su sustancia material. Las consideraciones de prevención general y especial, a diferencia de la dificultad para poder actuar de otro modo distinto, aconsejan al legislador la renuncia o no a la sanción. Desde el punto de vista de la culpabilidad una persona puede ser castigada,

⁶⁶ Roxin, Claus. *Culpabilidad y prevención... op., cit.* Nota 27. pp. 57,58 y ss.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 60.

pero no existen razones de prevención general ni especial que aconsejen su castigo.⁶⁸

La responsabilidad de una persona se dará en el campo la determinación de la punibilidad al ser una realización dogmática de la teoría político-criminal de los fines de la pena y por regla general como una prescripción dirigida al juzgador para la imposición de la sanción correspondiente.⁶⁹

Podemos decir que Roxin, básicamente, se basa en dos ideas: La teoría de la imputación al tipo objetivo y la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, la cual está compuesta de la culpabilidad y las necesidades de la prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la “responsabilidad” personal del sujeto capaz de desencadenar la imposición de la pena. En definitiva la culpabilidad y la necesidad preventiva son condiciones necesarias, pero insuficientes en lo individual, de la pena.⁷⁰

Correlativamente existen cambios a nivel de tipo –explica la Dra. Verónica Román–, los más importantes recaen principalmente en el tipo objetivo a través de la teoría de la imputación objetiva, en la cual se hace depender de la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de la protección de la norma. Lo anterior se reduce en la sustitución, por primera vez en la doctrina, de la categoría científica-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas.⁷¹

El legislador sólo podrá determinar la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto a partir de los postulados de la teoría del fin de la pena, y el Juez únicamente interpreta la voluntad del legislador. Determinar el grado de responsabilidad se da en el ámbito de la política criminal referida concretamente al autor de la conducta y que penetra directamente en la dogmática del Derecho penal.

⁶⁸ *Íbidem*, pp. 149, 150 y ss.

⁶⁹ Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, 2ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 228.

⁷⁰ *Íbidem*, p. 222.

⁷¹ *Ídem*.

Determinar los fines de la pena es, de manera conjunta, mediante conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-jurídicos.⁷²

En este sentido, la culpabilidad deberá sustentarse en los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena, ya que el tipo establece las reglas generales a todos los gobernados a efectos de la prevención general y la antijuridicidad designa la conducta correcta en caso de conflicto, el siguiente grado o categoría del delito se referirá a la cuestión de si es necesaria una sanción contra el autor concreto a partir de puntos de vista jurídico-penales.

Por lo anterior, lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador por motivos jurídico-penales ha querido hacer responsable al autor de su actuación. Una actuación culpable precisará también una sanción penal por razones preventivas; cuando un legislador ha tipificado una conducta, es porque ha considerado necesaria combatirla, normalmente, por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad.

La culpabilidad es considerado un presupuesto de la punibilidad, pero no legitima ninguna retribución. Esta concepción se aleja de la idea kantiana de que la justicia debería exigir una compensación de culpabilidad desvinculada de los fines y teniendo como esencia de la pena la retribución, por no estar acorde con un Derecho penal de un moderno Estado democrático. La verdadera tarea de la pena es preservar una pacífica vida común y asegura las bases de existencia a sus ciudadanos.

La culpabilidad es indispensable para la pena, pero no la exige, la pena inclusive puede estar por debajo de la medida de la culpabilidad o ser remplazada por otras sanciones que las necesidades preventivas lo permitan o evidencien. Se debe atender a los requerimientos mínimos de prevención general para que la pena a pesar de estar por debajo de la medida de la culpabilidad sea socialmente aceptada y suficiente para poder restablecer la paz jurídica. La determinación

⁷² Roxin, Claus. *Culpabilidad y prevención... op., cit.* Nota 27. p. 72.

concreta se basará en exigencias de prevención especial sin que la duración pueda sobrepasar la medida de la correspondiente de la culpabilidad.⁷³

A raíz de lo expuesto, y junto con Roxin, podemos establecer las siguientes conclusiones:

- a) La culpabilidad en tanto pueda ser constatada en la praxis forense, viene determinada en su contenido por criterios preventivos,
- b) No basta como fundamento de la pena la culpabilidad, en muchos casos debe añadirse requisitos preventivos a manera de desencadenar en una responsabilidad jurídico-penal y,
- c) Los mandatos de la prevención especial limitan, a la inversa de la culpabilidad, el grado de la pena, pudiéndose imponer una pena menor a la determinada por el grado de culpabilidad. Sólo de esta manera puede evitarse el peligro de una mayor desocialización.

El sistema funcionalista de Roxin lleva a concebir los fines de la pena como un criterio de determinación sobre su aplicación junto con la culpabilidad. Por ello se habla ya de una responsabilidad y no sólo de culpabilidad.

⁷³ Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad... op. cit.* Nota 69. pp. 249 y 250.

“Tal concepción es puramente preventiva en los objetivos, pero en el marco de lo socialmente posible – es decir, de lo tolerable desde la prevención general– asegura la libertad individual en el mayor grado imaginable: no debe penarse sin culpabilidad y no se debe penar más allá de la medida de la culpabilidad, pero tampoco debe penarse sin necesidad de prevención especial o general.

La necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídico-penal se da más con la existencia de culpabilidad. Sin embargo, esto no es así en todos los casos. V.gr. en el estado de necesidad disculpante el legislador parte –con razón– de la idea de que el peligro podría ser soportado en caso de necesidad, o sea de que el sujeto tiene la alternativa de la conducta conforme a Derecho.

Tales aspectos preventivos se pueden constatar de manera más o menos pronunciada, en todas las causas de exculpación (más exactamente: causas de exclusión de responsabilidad), pero también en las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto (inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad, y error de prohibición invencible).

Sólo mediante el reconocimiento de culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de igual rango de la responsabilidad jurídico penal, puede la dogmática conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena para la que hoy día se reconoce que sólo culpabilidad y necesidades preventivas conjuntamente pueden dar lugar a una sanción penal.”

Históricamente la culpabilidad ha servido como criterio de determinación de la pena dentro del intervalo de punibilidad (dependiendo el grado de su culpabilidad) lo cual se traducía en que una vez confirmada la culpabilidad se debía imponer una pena. Con el funcionalismo de Roxin, en cambio, la culpabilidad sigue siendo el límite de la pena hacia arriba, pero deja de ser determinante hacia abajo, en otras palabras, la responsabilidad requiere de la culpabilidad y la necesidad de pena. El Dr. Enrique Díaz Aranda lo explica:

*“...una conducta puede ser típica, antijurídica y culpable y, sin embargo, puede quedar sin sanción cuando los fines de la pena así lo aconsejen, como sucedería en caso de delitos no graves que se sancionarían con penas de prisión reducidas, y que pueden ser sustituidas por otras sanciones económicas o administrativas. Por ello, la sola culpabilidad, como elemento de la responsabilidad como categoría del delito, no sería suficiente para imponer la pena de prisión, ya que puede prescindirse de ésta cuando no es necesaria, y se puede sustituir por otra sanción”.*⁷⁴

Todo lo anterior se puede traducir, que en caso de delitos menores (por baja cuantía, sin violencia grave o mínima intervención) donde el sujeto no necesita de resocialización o reinserción; inclusive, sería mas perjudicial tanto individual como socialmente, la prevención especial quedaría excluida, aunado a lo anterior, por la mínima o nula alarma social no se necesitaría sanción alguna para confirmar la observancia de la dicha norma por el resto de la sociedad, es decir, también se excluye la prevención general negativa.

En este sentido, y acorde con las ideas de Roxin, desde el punto de vista de la culpabilidad, es perfectamente valido, juridico-penalmente hablando, el sobreseimiento

⁷⁴ Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal. parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, 3ª ed., México, Porrúa/UNAM, 2008, pp. 377 y 378.

“Compartimos la idea de evitar la imposición de penas que vayan en contra de los fines previstos en el artículo 18, párrafo segundo, de nuestra Constitución, por lo que si el fin es la resocialización, y la imposición de una pena corta supondría, como en la mayoría de los casos, el efecto contrario (disocialización), entonces es preferible recurrir a la aplicación de otro tipo de sanciones menos nocivas”.

de un proceso mediante un acuerdo reparatorio producto de un proceso de mediación penal, o cualquier forma de Justicia Restaurativa.

1.3.- LAS TEORIAS DE LA PENA

Cuando entramos al estudio de la pena, inmediatamente surge una primera afirmación realizada por Enrique Bacigalupo, en la cual refiere que la primera cuestión que debe abordar el estudio del Derecho penal vigente, que surge básicamente del Código Penal, es la concerniente a la función de las normas que lo integran.

El autor en comento, trata de responder a la pregunta ¿Para qué establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena en la ejecución de determinadas conductas? Y afirma que la función del Derecho penitenciario y las teorías de la pena tienen una estrecha relación, ya que toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho penal.

El autor en comento explica que, dentro del pensamiento clásico existen dos líneas que procuran dar respuesta a estas cuestiones; sosteniendo, que el Derecho penal tiene una función metafísica consistente en la realización de un ideal de justicia y que el Derecho penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el Derecho positivo, también conocidos como bienes jurídicos.⁷⁵

Esta afirmación se ciñe a analizar un aspecto de la teoría de la sanción penal, el relativo a los fines de la pena, como significado del acto de castigar para el propio condenado como para la sociedad que castiga, por ende no sólo se estudia la legitimación y esencia de la pena, sino para qué se va a imponer esta pena.⁷⁶

⁷⁵ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi SRL, 2da ed., Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 29.

⁷⁶ Benavente Chorres, Hesbert, *La Ejecución de la Sentencia en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, Flores Editor y Distribuidor, México D.F., 2011, p. 25.

Si bien, para Bacigalupo la función del Derecho penal está vinculada estrechamente a las concepciones sobre su legitimidad y afirma que, si se piensa que es una función legítima del Estado realizar ciertos ideales de justicia, el Derecho penal será entendido entonces como un mero instrumento de justicia, que no da lugar a una función del Estado y se tendrá que recurrir a otras concepciones del Derecho penal, en el que se entenderá de manera diferente. De aquí surge la justificación del Derecho penal como un instrumento socialmente útil y así, el valor que se asigne a estas funciones será el fundamento de la legitimidad del Derecho penal.⁷⁷

Pero este proceso de justificación no ha sido espontáneo, antes al contrario, se ha derivado de diversos enfrentamientos radicales, especialmente en el último cuarto del siglo pasado, con la disputa en la lucha de escuelas en torno a los principios legitimantes del Derecho penal.

Encontramos entonces, que la *Escuela Clásica* mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las "teorías absolutas de la pena"; la *Escuela Positiva* proponía como único criterio el de la utilidad, expresándolo por medio de las modernas "teorías relativas de la pena". Estas dos oposiciones de fundamentos legitimantes vinculan la cuestión de la pena con la concepción del Estado y con sus poderes penales.

La Escuela Clásica concebía los poderes del Estado de una manera más estrecha que la Escuela Positiva, ya que esta última en su idea de "defensa social" le permitía justificar la intervención del Estado con el poder penal, cuestión que para los clásicos era poco probable hacerlo;⁷⁸ temas que más adelante se explicara a detalles con las diferentes teorías que lo robustecen.

Sobre la naturaleza de la pena, surgen respuestas que han sido formuladas por estas teorías de la pena, pero atañe una cuestión en la expresión "teoría" ya que

⁷⁷ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal... op. cit.*, Nota 75, pp. 28 y 30.

⁷⁸ *Íbidem.*, pp. 29 y 30.

se toma en sentido amplio, por lo que en realidad, no se trata de teorías, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del Derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Así, las "teorías" de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el "ser" de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?; es decir, la noción que se impone una pena, por la realización de la justicia, así como, la concepción que si se somete a una persona a los efectos negativos de la pena, es por razones de utilidad social. Ya que la justicia y la utilidad son principios o axiomas que tratan de fundamentar la pena, así las teorías de la pena responden a la pregunta ¿para qué?⁷⁹

Para Roxin, del cometido del Derecho penal y de las disposiciones penales hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto, si el Derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, qué conducta puede conminar el Estado. Con ello, afirma el autor, no está decidido sin más de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho penal; así la teoría sobre el fin de la pena, siempre tiene que referirse al fin del Derecho penal que se encuentra detrás.⁸⁰

Como se ha percibido en párrafos anteriores, desde hace muchos años atrás, se ha disputado el fin de la pena con diferentes interpretaciones fundamentales, las cuales incluso hoy siguen determinando la discusión.

⁷⁹ Benavente Chorres, *La Ejecución...*, *op. cit.*, Nota 76, p. 26.

⁸⁰ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 4ª reimp. traducción de la 2ª edición alemana y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Civitatis, España, Madrid, 2007, p. 81.

Así, encontramos que las teorías que pretenden explicar el fin de la pena son tres:⁸¹

1.3.1.- Teorías absolutas o retribucionistas

A estas teorías, también se les conoce como “*de la retribución*”, “*expiación*” o “*justicia*”, tiene como principales promotores a Kant y a Hegel y su primordial punto de vista, consiste en que la pena constituye un fin en sí mismo, entonces se castiga porque se debe castigar ya sea como una retribución moral, como retribución ética o como una retribución jurídica,⁸² es decir, la teoría absoluta sostiene que la pena al hallar su justificación en sí misma no puede ser considerada como un medio para fines ulteriores, por eso es “*absoluta*” porque el sentido de la pena es independiente o desvinculada de su efecto social (*lat. absolutas = desvinculado*).⁸³

Así, al no encontrar el sentido de la pena en la persecución de un fin socialmente útil, lo encuentra mediante la imposición de un mal que mercedamente se le retribuye, un mal que equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Es necesario resaltar que la concepción de la pena como retribución compensatoria es conocida desde la antigüedad y aceptada en la conciencia de los “profanos” con naturalidad, en el sentido de que la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense, inmortalizando el viejo principio del Talión “ojo por ojo, diente por diente”; en este punto de vista histórico y en el desarrollo cultural se ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre las familias y las tribus, de tal forma que el Derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y en consecuencia creaba paz.⁸⁴

⁸¹ Jiménez Martínez, Javier. “La Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en el Juicio Oral (Ensayos De Recopilación Para Una Antología)”, en *7 Colección Juicio Oral*, Raúl Juárez Carro Editorial SA de CV, México D.F. 2012, p. 91.

⁸² *Ibidem.*, p. 92.

⁸³ Roxin, Claus. *Derecho Penal... op. cit.*, Nota 80. p. 82.

⁸⁴ *Ídem.*

Siguiendo este contexto, si para la retribución el sentido de la pena consiste en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, porque debe imperar la justicia. Esta teoría sucede a la expiación como fundamento de la legitimidad de la pena, propia de los estados absolutistas que implican una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, indispensable para el desarrollo posterior del capitalismo, entendiendo por expiación, una actividad anímica del penado, de carácter moral para “purificarse” interiormente a través del arrepentimiento experimentado posterior al castigo.⁸⁵

Así entonces, se concibe a la teoría de la retribución como la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido, que se traduce en “*la imposición de un mal por el mal contenido*” concluyendo que la pena surge como una necesidad moral derivada de un “*imperativo categórico*” como lo es la justicia para Kant; o una necesidad lógica: negación y afirmación del Derecho como lo es para Hegel.⁸⁶ Sin embargo, la concepción más tradicional de la pena responde a la arraigada convicción de que el malo no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en el su merecido, todo esto se ha fundado en tres razones diferentes: las religiosas, las éticas y las jurídicas.⁸⁷

1.3.1.1.- Fundamentación religiosa

El cristianismo junto con otras religiones parten de la correlación entre las exigencias religiosas de justicia divina y la función de la pena; desde su connotación religiosa de la Ley del Talión hasta la postura que manifiesta Roxin de ésta como un acto de fe.

En este contexto, Roxin asevera que la idea misma de retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe, ya que racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido,

⁸⁵ Benavente Chorres, *La Ejecución...*, *op. cit.*, Nota 76, p. 26 y 29.

⁸⁶ *Íbidem.*, p. 27.

⁸⁷ Jiménez Martínez, *La Ejecución de Penas... op. cit.*, Nota 81. pp. 92 a 94.

añadiendo un segundo mal, que es sufrir la pena.⁸⁸ Afirma que tal procedimiento corresponde al arraigado impulso de venganza humana, del que ha surgido históricamente la pena; pero que la asunción de la retribución por el Estado sea algo cualitativamente distinto a la venganza, el que la retribución quite "*la culpa de la sangre del pueblo*", sólo se concibe por un acto de fe, que no puede ser impuesto a nadie ya que no es válido para la fundamentación ni vinculante para todos, de la pena estatal.⁸⁹

Por lo que agrega que de nada sirve, para justificar esta teoría, invocar el mandato de Dios, ya que las sentencias no son pronunciadas en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo; por ello no es admisible en una época que deriva todo su poder estatal del pueblo, la legitimación de medidas estatales con la ayuda de poderes trascendentes, además que se asegura que no se corresponde con la esencia de una verdadera religiosidad.⁹⁰

1.3.1.2.- Fundamentación ética

Ésta fundamentación, proviene de Emanuel Kant, el cual afirma que el hombre es un "fin en sí mismo" por lo que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, ni sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. De aquí que sólo es admisible basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia donde la ley penal se presenta como un "imperativo categórico", es decir, como una exigencia incondicionada de la justicia y libre de toda consideración utilitaria, así la pena es el resultado que se impone cada vez que se comete un delito.⁹¹

⁸⁸ Roxin, Claus, *Derecho Penal... op. cit.*, Nota 80. P. 82.

⁸⁹ Durán Migliardi, Mario, "Teorías Absolutas de la Pena: Origen y Fundamentos Conceptos y Críticas Fundamentales a la Teoría de la Retribución Moral de Immanuel Kant a Propósito del Neo-Retribucionismo y del Neo-Proporcionalismo en el Derecho Penal Actual," en *Ensayos, Revista de Filosofía*, Volumen 67, Santiago, 2011, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext.

⁹⁰ *Ídem*.

⁹¹ Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal. parte general. las teorías de la pena y de la ley penal (introducción teórico práctica s sus problemas básicos)*, Valencia, tirant lo blanch, 1993, pp. 68 y 69.

"b) En segundo término, la de entender que, al ser una exigencia de valores absolutos, la pena que corresponda al delito cometido tiene que ejecutarse siempre y en su totalidad: la no ejecución de la pena, o su

Asimismo, refiere que la retribución siempre debe ser equivalente al daño causado por el delito “*punitur quia peccatum est*”, es decir, el castigo debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la ley penal, de aquí que ésta última se presente como un imperativo categórico o una exigencia de la justicia, que debe ser superior de las consideraciones utilitarias. La pena es un fin y no un medio para conseguir un bien, el hombre no puede ni debe ser tratado como un objeto al servicio de ciertos fines.⁹²

Dentro de las afirmaciones de Kant, encontramos que la pena “debe ser” aun cuando en el Estado y la sociedad ya no existan, esta concepción recibe sus característica de “absoluta” ya que el sentido de la pena al no ser la prosecución de alguna finalidad socialmente útil, radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que, se agota todo el fin de la pena en la retribución misma.

El mal de la pena está justificado por el mal del delito, como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, como mencionábamos anteriormente en “Ley del Tali6n,” ya que niega o aniquila al delito, restableciendo el Derecho lesionado y debe de imponerse por el delito, aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe siempre aplicarse. Finalizando con la idea de la proporcionalidad entre el delito y la pena es la más valida, así una pena que no tomara en cuenta el da1o causado por el delito no sería

ejecución solamente parcial, es inimaginable en el contexto teórico de las teorías absolutas de la pena por cuanto que ello frustraría las exigencias irrenunciables de la Justicia o el Derecho.

Sumamente significativo en este sentido es el ejemplo de la isla propuesto por KANT para expresar gráficamente su teoría de la pena: en una isla se encuentran los diez únicos supervivientes de un cataclismo que ha asolado a la tierra, calculándose que en unas pocas horas también estallará la isla, falleciendo todos sus ocupantes y poniéndose así fin a la vida sobre nuestro planeta. Una de las diez personas que se encuentra en la isla es un condenado a muerte fugado de una prisión. El problema radica en determinar que debe hacerse respecto del condenado a muerte. En tales circunstancias, se afirma, el grupo debe ejecutar al condenado a muerte antes de que estalle la isla, pues de no hacerlo, el delito del que trae su causa la pena quedaría sin castigo y se frustrarían las exigencias de la justicia. La utilidad o inutilidad de la ejecución de esa pena de muerte desde el punto de vista preventivo (v. gr. evitar que los demás delincan por temor a ser también ejecutados, o evitar la recaída del autor en el delito) es algo que, en el contexto del ejemplo y en el marco de una teoría absoluta de la pena, queda totalmente fuera de consideración”.

⁹² Benavente Chorres, *La Ejecución de la Sentencia...*, op. cit., Nota 76, p. 27.

justa: de la misma forma la conciencia colectiva y la del infractor deben sentir como propia la igualdad entre el daño causado por el delito y la pena merecida.⁹³

1.3.1.3.- Fundamentación jurídica

Esta fundamentación se le atribuye a Hegel, el cual afirma que el carácter retributivo de las penas tiene una fundamentación jurídica, ya que se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general, representado por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente, de esta forma, la pena en sí no persigue fines preventivos, intimidatorios o correccionales. En este sentido Hegel se distingue de Kant materialmente, ya que el principio del Talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia del delito y pena; observando siempre a la pena como la afirmación del Derecho.

De esta manera, la tesis de Hegel se basa en el supuesto de que el delito es la negación del orden jurídico, por lo que la antítesis es la pena al ser la negación del delito. En esta construcción de la negación de la negación, la pena se concibe como reacción o instrumento que restablece o restaura idealmente el orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y la particular, sin tener fines utilitarios posteriores; entonces sólo así, se trata al delincuente como un ser racional, libre y se le honra, dándole no algo justo en sí, sino su propio derecho. La justicia de la pena concreta, entonces vendrá dada por un principio valorativo más flexible, que tenga en cuenta las características de la lesión concreta y las circunstancias de la sociedad civil.⁹⁴

1.3.1.4.- Críticas a la teoría retributiva

El merito de la teoría de la retribución es proporcionar un baremo a la imposición de la pena, estableciendo como límite a ésta la culpabilidad, pero es con base a ésta donde se fundamenta una de las principales críticas ya que la culpabilidad y el libre albedrío, son científicamente indemostrables, como ya vimos

⁹³ *Íbidem.*, p. 28.

⁹⁴ Roxin, Claus. *Derecho Penal... op. cit.*, Nota 80, p. 85.

en las teorías que explican la culpabilidad, el actuar de otro modo no es algo que tenga un sustento científico comprobable en la realidad.

En el pensamiento de Roxin, al cual nos adherimos, si la finalidad del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos, para cumplir con dicho objetivo no puede permitirse utilizar una pena que prescindiera, de manera tajante y expresa, de todo fin social.⁹⁵ Tampoco como teoría de la expiación puede defenderse; la expiación, tradicionalmente se piensa que el auto realiza una aceptación interna de la pena como compensación justa de su culpabilidad, asimilando moralmente su comportamiento, por lo que se purifica y recupera, a través de la expiación, su integridad humana y social. Esto es lo deseable, pero en la realidad no se da.

1.3.2.- Teorías relativas o preventivas

Como ya se dijo, la *Escuela Positiva* realizó sus propuestas respecto a la fundamentación de la pena expresándolas por medio de las llamadas teorías relativas o también conocidas como teorías de la prevención. Las teorías se caracterizan por considerar a la pena un medio para alcanzar una “meta”, ya sea la prevención, la rehabilitación o la defensa social y resaltan que sería inhumano e incluso absurdo aplicar una pena sin perseguir una finalidad.⁹⁶

Se posiciona en la idea contraria de las teorías absolutas en *quia peccatur est*, es decir, sólo porque se ha delinuido, estableciendo que en las teorías relativas, la pena se *imponit ut ne peccetur*, es decir, para que no se delinca. La formulación más antigua esta teoría, se atribuye a Séneca quien, tomando del Protágoras de Platón,

⁹⁵ *Íbidem*, p. 84

“El Estado como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz u en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. Tampoco la tesis de una “culpabilidad” que hay que retribuir puede fundamentar por sí sola la pena; la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indemostrabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales”.

⁹⁶ Fernández Muñoz, Dolores E, “La Función de la Pena”, en *Revista de Derecho Comparado*, México, D.F. Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 963.

afirmó *Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*, que significa, que ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque.⁹⁷

Estas teorías procuran legitimar la pena, mediante la obtención de determinado fin, o la tendencia a obtener ese fin, basando su criterio legitimante en la utilidad de la pena y en donde su fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados (teoría preventivo general de la pena, negativa o positiva) o; para que no reitere su hecho (teoría preventivo especial o individual de la pena, negativa o positiva).⁹⁸

Encontramos que a diferencia de las teorías absolutas, que se fundan en principios religiosos, morales o idealistas, las teorías relativas parten de la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento del orden social y de ciertos bienes sociales necesarios para el desarrollo, en este sentido, la pena no se justificará como mero castigo del mal realizado o como respuesta retributiva frente al delito ya cometido, sino como instrumento dirigido o encaminado a prevenir delitos futuros, se podría decir que la retribución “mira al pasado” mientras que la prevención “mira al futuro”. Dentro de las teorías relativas, se brindan tres diferentes orientaciones:⁹⁹

1.3.2.1.- Teoría de la conservación del pacto social

Dentro de esta teoría es lógico saber que, como máximo exponente encontramos a Rousseau, el cual afirma que el verdadero objeto de la pena es la conservación del pacto social, es decir, que el contrato social tiene como único fin la conservación de los contratantes, así que el fin quiere los medios y estos medios son inseparables de algunos riesgos e incluso de pérdidas.

⁹⁷ Manuel Vidaurri Aréchiga, “Las Teorías de la Pena”, México, en Guanajuato, <http://usic13.ugto.mx/derecho/pdfs/BIJ/BOLET46.pdf>, p. 20.

⁹⁸ Benavente Chorres, *La Ejecución de la Sentencia...*, op. cit., Nota 76, p. 29.

⁹⁹ Cfr. Jiménez Martínez, *La Ejecución de Penas...* op. cit., Nota 81., pp. 95 a 99.

La teoría contractualista dogmatiza que el orden social es un derecho que no viene de la naturaleza, antes al contrario, está fundado en convenciones, así la pena es una reacción defensiva para la conservación del pacto firmado, ya que el delito coloca al interno fuera de la protección del orden social y el delincuente es entonces un traidor a este pacto.

1.3.2.2.- Teoría de la prevención especial

La teoría de la prevención especial es también conocida como “*prevención individual*”, referimos que es totalmente contraria a la prevención general y podemos encontrar en esta teoría al máximo exponente del pensamiento penal de la escuela alemana a Franz von Liszt.

No obstante, esta teoría es desarrollada por diversas corrientes sumada a la de Von Liszt como, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social, todas ellas, también contrarias a las teorías de la retribución y donde su semejanza se encuentra en la suman al pensamiento de que el fin de la pena, está dirigida exclusivamente a la persona que cometió el delito, es decir, que el fin de la pena es la prevención dirigida al autor individual o particular.

En la teoría de la ***prevención especial positiva***, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles o evitar reincidencias, procurando readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización, así la necesidad de prevención especial es lo que legitima la pena y por tanto Von Liszt afirma que sería justa, de aquí que se haga referencia a ella como “relativa” porque su finalidad va dirigida a la “evitación del delito”; en este argumento, la concepción se encuentra influenciada por el determinismo, ya que no admite la libertad de la voluntad y niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

En esta orientación moderna de la prevención especial, como defensores encontramos a Bacigalupo, Jean Vallejo y José Cansino, los cuales afirman que el fin principal de la pena es la reeducación o la reinserción social del delincuente.¹⁰⁰

Para la escuela positiva Italiana, que ha centrado su atención en el delincuente y como principales exponentes encontramos, Lombroso, Ferri y Garófalo, quienes han concebido al delito como un hecho natural y social, llegando a la conclusión de que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social, que no tiene libre albedrío, entonces, como el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficaz, por esa razón debe ser reemplazada por las medidas de seguridad.¹⁰¹

Pero en Alemania para la escuela sociológica, representada por Von Liszt¹⁰², se establece que la finalidad de la pena debe investigarse en función de las distintas categorías de delincuentes y no de manera uniforme para cualquier autor, considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva especial, actuando de tres maneras: corrigiendo al incorregible; intimidando al intimidable y haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.¹⁰³

Así en el contexto de la orientación clásica de la prevención especial que realiza Von Liszt, como mencionábamos anteriormente, cuando refiere a que la pena debe cumplir un fin según el tipo de delincuente clasifica a este último de tres formas:¹⁰⁴

- Delincuentes irrecuperables o habituales, en donde el fin de la pena es de prevención especial neutralizadora o neutralizante, cuyo cometido es la inocuación del delincuente no capaz de corrección, aquí la sociedad

¹⁰⁰ *Ibidem.*, p. 99.

¹⁰¹ Roxin, Claus, *Derecho Penal... op. cit.*, Nota 80. p. 86.

¹⁰² Cfr. Von Liszt, Franz, *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie 1. Enseñanza del Derecho y material didáctico, núm. 15, Universidad Nacional Autónoma de México/ Universidad de Valparaíso de Chile, 1994, pp. 83 y ss.

¹⁰³ Benavente Chorres, *La Ejecución de La Sentencia...*, *op. cit.*, Nota 76, pp. 33 y 34.

¹⁰⁴ Jiménez Martínez. *La Ejecución de Penas... op. cit.*, Nota 81, pp. 97 y 98.

debe protegerse de los irrecuperables y la solución es privar de la libertad de por vida o de manera indeterminada.

- Principiantes de la carrera criminal, para quienes la pena cumple una función de prevención especial positiva, que se cifra en corrección o mejoramiento del delincuente capaz y necesitado de corrección, y que por predisposiciones hereditarias o adquiridas han llegado a la delincuencia pero no son casos perdidos y existe esperanza de ser salvados.
- Delincuente ocasional para quien carece de sentido una sistemática de corrección, aquí la pena cumple un cometido de prevención especial negativa, que consiste en la intimidación del delincuente no necesitado de corrección, es decir, para los sujetos que el hecho cometido constituye un episodio o descarrío generado por influencia preponderantemente externa y para quienes, el peligro de una frecuente repetición de la acción punible cometida, es mínima y no tiene sentido una sistemática corrección. Aquí, la pena debe reestablecer la autoridad de la ley violada, que debe ser intimidatoria o una advertencia al impulso egoísta del delincuente.

La necesidad de la pena es lo que fundamenta esta teoría, aunque en la mayoría de los conocimientos empíricos, no es suficientes para delimitar la necesidad, lo que resulta generalizado a la naturaleza y *quantum* de la pena, en donde resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial, la única conclusión viable sería la impunidad, es decir, en delincuentes primarios y ocasionales, porque no manifiestan peligro para volver a delinquir en:¹⁰⁵

- Delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición.
- Delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con toda seguridad no se volverán a repetir.

¹⁰⁵ Benavente Chorres, *La Ejecución de La Sentencia...*, *op. cit.*, Nota 76, p. 35.

- Delincuentes habituales: a veces no hay posibilidad de resocializarlos.
- Delincuentes por convicción: en los que se dificulta la resocialización ya que para ser viable es indispensable la colaboración del delincuente y no puede imponerse coactivamente o aplicarse por la fuerza.

Para la teoría de la **prevención especial negativa**, invocando nuevamente la teoría de Von Liszt, de la que mencionada en el párrafos anteriores, surge el término de la inocuización de delincuentes habituales,¹⁰⁶ su premisa mayor es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes, de los cuales, han sido responsables de la mayor parte de los hechos delictivos y así poder predecir quien lo seguirá siendo. De este modo que la inocuización de los mismos en su retención en prisión el máximo tiempo posible, conseguiría una gran reducción de número de hechos delictivos posibles y sobre todo, mayores beneficios a un menor costo.¹⁰⁷

Podemos encontrar que los métodos predicativos de esta teoría, se basan en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad que se han visto en la necesidad de ser sustituido por otros de manera actuarial, así abordar el delito con técnicas probabilísticas y cuantitativas, recurriendo a un método estadístico que toma como base determinados indicadores y cuya cuantificación permite emitir los pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos sin tener que entrar al estudio de la psicología del individuo concreto.

Es importante mencionar que una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona incluyendo los del delincuente y quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe soportar de manera análoga un riesgo para la seguridad

¹⁰⁶ Cfr. Von Liszt, Franz, *La Idea de Fin*, op. cit., Nota 102, pp. 49 y ss.

¹⁰⁷ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General...* op. cit., Nota 80. p. 88.

de la colectividad, es decir, que cumplida la condena ajustada a la culpabilidad, la sociedad deba asumir el riesgo de un posible delito futuro.¹⁰⁸

Así es importante destacar que la teoría de la prevención especial busca evitar la comisión de delitos pero, a diferencia de la teoría de la prevención general, el objetivo perseguido no se dirige hacia el grueso de la comunidad de individuos, sino únicamente al delincuente en particular, para que no vuelva a delinquir.¹⁰⁹

1.3.2.3.- Teoría de la prevención general

Esta teoría no va enfocada al delincuente, por el contrario, atiende a la sociedad en general y se divide en positiva y negativa:

La teoría de la **prevención general negativa**, tiene su origen científico en Feuerbach, quién concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a la colectividad con el objeto de limitar el peligro derivado de la delincuencia latente en una sociedad, esta coacción de manera abstracta se concretiza a través de las sentencias, en particular, cuando el Juez al condenar al autor de un delito, anuncia a los demás lo que ocurrirá si realizan la misma conducta, es decir, que el efecto recae sobre la generalidad, pero para lograr este fin “intimidatorio”, es necesario que se cumpla la pena para que así la prevención actúe no sólo con la conminación general de penas, sino cumpla su efectividad con la imposición y ejecución de la misma que confirma la seriedad de la amenaza.¹¹⁰

De aquí que se le conozca a esta teoría como “prevención intimidatoria”, se puede describir en este sentido con el concepto de la intimidación de otros que corren peligro de cometer delitos semejantes. Por ello, la prevención general negativa de corte psicológico, que Feuerbach resalta, es que en la prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción psicológica o interna, que

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

¹⁰⁹ Manuel Vidaurri Aréchiga, “*Las Teorías de la Pena*”... *op. cit.* Nota 97, p.28.

¹¹⁰ Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos...* *op. cit.* Nota 91. pp. 89 y 90.

en los casos de una posible infracción del Derecho ejerza un influjo motivador e inhibitorio.¹¹¹

El Maestro Hesbert Benavente, refiere que esta teoría pareciera presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor así, el tipo penal consiste entonces, en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.¹¹²

Para Heinz Zipe, la prevención general negativa como reinserción social, pasa de la intimidación negativa al positivo fortalecimiento y al mantenimiento de la confianza del Derecho en la integración social, por tanto, se da a través del cumplimiento de la prevención de integración social.¹¹³

En la **teoría de la prevención general positiva**, a la que también se le conoce como “integradora” o “estabilizadora”, cabe hacer referencia que tiene similitudes con la teoría de la prevención general negativa, pero su fin es diferente.

Si bien, puede manifestarse por la vía intimidatoria y fortalecer al Derecho frente a la colectividad, como se postula en la prevención general negativa, que tiene por fin conservar el orden o conservar el Derecho validando las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, pero para concretizar la teoría de la prevención general positiva Kaufmann precisa que su correspondencia la encuentra en tres cometidos: una función informativa que advierte al ciudadano de lo que está prohibido y de lo que se debe hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse y triunfar, y; la idea de fortalecer en la población una actitud de respeto hacia el derecho.

En este contexto, se destaca que el destinatario de la pena, no es el infractor potencial, ni mucho menos el delincuente, sino el ciudadano honesto que cumple las

¹¹¹ Jiménez Martínez, *La Ejecución de Penas... op. cit.*, Nota 81. p. 100.

¹¹² Benavente Chorres, *La Ejecución..., op. cit.*, Nota 76, p. 30.

¹¹³ Jiménez Martínez, *La Ejecución de Penas... op. cit.*, Nota 81. pp. 100 y 101.

leyes y al mismo tiempo la opinión pública, cuya confianza en el sistema hay que fortalecer.¹¹⁴

La tesis de la prevención general positiva, consiste en ejercitar por parte del Estado el reconocimiento y validez de la norma para que los autores potenciales desistan, así la pena demuestra la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y reforzará la confianza jurídica del pueblo, para esta tesis, la prevención general positiva, cumple con tres efectos: de aprendizaje social-pedagógicamente originado por la actividad de la justicia penal; de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se le aplica y; de pacificación que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y consideran solucionado el conflicto con el autor.¹¹⁵

La prevención general positiva como prevención-integración, propuesta por Jakobs, refiere que la pena está al servicio del ejercicio de la fidelidad al Derecho, de aquí que se le llame prevención general positiva y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo generales; Jakobs, de la mano de Luhmann, expresa que la pena confirma la identidad normativa de la sociedad, es decir, que su objetivo principal es reafirmar la vigencia de la norma.¹¹⁶

A esta teoría, en general, se le atribuye ser un modelo tecnocrático, legitimador y acrítico, ya que el eje de la pena pasa de la subjetividad del individuo y del mundo axiológico, de los valores, al sistema y a las expectativas institucionales, eludiendo cualquier reflexión crítica ajena a la funcionalidad del castigo para el sistema.¹¹⁷

El maestro Sánchez Galindo resalta, que la importancia en el funcionamiento del sistema de justicia penal es, que abarque desde la procuración de justicia,

¹¹⁴ Benavente Chorres, *La Ejecución...*, *op. cit.*, Nota 76, pp. 31 y 32.

¹¹⁵ Jiménez Martínez, *La Ejecución de Penas...* *op. cit.*, Nota 81. pp. 101 y 102.

¹¹⁶ *Íbidem*, p. 102.

¹¹⁷ Benavente Chorres, *La Ejecución...*, *op. cit.*, Nota 76, p. 33.

continúe con la impartición de la misma y culmine en la ejecución de la pena. Siendo que a la pena le ha sido asignada la función de prevención general que dada su ejemplaridad, inhibe la realización de conductas delictivas, y de prevención especial que segrega y readapta al que cometió delitos;¹¹⁸ para entender mejor esta definición, en seguida ahondaremos sobre las teorías mixtas.

1.3.2.4.- Críticas a las teorías relativas

Las principales ideas críticas a las teorías relativas, en general, son:¹¹⁹

- De manera general, se dice que la imposición de la pena no es la mejor manera de prevenir el delito, normalmente son mas efectivos otros mecanimos distintos y de una naturaleza completamente distinta.
- Cuando se comete un delito (fracaso de la prevención general) o un individuo reincide (fracaso de la prevención especial) se puede correr el peligro de un endurecimiento progresivo de las penas, lo cual se puede traducir en una presión intolerable del Derecho penal sobre los ciudadanos (*terror penal*); es decir, la pretensión de disuación puede llegar a una elevación indefinida de las penas en la búsqueda especulativa de que mientras mas grave el mal, mas fuerte la necesidad del efecto intimidanta.
- El poco efecto preventivo de la penas en la realidad.
- El contrasentido de utilizar un medio (la pena) básicamente aislante y desocializador como instrumento de resocialización.

Concretamente a la prevención especial se le ha criticado:

- No proporciona un baremo o límite para la pena, se podría tener privado de la libertad a una persona por el tiempo necesario para su resocialización o reinserción.

¹¹⁸ Sánchez Galindo, Antonio. “Seguridad pública y prisiones en México” en *Penitenciarismo (La Prisión y su Manejo)*. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), 1991, p. 646.

¹¹⁹ Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos... op. cit.* Nota 91. pp. 75, 76, 77 y ss.

- Atenta contra la dignidad humana, ya que el Estado no puede corregir a los ciudadanos no tratar de educarlos de manera forzosa.
- No sabe como tratar a los autores que no necesitan resocialización como los autores de hechos imprudentes, autores ocasionales de pequeños delitos, aún personas que cometieron delitos graves pero que no tiene peligro de reincidencia ya que el hecho se cometió en una situación de conflicto irrepetible, o cuando las circunstancias temporales imposibilitan una nueva comisión.

Respecto a las críticas a la prevención general podemos señalar:

- Lleva a una falsa ilusión de seguridad al tener como fin la prevención mediante la amenaza de la sanción y renunciando a la protección de bienes jurídicos.
- Sobre todo, la prevención general positiva, niega la ideología de la resocialización sin complementarla con instrumentos alternativos a los del Derecho penal que ataquen los conflictos de la desviación en sus orígenes y sean compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente.
- La prevención general positiva aporta puntos de vista que pueden conducir a un Derecho penal que tendría que limitarse a funciones puramente conservadoras de las opiniones medias dominantes en el grupo social sin influir, verdaderamente en la transformación del orden social.

1.3.3.- Teorías mixtas

A partir del intercambio de ideas respecto al verdadero fin de la pena, de las propuestas realizadas por las teorías absolutas y relativas, surgen las teorías mixtas, unificadoras o eclécticas, que consideran que estas dos teorías eran insuficientes y no lograban agotar la explicación de la pena, y al efectuar una síntesis de ellas, realizan sus propias propuestas.

Las teorías mixtas parten del supuesto realista que cree imposible adaptar la fundamentación desde las formas de pensar puras y suponen así una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras. Cabe mencionar, que las teorías mixtas son dominantes en el Derecho penal contemporáneo, en este sentido, diversos autores consideran que su existencia revela una crisis que exhibe la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el “*ius puniendi*” del Estado, con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan”.¹²⁰

Sin embargo estas teorías, le asignan la función de protección de la sociedad al Derecho penal, aunque es tal función la que varía en las diferentes posturas que conforman estas teorías, algunas postulan que la protección de la sociedad se basa en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo tienen función complementaria dentro de la retribución, otras, sostiene que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad y la retribución sólo cumple la función de límite máximo de las exigencias de la prevención impidiendo que lleguen a una pena superior a la merecida por el hecho cometido, pero en ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y la conminación penal se justifica sólo por la necesidad de proteger éstos.¹²¹ Dentro de las principales teorías están:¹²²

1.3.3.1.- La teoría retributivo-preventivo

Esta teoría es atribuida a Nowakowski, a Welzel y a Kaufman, para quienes la pena persigue al mismo tiempo, el fin de retribuir el delito como castigo al delincuente por la acción cometida y el fin de prevenir que futuros delitos se comenten.

1.3.3.2.- La teoría diferenciadora

¹²⁰ Benavente Chorres, *La Ejecución De La Sentencia...*, op. cit., Nota 76, p. 38.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

¹²² Jiménez Martínez. *La Ejecución de Penas...* op. cit., Nota 81. pp. 105 a 113.

Teoría en la que encontramos como principal promotor a Schmidhäuser, para quien la pena, sirve de fin de la lucha contra el delito y medio adecuado para hacer posible la convivencia, manteniendo la comisión de crímenes dentro de sus límites tolerables. Schmidhäuser quien parte de la distinción entre teorías de la pena en general y sentido de pena para los distintos sujetos intervinientes en la vida de la pena y afirma que no habrá otra respuesta que “*la necesidad de la pena para la convivencia social*”, ellos supone renunciar conscientemente a que la pena tenga sentido para el condenado, pues implica que no se le castigue en beneficio suyo, sino en el de la sociedad, rechazando totalmente la teoría Kantiana, anteriormente expuesta, de que el delincuente no puede ser utilizado como un medio a favor de la sociedad, de esta forma, Schmidhäuser orienta su teoría en los siguientes conceptos:¹²³

Prevención general: entendida como una función de la pena “realista” según la cual, la colectividad ante el castigo de los delincuentes por los delitos cometidos, en muchos casos se inhibirá de la ejecución de delitos, pero no como el único medio posible para impedir la comisión de delitos, sino como medio de reducir la delincuencia a límites que hagan posible la convivencia normal.

Prevención especial: que no permite configurar la concepción de la pena con la sola consideración al fin de lograr la prevención específicamente de cada autor en particular, condenado por la comisión de delitos.

Sentido de la pena: entendiéndose que la pena, al justificarse por su necesidad, tiene un sentido diferente para cada uno de los intervinientes en el proceso punitivo, es decir, que para cada órgano de autoridad interviniente, la pena tiene sentidos diferentes:¹²⁴ para el legislador con miras de prevención general, para él, la pena sirve a la defensa colectiva, aunque también debe tomar en cuenta la justicia en la aplicación de penas; para los órganos encargados de la persecución de los delitos, que deben cumplir con la función de esclarecimiento del delito y puesta del

¹²³ Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos... op. cit.*, Nota 91, p. 91.

¹²⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 40 y 41.

delincuente a disposición de los tribunales regidos por el principio de igualdad; para el juez con criterios de justicia y de prevención especial, que debe perseguir la pena justa, tomando en cuenta el hecho cometido y la comparación con las otras penas y; para los funcionarios de las prisiones que deben otorgar a la ejecución de la pena la finalidad de ayudar al condenado para aprovechar el tiempo de cumplimiento o la prevención especial por medio de la resocialización.

1.3.3.3.- La teoría dialéctica de la unión o unificadora

Es propuesta por Roxin, aunque anteriormente planteado por Beccaria que legitima la pena por medio de la prevención general, de la retribución y de la prevención especial, cada una centrada en una instancia diferente,¹²⁵ similar a como lo planteó Roxin, el cual parte de la idea de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo, puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que esta a su servicio, de ello resulta que la prevención especial y general deben figurar conjunta, simultánea y equilibradamente como fines de la pena, excluyendo la retribución como fin de la sanción penal.

La propuesta de Roxin cuando refiere que el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres manera, “*amenazando, imponiendo y ejecutando penas*” es decir, que se lleva a cabo en tres momentos o fases:¹²⁶ legislativa, como primer momento de la conminación legal cuya función es proteger bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, donde ninguna teoría ha respondido a la cuestión de que debe prohibir el legislador bajo pena, ni aclara qué merece considerarse delictivo, ya sea para retribuirlo o prevenirlo, asegurando que la protección sólo se buscará a través de la prevención general de los hechos que atenten contra tales bienes o prestaciones, ya que al ser la ley anterior al delito, no podrá ser medio de retribución ni prevención especial del delincuente; judicial, como segundo momento de la

¹²⁵ Botero Bernal, Andrés, “La Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin a la Luz de Beccaria”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 5, 2001/2002, p. 201.

¹²⁶ Roxin, Claus, *Derecho Penal...* op. cit., Nota 80. p. 88. En el mismo sentido Cfr. Benavente Chorres, *La Ejecución de la Sentencia...*, op. cit., Nota 76, pp. 41 a 43.

realización del Derecho penal, que en su aplicación, corresponde complementar la función de prevención general propia de la conminación legal, el juez impone la pena confirmando la amenaza abstracta expresada por la ley, sometándose a la limitación de que la pena no debe sobrepasar la culpabilidad del autor, además de que la imposición judicial de la pena servirá también a la prevención especial y; ejecutiva como la última fase en la vida de la pena, que servirá a la confirmación de los fines anteriores pero de forma tendiente a la resocialización del delincuente como prevención especial.

Esta corriente es seguida por Muñoz Conde, quien también describe la teoría en sus tres fases: la primera en el momento de amenaza penal, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la prevención general, pero si llega a cometerla, a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando la idea retributiva, y finalmente en la ejecución de la pena, sobre todo en una privativa de libertad la idea de prevención especial, así la integración armónica, progresiva y racional de los tres estadios del *ius puniendi*, y se superarían los peligros propios de toda teoría.¹²⁷

1.3.3.4.- La teoría modificadora de la unión

En esta teoría encontramos como principal promotor a Karl-Heinz Gössel, quien afirma que en la imposición de la pena, puede consignarse cualquier tipo de prevención, ya que las sanciones jurídico-penales constituyen consecuencias reales de un delito, se establecen legalmente para la consecución de determinados fines futuros. El autor refiere que para superar la exacerbada dialéctica de la lucha de escuelas sobre la naturaleza de la pena, en lo sucesivo no debe plantearse la pregunta de si las sanciones jurídico-penales están llamadas a cumplir sólo funciones de retribución o de prevención, sino de sí, con tales sanciones entendidas como consecuencias, han de conseguirse fines concretos y adecuados.

1.3.3.5.- Críticas a las teorías mixtas

¹²⁷ *Ibidem*, p. 42.

Si bien las teorías mixtas tratan de dar una mejor respuesta a partir de las bondades de las dos posturas (retributivas y relativas) también se les puede aplicar las mismas críticas que a aquellas, incluso se les ha acusado de tratar, inútilmente, de compaginar lo incompaginable, ya que una pena justa puede ser normalmente inútil, y la pena útil puede ser normalmente injusta.

1.3.4.- Roxín y el proyecto alternativo (la tercera vía) como fundamento de la Justicia Restaurativa y la Mediación Penal

Como es propio de la Dogmática alemana, ante un importante proyecto de reforma legislativa del Derecho penal los más brillantes y destacados juristas se reúnen para analizar dicha reforma y, en su caso, generar un proyecto alternativo que, normalmente, corrige los posibles errores e inconsistencias que pudieran cometer los legisladores.

Es el caso donde, a inicios de la década de los 90's a partir de unas "*Jornadas sobre la <<Reforma del Derecho Penal en Alemania>>*" Claus Roxin expone el proyecto alternativo sobre reparación elaborado por un grupo de penalistas alemanes, austríacos y suizos liderados por el autor teuton.¹²⁸

1.3.4.1.- La reparación en el Derecho civil y penal

Históricamente en el Derecho alemán constituyó una tarea esencial del Derecho penal, proporcionar al perjudicado y su familia <<Sippe>> una compensación por los daños sufridos, pero la evolución jurídica rompió esa relación entre el delincuente y la víctima. Derivado de la división entre el Derecho público y el privado, y al estar el penal ubicado en el público, se entiende este último se encargara de las relaciones entre el Estado y el delincuente; en este sentido, la víctima realiza un papel de mero testigo aportador de información dentro del

¹²⁸ De Vicente Remesal, Javier, "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro", en *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, editor Jesús-María Silva Sánchez, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, pp. 172 y 173.

proceso y, por lo cual, las relaciones víctima-victimario se someten al ámbito del Derecho civil en cuanto a las pretensiones de indemnización o reparación.¹²⁹

Esta división es lógica y acertada desde la óptica sistemática y metodológica, pero tiene aparejada desafortunadas consecuencias desde una perspectiva política social y de derechos humanos, particularmente para la víctima de un delito.¹³⁰ Ante la imposición de una pena privativa de libertad o de carácter económico a favor del Estado, se cree que ha sido expiado con pena sufrida, pero en la realidad es bien sabido que el sólo castigo al delincuente se traduce en una doble victimización, por ejemplo, la persona privada de libertad no tiene ingresos ni recursos para resarcirle a la víctima su daño, a pesar de ser sentenciado a ello (recordemos el principio universal de *nadie está obligado a lo imposible*).

Con independencia de que la solicitud de la reparación del daño sea una obligación a cargo del Ministerio Público y que lo sea del juzgador pronunciarse sobre la misma en la sentencia, normalmente se le deja una acción civil de reparación del daño para que pudiera reclamarla por vía propia, manteniéndose así la división sistemática entre el Derecho penal y el civil. El problema de dicha acción es que es poco práctica para la víctima ya que requiere asesoramiento, tiempo y recursos que probablemente no tenga o no quiera invertir.

¹²⁹ Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, México, Porrúa, 2001, pp. 355 y 356.

“Aunque las barreras que delimitan lo “privado” de lo “público” son cambiantes a lo largo del tiempo y en los diferentes países, el criterio quizá más tradicional para diferenciar ambos sectores es el de la utilidad: será privado el litigio que afecta a la utilidad de los particulares y será público el que reporta utilidad al Estado. Este criterio no es, por supuesto, incontrovertible. Quizá fuera más lógico atender al diferente ámbito de autonomía de la de la voluntad de los particulares en los asuntos litigiosos privados y en los públicos. U ello sobre la base de la distinción entre Derecho público y Derecho privado es puramente sistemática o metodológica”.

¹³⁰ Márquez Piñero, Rafael, “La problemática de las penas, de la necesidad de la existencia de delitos (tal y como los concebimos hoy) y los efectos actuales de las penas privativas de libertad”, en: *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. En homenaje a Claus Roxin*, T.I., coords., Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 453.

Respecto a la sistematización metodológica del Derecho penal y el pensamiento de Roxin, el Ilustre Dr. Márquez opina:

“En uno de sus más clásicos libros, Claus Roxin señaló la necesidad de dilucidar, con toda claridad, el punto de partida de la ciencia del derecho y, dentro de ella, lo que constituye el problema. Piensa el maestro que el razonamiento sistemático, por consiguiente, debe ser remplazado por un pensamiento problemático en el que la solución dimana de la respectiva estructura de los factores que sirven de fundamento al problema, y no de los axiomas previamente dados de un determinado sistema, mediante el procedimiento de la deducción lógica.”

1.3.4.2.- La reparación y los fines de la pena

Como hemos visto, en la actualidad existe el consenso de que la función de la pena es la prevención respecto a la prevención especial con base a un tratamiento, descubrimos que no funcionó, la imposición de un tratamiento obligatorio es violatorio de derechos fundamentales, en otras palabras, la pena privativa de libertad no cumple con su fin.

Por eso Roxin indica que combinar la reparación con la la prevención especial puede ser la tercera vía. Pero la tercera vía ¿a qué? Las penas y las medidas de seguridad han sido los dos camino con que ha contado la pretensión punitiva, pero si se utiliza la reparación mediante la obtención de un <<compromiso delincuyente-víctima>> (mediación o conciliación), se motiva al delincuyente a enfrentarse con el delito y sus consecuencias sociales; éste, aprende a admitir como justa la reparación y ve en ello una prestación socialmente constructiva.¹³¹

Si se establece sobre la base de un compromiso eficaz, se le podrá eximir al delincuyente de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la privación de la libertad, teniendo la impresión de que se le vuelve a aceptar por la sociedad; logran así, una mayor resocialización que con un largo y costoso encierro. Para Roxin, la idea de sustituir la pena por un acuerdo o compromiso sólo es aplicable a los delitos de pequeña o poca cuantía, ya que si se extiende a los demás delitos se corre el riesgo del fracaso, pero también aclara, que el riesgo del fracaso se encuentra en todo esfuerzo resocializador, lo cual no es motivo para no intentarlo.

En cuanto a la prevención general positiva (dejando de lado la negativa por las razones expuestas en el apartado anterior) entendida como el facilitar al ciudadano una actitud afirmativa frente al orden jurídico por parte de la administración de justicia y la ley penal, esto se da de la siguiente manera:

¹³¹ Roxin, Claus, “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, en: *Jornadas sobre la <<Reforma del Derecho Penal en Alemania>>*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991, pp. 21 y 22.

- Por el efecto didáctico que se produce cuando los preceptos penales son interpretados públicamente en la vista y en la sentencia.¹³²
- Por el efecto de confianza que se logra cuando la población ve que el Derecho se impone.
- Por el efecto de la satisfacción que se alcanza cuando la comunidad percibe que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el delito.

La importancia de la reparación para la prevención cuenta con el apoyo de dos realidades sociales: 1) El enorme interés y desarrollo de la victimología¹³³ y, 2) la aceptación social de la reparación por parte de la población, ya que es bien sabido que, en los delitos de poca gravedad, la comunidad considera de mayor importancia una reparación amplia para la víctima que la cárcel para el delincuente.

La reparación, afirma Roxin, debe ser considerada como una sanción autónoma, es decir, como tercer respuesta al delito, junto a las penas y medidas de seguridad a las que puede moderar o incluso sustituir, por las siguientes razones:¹³⁴

- El delincuente es tratado más humanitariamente.
- La víctima recibe una ayuda más eficaz de lo que había sido posible hasta ahora.
- No constituye una pena.
- No constituye ningún fin penal autónomo, sino que se encuentra al servicio de la prevención especial y la prevención general.

¹³² Natarén Nandayapa, Carlos F. Y Caballero Juárez, Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, Colección Juicios Orales, No. 3, México, UNAM/Instituto De Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 16 y 17.

Respecto de la publicidad:

“El proceso penal será público cuando las actuaciones procesales más relevantes puedan ser presenciadas por terceros, no bastando con que los actos procesales puedan acudir las partes, sus representantes y sus defensores. De hecho, así se entiende por el poder reformador de la Constitución a que señala que, de acuerdo con este principio, todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo que existan razones fundadas en la protección de las víctimas o del interés público”.

¹³³ Cfr: García Mercades, Emilio, *et. al.*, *Ámbitos relevantes de la mediación con víctimas y transgresores en España y en México*, Murcia, Diego Marín Librero-Editor, 2015, *passim*.

¹³⁴ Roxin, Claus, “La reparación en el sistema...”, *op. cit.*, Nota 131, pp. 22 y 23.

Por último, concluye Roxin, la reparación puede sustituir a la pena con base al **principio de subsidiariedad**, como expresión del dogma de proporcionalidad de las penas y medidas de seguridad, donde al ser la pena la más grave de las consecuencias que incide en la libertad del gobernado, debe utilizarse solamente cuando no se cuente con un medio más suave para el mantenimiento o la restauración de la pacífica situación política. En caso de que la reparación no sea suficiente, al menos podrá moderar la pena en cuanto a su configuración y duración. Por tanto, en ninguno de los dos casos, se trata de una figura extraña al Derecho sancionador penal, sino que es una más de las posibles reacciones estatales con base al principio de subsidiariedad.

1.3.4.3.- La reparación y Derecho penal

En el proyecto alternativo se contempla la reparación en tres formas distintas: la sustitución de la pena, la suspensión de la pena y la atenuación de la pena. La reparación como sustitutivo de la pena es la aportación más novedosa para el Derecho penal y se propone regularla de la siguiente manera, en el § 4, párrafo 1:¹³⁵

“<<Si el delincuente ha reparado su hecho, el Tribunal prescinde de la pena, siempre que el castigo no sea indispensable para incluir sobre el delincuente o la comunidad>>”

En razón del interés público, no se podrá sustituir la pena por la reparación cuando el castigo sea necesario, esto podría ser un cheque en blanco para Ministerios Públicos y Jueces para desestimar en todo momento la reparación como sustitutivo de la pena, por ello, el párrafo segundo del parágrafo en comento establece que en caso de reparación plena solo habrá lugar a punición si el delincuente hubiera merecido, sin la reparación, una pena privativa de libertad superior al año.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 24, 25, y ss.

En cuanto a la suspensión de la pena, el § 7 del proyecto prescribe que a las penas privativas de libertad de hasta dos años se podrán suspender condicionalmente si el delincuente ha reparado por completo su hecho; el parágrafo 9 establece la reparación como requisito para la obtención de beneficios pre-liberacionales.

En cuanto a la atenuación de la pena, se podrá considerar si se ha reparado por completo el daño, pero aun así es necesario la imposición de una, como lo estableció el § 4; también, se puede tomar en consideración si no se ha realizado una reparación integral, pero si de una buena parte de las consecuencias del hecho.

Existe una fuerte crítica a la aplicación de la reparación como tercera vía en cuando a la inaplicabilidad de la misma en todos los delitos; por ejemplo, aquellos que tienen un resultado material a la víctima, aquellos que se quedan en tentativa, aquellos que son contra la sociedad, o inclusive cuando la víctima rechaza la reparación. También existe la crítica a que se aplique la reparación a los delincuentes que sean solventes, económicamente hablando, traduciéndose en un privilegio para ellos.

Para salvar dichas críticas, el modelo contempla un amplio concepto de reparación, estableciendo en el párrafo 1º, frase 3ª, del proyecto alternativo lo siguiente:

“La reparación debe realizarse, en primer lugar, a favor del perjudicado; si esto no es posible, no ofrece ningún éxito o no basta por sí solo, cabe considerar también la reparación frente a la comunidad (reparación simbólica)”.

El modelo contempla diversas prestaciones reparadoras:

- La reparación frente al perjudicado,
- La reparación frente a terceros, en especial los seguros a los que se reduce la acción del perjudicado,

- Otras prestaciones materiales, como pagos dinerarios a instituciones de utilidad pública,
- Los obsequios al perjudicado o las prestaciones inmateriales, como disculpas o conversaciones de reconciliación, y
- Las prestaciones laborales, en particular los trabajos de utilidad común.

Estamos en presencia del principio de <<**aplicabilidad universal**>>, el cual posibilita encontrar para cada supuesto una solución socialmente constructiva y justamente adecuada a sus características y no en un pensamiento sistemático y universal para todos los casos, tal como lo explica detalladamente Roxin:

“El reo insolvente puede en todo caso disculparse ante la víctima y favorecerla con prestaciones profesionales, reparando su automóvil o arreglando su casa o su jardín; si esto no fuera factible, puede realizar trabajos a favor de la utilidad común en la limpieza de calles y estaciones, o en instalaciones municipales, así como prestar servicios auxiliares en hospitales y residencias, El autor de una tentativa, que no ha producido ningún daño, puede pagar a un fondo de indemnización a las víctimas la suma que probablemente hubiera debido abonar al perjudicado si el delito se hubiera perfeccionado. Igualmente, el autor de un delito consumado en el que el daño material, (v.fr. quien conduce en estado de embriaguez un vehículo de motor), puede ingresar en este fondo una cantidad que aproveche a las víctimas del tráfico necesitadas de auxilio. Así cabría ayudar también a muchas víctimas que no puedan conseguir del autor ninguna reparación del daño. ...”¹³⁶

Así, mediante el principio de aplicabilidad universal la reparación traspasa los límites, y problemática para la víctima, de la reparación civil de daños y se convierte en un verdadero instrumento sancionador de la aplicación múltiple y orientado conforme a metas político-criminales. Para lograr este objetivo, el proyecto complementa el principio de aplicabilidad universal con los de <<**voluntariedad**>> y de la <<**garantía de éxito**>>. La voluntariedad implica que sólo se tome en cuenta cuando acepta de modo voluntario, y el principio de garantía de éxito tiene como objeto el asegurar la realización efectiva de la prestación reparadora.

¹³⁶ *Ídem.*

El principio de voluntariedad y el de garantía de éxito aportan los siguientes beneficios:

- Simplifican la reparación del daño para la víctima,
- Aumento de efectividad en el esfuerzo estatal a favor de la reparación, ya que la oportunidad de eludir o aminorar la pena cuando repara con rapidez,
- Cumple con la función de prevención especial integradora al exigir una prestación voluntaria (la perturbación social sólo desaparece cuando la víctima es reparada).

1.3.4.4.- La reparación y los momentos procesales

El proyecto alternativo establece que se debe motivar la reparación desde el primer momento en que tenga contacto formal con el sistema de justicia, lo anterior no solo es para motivar la voluntariedad, sino para que se encuentre el delincuente debidamente informado y ejerza lo que a su derecho convenga (§ 10).

Cuando la reparación (cualquiera de las prestaciones) se dé durante la tramitación de las diligencias de investigación, se podrá renunciar a la pena pudiéndose sobreseer el procedimiento, siempre y cuando todas las partes estén de acuerdo. En virtud de que las relaciones víctima infractor pueden estar enmarcadas por diversas emociones (tensión, ira, miedo, indiferencia, venganza, etc.), para obtener una verdadera reparación pacificadora se pudiera requerir de algo de tiempo y apoyo; por lo cual, una vez que se hayan concluido las diligencias de investigación, y éstas justifiquen una acusación, la fiscalía podrá suspender la presentación de aquella, hasta por tres meses para que un órgano extrajudicial de arbitraje procura conseguir un acuerdo (§ 13).¹³⁷

El órgano arbitral, si lo considera conveniente, podrá pedir que dicho plazo se prorrogue por un tiempo igual, si se consigue la reparación se sobresee el asunto, si

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

no, se presenta la acusación. Sólo procederá el sobreseimiento del órgano acusador, en delitos de escasa gravedad, con renuncia completa de la pena y, con la conformidad del Juez, el inculpado y de la víctima. Si faltare alguno de los requisitos, pero habiendo suficientes expectativas de éxito, el órgano acusador debe promover un procedimiento judicial de reparación (§ 14), también el inculpado podrá solicitarlo (§ 15). Dicho procedimiento lo describe de manera magistral Roxin:¹³⁸

“Este procedimiento judicial reparador se incluye por el Proyecto alternativo en la fase intermedia, o sea, en la fase procesal entre la presentación de la acusación y la apertura del juicio oral (Hauptverhandlung). El Tribunal debe aplazar hasta tres meses la resolución sobre la apertura del juicio oral para posibilitar al inculpado la reparación; aquél puede ampliar también dicho plazo por una vez y hasta tres meses como máximo. Durante este tiempo cabe nuevamente, como ya pasaba en la Fiscalía, hacer que intervenga un órgano arbitral.

No obstante, es posible seguir también un procedimiento judicial específico de reparación (§ 16). En los Tribunales colegiados, este procedimiento de reparación se confía generalmente a un Juez, o sea a un miembro del órgano jurisdicente. Su finalidad es conseguir en una vista oral una reparación o un acuerdo de reparación que debe ser cumplido antes de expiar el aplazamiento (§ 17).

En la vista judicial de reparación han de ser oídos el perjudicado, el inculpado y la Fiscalía. El Juez puede presentar pruebas concretas y debe impulsar la reparación mediante las oportunas propuestas (§18). Si se alcanza dentro del plazo una reparación y concurren los requisitos jurídico-materiales para la renuncia a la pena, el Tribunal dicta un auto por el que el inculpado es declarado culpable y se renuncia a la pena (§19). Aquél debe hallarse convencido de la culpabilidad del autor y éste debe mostrar su conformidad; el inculpado puede insistir, por ello, en la vista oral. Si no se dan los requisitos para un pronunciamiento de culpabilidad con renuncia a la pena, por tratarse de un delito grave, por no ser suficientes las prestaciones reparadoras o por

¹³⁸ *Íbidem*, p. 29.

faltar la conformidad del inculpado, se abre el juicio principal (§ 20). En la resolución de apertura se consignan, en su caso, las prestaciones reparatoras ya prestadas. Luego, en la vista oral, la reparación puede ser tenida en cuenta del modo previsto en los preceptos jurídico- materiales ya expuestos”.

A manera de conclusión, Roxin considera que el proyecto alternativo, en ningún sentido, se traduce en una mezcla de Derecho penal y Derecho civil; si bien, la reparación puede tener efectos jurídico-civiles, es común el hecho de que determinadas causas puedan tener efectos en determinadas áreas, no significa una mezcla de esas áreas.

Lo verdaderamente importante es que la reparación se erige como un instrumento de política criminal y de esa forma adquiere un carácter jurídico penal autónomo.

1.3.5.- Toma de postura con respecto a la mediación penal

A lo largo de la historia hemos visto los diferentes fines que se le han intentado dar a la pena y, cómo dichos fines difícilmente se han alcanzado. El uso adecuado de un programa de Justicia Restaurativa puede alcanzar dichos fines de manera integral y satisfactoriamente.

La mediación penal puede alcanzar el objetivo (calificado por muchos como ilusorio) de la expiación del sujeto, es decir, esa asimilación moral de su mal comportamiento y recuperación. Uno de los objetivos de la mediación es que el sujeto (agresor) asuma la responsabilidad de sus actos, así como de los daños causados; esto, se logra gracias a un cambio, transformación –catarsis– y evolución de su manera de pensar y de percibir la realidad que lo rodea, gracias a la intercambio de información y comunicación que se da en las sesiones de algunas de las formas de Justicia Restaurativa.

Respecto a la prevención especial positiva, la mediación penal puede lograr que el sujeto (agresor) no vuelva a delinquir en base a esa transformación –que tanto insistiremos produce la Justicia Restaurativa– de su pensamiento, logrando de mejor manera la readaptación, resocialización o reinserción del individuo. Lo anterior, se puede lograr sin necesidad de llegar a la intimidación o inocuización que fueron la base de las críticas a las teorías relativas.

En cuanto a la prevención general positiva y su finalidad, mediante los métodos y formas de la Justicia Restaurativa es posible alcanzar el aprendizaje social, no de toda la sociedad pero si de un grupo o comunidad concreta, generando confianza y reafirmando la cohesión social y, sobre todo, el efecto de pacificación al resolver los conflictos interpersonales y sociales. Todo esto sin correr los peligros, al no haber pena, de una falsa ilusión de seguridad ni renunciar a la protección de bienes jurídicos, sobre todo esto último, al privilegiar la reparación del daño.

La aplicación de programas de Justicia Restaurativa, particularmente la mediación penal, son una herramienta que logra alcanzar los fines del Derecho penal propio de un Estado Democrático de Derecho a saber: servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y, con ello, al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, tal como lo vimos en la concepción del proyecto alternativo de Claus Roxin.

SEGUNDA PARTE

2.1.- ORIGEN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

2.1.1.- La antigüedad

En la actualidad estamos presenciando un fuerte movimiento impulsor de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos o controversias, que no sólo busca difundir esta cultura de la paz, sino que también busca que los sistemas de justicia – formales– los acojan y los regulen, en aras de un mayor y mejor acceso a la justicia y bienestar de las personas.

Dicho movimiento está logrando que su ideología sea institucionalizada, regulada, legislada y con consecuencias procesales como el sobreseimiento de la causa ante el cumplimiento de un convenio al cual llegaron las partes. Pero hablar de mediación nos remite a los orígenes mismos de la sociedad; ya que, la convivencia de los individuos y la cercanía siempre causarán conflictos los cuales, a su vez, generan disputas derivados de múltiples factores:

- La falta de recursos,
- El compartir espacios,
- Diferencias ideológicas,
- Y un amplio etcétera.

En este sentido, podemos decir que la mediación ha existido desde tiempos inmemorables, desde que el ser humano ha vivido en sociedad. Siempre ha habido en los grupos, ya sean familias, comunidades, tribus, clanes, hordas, castas o pueblos, una persona sabia a la cual se recurre con toda naturalidad para que ayudara a resolver los conflictos y que aportaban sosiego a las personas, siendo el cimiento de la fraternidad en el grupo.¹³⁹

¹³⁹ Boqué Torremorell, María Carme, *Cultura de mediación y cambio social*, Barcelona, Gedisa, 2013, pp. 15 y 16.

“Así pues, la figura del mediador se asocia con aquella persona razonable, amante de la paz y la justicia, dialogante y empática, poseedora de un sentido común relacional que la faculta para participar en

La autora Cátia Márquez¹⁴⁰ nos ejemplifica como la resolución pacífica o no judicial de conflictos ha estado constantemente influida por diversas tradiciones culturales y/o espirituales, por ejemplo, desde los tiempos bíblicos las comunidades judaicas han recurrido a la mediación para la resolución de disputas religiosas y civiles. El efecto de los tribunales rabínicos se traduce en proteger la identidad cultural y garantizar, entre los miembros que profesan la misma fe, el poder tener medios informales de resolución de disputas, cuestión muy importante ya que en algunos lugares y en algunos tiempos tenían prohibido el acceso a la justicia formal o institucional derivado de su religión.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en la cultura islámica, donde las costumbres locales fueron codificadas en las áreas urbanas, en la ley sagrada *Shari'a* que se interpretaba y aplicaba por los *quadi* que también realizaban funciones de mediadores, en este contexto se prefería un acuerdo de las partes en vez de la aplicación estricta de la ley.

En la India, continúa explicando la autora, en las aldeas se aplicaba el sistema de justicia *panchayat*, que se traduce en «coming together of five persons» quienes actuaban en torno a la discusión de los intereses de los implicados en el litigio para llegar a un acuerdo y no como un cuerpo colegiado de juzgadores.

En los países asiáticos (como China y Japón) la mediación ha sido aplicada de manera importante, teniendo como base la religión budista y su filosofía que pone

conflictos ajenos sobre los que se ejerce in influjo reestructurante. Este perfil consuetudinario no acostumbra a encajar con cualquier persona de la comunidad, sino que se vincula a posiciones de autoridad natural de reconocimiento social, es decir, de prestigio.

En la Encyclopedia of Conflict Resolution, Burgess y Burgess (1997) informan del uso de la mediación en China, donde se remonta a más de dos mil años de antigüedad.' Desde aquí, los mismos autores siguen las trazas de la mediación a través de diversas tradiciones culturales y espirituales del mundo: la Iglesia católica, los tribunales rabínicos judíos, las corrientes filosóficas de China y Japón, África, Melanesia, América Latina y América del Norte.' No obstante, Burton y Dukes (1990: 26) defienden que «a pesar del interés demostrado por los antropólogos en los mecanismos mediante los cuales otras culturas mantienen el orden y tratan disputas y conflictos, éstos existen, o existían independientemente de la evolución de la principal corriente actual».

¹⁴⁰ Marques Cebola, Cátia, *La mediación*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 73 y 74.

énfasis en el consenso social y la armonía que debe existir y prevalecer en las relaciones humanas.¹⁴¹

También en el Derecho romano, podemos encontrar antecedentes de la mediación en la evolución de la figura del arbitro, ya que el mediador aparece como árbitro interviniendo, única y exclusivamente, cuando es solicitado por las partes, sin imponer la solución sino actuando como avenidor. En materia de delitos la ley de las XII tablas (año 451 a. C.) prescribe la Ley VII.2 que: <<Si se le arrancó un miembro y no se avino con él, aplíquesele tación >>. Así se debería recurrir a la mediación en materia penal pactando la víctima y el agresor por acuerdo una compensación por el daño sufrido, sin intervenir para ello el Estado.¹⁴²

En el caso de Latinoamérica también existen un sin número de ejemplos donde las culturas originarias han utilizado, desde siempre, medios pacíficos y no impositivos de solución de conflictos, con la intervención de un tercero. En la actualidad, con el reconocimiento y protección a sus costumbres, nos aportan un sin número de prácticas que influyen en el actual movimiento impulsor de los medios alternativos de solución de conflictos.

Con este contexto, podemos afirmar que la mediación podría ser considerada la segunda profesión más antigua del mundo, con raíces históricas muy remotas, ya que, en las sociedades siempre ha aparecido alguien que intenta aconsejar e influir para que se emplee la razón y no las armas.¹⁴³

¹⁴¹ *Íbidem*, p. 76.

“De hecho, ya Confucio en el siglo v a. C. recomendaba la mediación en lugar de los tribunales, refiriendo que la litigiosidad causaba resentimiento en las partes e impedía el espíritu cooperativo entre ambas. La religión cristiana asimismo también contempló la mediación en su seno, considerando a Jesucristo como el supremo mediador entre Dios y los cristianos. Ya en el Antiguo Testamento, Moisés (1250 a. C.) ejercía el papel de mediador entre el ángel y el pueblo al recibir la Ley promulgada en el Sinaí. Como pone de manifiesto MOORE, hasta el Renacimiento, la Iglesia católica en Europa Occidental y la Iglesia ortodoxa en Europa del Este fueron seguramente las organizaciones con más importancia en el ámbito de la mediación y administración de los conflictos en la sociedad occidental, en la medida que el clero mediaba disputas familiares, criminales y diplomáticas entre miembros de la nobleza.”

¹⁴² Martín Diz, Fernando, *La mediación: Sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010, p. 57.

¹⁴³ Kolb, D. M., *Los mediadores*, trad. Celer, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, pp. 13 y 14.

2.1.2.- El actual movimiento

A pesar del desarrollo de las formas consensuales de regulación de conflictos en las culturas antiguas, éstas se fueron abandonando ante el aumento de la complejidad del tejido social, las interacciones comerciales y las comunicaciones. Hacia el siglo XII se produce el desarrollo del ámbito legal y del Estado que deriva en el progreso y dominación de los sistemas de confrontación legal/social que ha otorga a la cultura del litigio como figura principal de resolución de conflictos.

Se concibe al Estado como un <<mecanismo artificial>> y organizativo donde la ley realiza la reducción al orden, a la unidad, mediante la eliminación de poderes intermedios que actuaban en centros de producción del derecho así como mediante la eliminación de la desigualdad jurídica al abolir los privilegios.¹⁴⁴ En un principio, y de manera básica, se consideró a la actividad jurisdiccional como una actividad pública de aplicación mecánica de normas legislativas, la cual se ha tratado de que

¹⁴⁴ De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 17y 18.

“Esta evolución jurídico-política que se integra en la transición del feudalismo al capitalismo registra un punto de inflexión a través de la idea de la razón de Estado. Porque cuando aparece el Estado lo hace todavía en el universo jurídico medieval, en el <<derecho político estamental>> del que tiene que <<librarse>>. El medio para lograrlo fue establecer que el Poder, que el Estado, tiene unas exigencia de funcionamiento, una lógica propias que impiden, en aras de su conservación y mantenimiento –que es el interés superior al que deben sacrificarse todos los demás– la resolución de la defensa de los conflictos o intereses particulares y privados; es decir, la razón de Estado produjo la separación entre la esfera de lo público (la <<razón>> de lo público) y lo privado (la <<razón>> del o privado) y asimismo sirvió para imponer y hacer prevalecer lo <<público>> sobre lo privado. Pero aun en este momento no se produjo la desvinculación total entre Estado y Derecho: la doctrina del fisco (el artificio de entender que en determinadas materias –exentas de Imperium– el Estado actuaba como persona privada y por tanto sometida al Derecho común incluso en aquellos <<mandatos>> con repercusión pecuniaria, de manera que el recurso a la personalidad jurídica existió mucho antes de que se aplicara a la totalidad del Estado), las regulaciones sobre la propiedad y sus garantías y los contratos <<públicos>> son algunas de sus manifestaciones y precedentes próximos de un Derecho público que sólo se definirá a partir de la Revolución francés. Y cuando esto ocurre, cuando el Estado aparece política y jurídicamente asentado sobre nuevas bases, la centralidad de la ley aparece de nuevo tanto en la configuración como en la articulación de esos ámbitos (que es también la de Estado-sociedad) y por tanto cumpliendo, en la forma correspondiente, funciones de unificación.

...

Kant explica los poderes y funciones del Estado a través de la composición del silogismo: el poder y la función legislativa son la premisa mayor; el poder y función ejecutivos, en cuanto ejecución de la ley o subsunción hecho en la norma, son la premisa menor; el poder y función judicial son la conclusión que representan las sentencias. Por ello y porque –como todo el Derecho– la ley está fundada en un imperativo categórico, capacidad de universalización propia e intrínseca que va más allá del Estado y de cualquier manifestación del poder.

Hegel distingue en el Estado, como <<como diferencias sustanciales>>, el poder de determinar y establecer lo universal que es el poder legislativo (y la ley es el momento formal del acceso a lo universal a través del mismo) y la <<subsunción>> de las esferas particulares y los casos individuales bajo lo universal, en la que consisten los otros poderes que se resumen en lo que llama <<poder gubernativo>>”.

evolucione en una acción de creación jurídica que otorga contenido a las propias normas legislativas por medio de interpretación e integración en los casos concretos de que conocen los tribunales,¹⁴⁵ lo cual, como bien sabemos y es latente, no da respuesta ni resuelve los conflictos que genera la dinámica social actual.

No fue sino hasta el siglo XX donde empiezan a aflorar una corriente de pensamientos, principalmente en los EEUU después de la I Guerra Mundial, que al exhibir y denunciar las fragilidades del sistema judicial, propugna por el uso de otros mecanismos de resolución de conflictos, naciendo así una nueva línea filosófica cuya principal idea es el regreso al realismo jurídico,¹⁴⁶ fundamentándose en la construcción de técnicas específicas de resolución de conflictos teniendo como punto de partida su origen social y su naturaleza.¹⁴⁷

La mediación, tiene una larga historia en las colonias norteamericanas por la influencia de pensamientos religiosos como los puritanos y los cuáqueros, y últimamente por las practicas de los menonitas; por ello, no es de extrañar que se hagan referencia ha estas prácticas y se tomen como referencia.

Respecto de la evolución de los ADR's (por sus siglas en inglés) Cátia Márquez realiza una útil y estructurada exposición de ésta.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Cossio Díaz, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 33.

¹⁴⁶ Cfr. Atienza Manuel, *El sentido del derecho*, 2ª ed., 2ª reimpr., Barcelona, Ariel, 2004, pp. 279 y 278.

Respecto del Realismo jurídico, Atienza explica:

“En un sentido muy amplio, concepciones jurídicas realistas serían todas las de carácter antiformalista, esto es, las que dieron lugar a la “revuelta contra el formalismo” que tiene lugar a finales del siglo XIX y comienzos del XX [v. Treves 1988]. Parece obvio que ese cambio de orientación en el pensamiento jurídico está estrechamente conectado con una época de grandes transformaciones económicas, tecnológicas, culturales, etc., y de fuerte conflictividad social: la forma de organización jurídica y política más característica de las sociedades desarrolladas del XIX, el Estado liberal de Derecho, había entrado en crisis.

...

Pero en los Estado Unidos fue donde la “revuelta contra el formalismo” tuvo más fuerza y, de hecho, esa expresión se debe a un estudioso norteamericano, Morton White, que la empleó para referirse a un fenómeno general que abarca también el campo dela economía, de la filosofía o del arte. La aplicación del Derecho allí – como en Inglaterra- resultaba lastrada por el uso mecánico que se hacía de los precedentes, de la tradición, lo que dificultaba un desarrollo jurídico acorde con los nuevos intereses sociales.”

¹⁴⁷ Marques Cebola, Cátia, *La Mediación... op. cit.* Nota 140, p. 32.

¹⁴⁸ *Íbidem*, pp. 34 a 37.

“Fue en el ámbito laboral donde más calaron los enfoques de esta filosofía, con los sindicatos obreros desarrollando programas de mediación para la resolución de los conflictos resultantes de las sentadas, invasiones de propiedad y huelgas. Ya en 1898, la Ley Erdman había reconocido explícitamente las ventajas de la mediación para determinados conflictos laborales, concretamente en el ámbito de los ferrocarriles y, en 1913, el Newlands Act estableció la Comisión de Mediación y Conciliación”, creada por el Departamento de Trabajo norteamericano para mediar en negociaciones entre empresarios y trabajadores. Durante la II Guerra Mundial es creada la War Labor Board (Junta Laboral de Guerra) que recurría a la utilización del arbitraje obligatorio y que convergió, en 1947, en la creación del Servicio Federal de Mediación y Conciliación, una oficina independiente para la resolución de conflictos laborales.

En los años setenta surgía en la Universidad de Harvard un sistema de pensamiento denominado Critical Legal Studies, que, teniendo como representante a D. BOK, antiguo decano de la Facultad de Derecho de Harvard, constituía un movimiento crítico acerca de la situación del sistema judicial americano provocada por el aumento de causas incoadas ante los tribunales y generando, además, una oposición frente a la tendencia legislativa federal de normativismo excesivo.

La Pound Conference de 1976 da carta de naturaleza a esta insatisfacción y coloca la primera piedra en la construcción del movimiento de Alternative Dispute Resolution, que propugna la defensa de medios extrajudiciales de resolución de conflictos, modificando el monopolio de los tribunales. El discurso de F. SANDER apunta las limitaciones del sistema judicial y propugna la aplicación de otros mecanismos de solución de litigios, por lo que constituye el documento básico para la comprensión de este movimiento. Las razones que explican el nacimiento de este movimiento en los EEUU son varias. PUJADAS TORTOSA” indica, como una de ellas, la presencia de varios pueblos y etnias en aquel país que importaron sus métodos de resolución de conflictos. De hecho, el movimiento de ADR tiene inspiración en las costumbres de grupos religiosos y grupos étnicos de inmigrantes, desde los puritanos del siglo XVI hasta los holandeses de New Ámsterdam, que resolvían sus disputas y conflictos dentro de sus respectivas comunidades a través de la mediación de los ministros de su Iglesia o de los ancianos.”

En virtud de la anterior exposición se pueden establecer tres periodos en la evolución de los ADR en los EEUU:

1. Un primer periodo, que abarca hasta el inicio de la década de los ochenta caracterizado por el florecimiento de innumerables experiencias sin existir una política uniforme predefinida de los objetivos pretendidos.
2. Un segundo periodo, que duraría hasta inicios de la década de los noventa donde se empieza a ver una cierta uniformidad y búsqueda de objetivos comunes.
3. El periodo llamado de institucionalización, donde se comienza a lograr la inclusión de los ADR en el sistema judicial, legislando sus efectos procesales, estableciendo requisitos para ser mediador y dándoles el mismo valor que a los tribunales.¹⁴⁹

Como podemos ver, a través del análisis del origen y evolución de los medios alternativos de solución de conflictos es dable afirmar que la vanguardia del desarrollo de la mediación en Europa la constituyeron centros de formación o investigación, creándose a partir de ellos, servicios de mediación, ya sean públicos o privados; por otro lado, en EEUU. el impulso fue hecho, primeramente, por los movimientos ciudadanos.

¹⁴⁹ Véase también, De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación, proceso, tácticas y técnicas*, 3ª ed., Madrid, Ediciones Pirámide, 2012, p. 30.

El autor en comentario distingue también tres periodos pero de diferente contenido.

“En realidad, en este movimiento se dieron tres fases: la primera en la década de los sesenta, que se caracterizó por buscar mecanismos de consenso centrados fundamentalmente en lo que serían los litigios vecinales; la segunda fase, en los años setenta, caracterizada por la denominada crisis en el ejercicio de prácticas médicas, tratando de buscar soluciones que eliminaran las barreras de los costes del mal funcionamiento de los seguros; y por último, la tercera fase, a finales de los años ochenta, y que supone la amplia inclusión de alternativas sobre cualquiera que fuera la naturaleza de las posibles disputas existentes, producto de una necesidad de buscar soluciones más económicas que las que el sistema legal oferta.”

2.2.- EL CONFLICTO

De inicio podemos establecer que el conflicto es inherente a la persona, ya sea de manera interna o interpersonal por la simple convivencia; por ello, debemos comprender en primera instancia lo que se entiende por conflicto.

El Diccionario de la Lengua Española define la palabra conflicto de la siguiente manera:¹⁵⁰

“Del lat. Conflictus.

- 1. m. Combate, lucha, pelea. U. t. en sent. Fig.*
- 2. m. Enfrentamiento armado.*
- 3. m. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida.*
- 4. m. Problema, cuestión, materia de discusión. Conflicto de competencia, de jurisdicción.*
- 5. m. Psicol. Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos.*
- 6. m. Desus. Momento en que la batalla es más dura y violenta.”*

Desde esta sencilla definición gramatical y cotidianamente aceptada podemos establecer que culturalmente la idea del conflicto es negativa, que conlleva desde una simple discusión entre individuos, pasando por la competencia, pudiendo llevar a la lucha o una guerra o batalla; además, que genera desgracia, angustia y violencia. Es por estas ideas que se piensa, de manera generalizada, que la solución de conflictos más adecuada es por la imposición de la solución (sentencia, laudo, etc.) por un tercero que le de la razón a alguna de las partes en conflicto.

¹⁵⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed. tomo I, México, Espasa Calpe, 2009, p. 621.

Los conflictos se encuentran omnipresentes en la vida social de las personas, pero dependiendo de las maneras en que se presenten se podrán clasificar. Si se suscitan en el ámbito del aparato psíquico, estaremos en presencia de conflictos intrapsíquicos, pero en cambio si se plasman en la interacción de dos o más individuos, serán interpersonales.¹⁵¹

Otras clasificaciones que se pueden utilizar dependerán de los sujetos que intervengan:

- Comunitarios,
- Institucionales,
- Sectoriales,
- Internacionales, etc.

También se puede hacer una clasificación dependiendo de cuál sea la temática del conflicto:

- Salarial,
- Limítrofe,
- Educativo,
- Social,
- Político,
- Económico,
- Familiar, y un amplio etcétera.

En general podemos decir, que los seres humanos tienen intereses que se traducen en las posiciones para satisfacer esas necesidades, y son esas posiciones y la búsqueda de la satisfacción de esas necesidades, las que generan conflictos. Derivado del desarrollo de los grupos sociales, los bienes

¹⁵¹ Brandoni, Florencia, “Apuntes sobre los conflictos y la mediación”, en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005, p. 26.

que satisfacen las necesidades, generalmente, son escasos y no proporcionales en relación a las necesidades; por lo que, el conflicto nace cuando la relación entre una persona y un bien es incompatible con otra relación del mismo tipo. Pensemos, cuando dos personas tienen necesidad de un mismo bien y sólo existe uno de ellos, existirá un conflicto de intereses entre ambas.¹⁵²

2.2.1.- Aproximación al conflicto

Debemos entender al conflicto como una situación que dependerá de la significación que los sujetos pueden darle, ya que una situación podrá ser conflictiva para unos y para otros no.

Si bien los individuos pueden tener diferentes tipos de conflictos, con muy diversas connotaciones, los aquellos que nos interesan son los que derivan en un conflicto jurídico. Recordemos que los sistemas formales de impartición de justicia no han podido satisfacer de manera rápida y completa las pretensiones de los miembros de la sociedad y, que además, se convierten en una carga anímica y económica de las partes en un litigio.

Los conflictos que le competen a la mediación son aquellos interpersonales o intersubjetivos, es decir aquellos en donde existe una relación entre las partes en las que ambas procuran la obtención de objetivos que pueden ser o son percibidos de alguna de las partes como incompatibles.¹⁵³ Concretamente nos referiremos también a los conflictos que tienen o se traducen en una cuestión jurídica.¹⁵⁴

Debemos de partir de la idea de que el conflicto es motor de cambio de las personas, los colectivos y las instituciones, aunque en algunas ocasiones podemos también decir que el propio conflicto puede paralizar o empantanar cuando se

¹⁵² Marques Cebola, Cátia, *La Mediación... op. cit.* Nota 140, p. 28

¹⁵³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁵⁴ Boqué Torremorell, María Carme, *Cultura de Mediación... op. cit.* Nota 139, p. 28.

desarrolla en un ámbito institucional, no por la existencia misma del conflicto, sino por no abordarlo y hacerlo de manera errónea. De la misma manera, el conflicto puede distraer la atención y, desgastar irresponsablemente, las energías de las personas.¹⁵⁵

Para Patricia Aréchega, el conflicto no debe concebirse como una patología social, sino como algo inherente a la propia interacción social (la autora parafrasea la noción social de Weber), donde existe una conducta recíproca de dos o más individuos en donde cada uno de los cuales tiene facultades de pensar, decidir y orientar sus conductas sin perder de vista la de los demás. En tales sentidos, las decisiones se toman no con base en la conducta del otro como éste la entiende, sino sobre la percepción que de ella tiene; es decir, el conflicto no es básicamente una incompatibilidad de metas, sino de percepciones.¹⁵⁶

Para Leonardo Shvarstein,¹⁵⁷ la significación que se le atribuya a los conflictos dependerán de seis elementos:

- 1) La identidad;
- 2) El sistema político;

¹⁵⁵ Entelman, Remo, “Lo permitido vs. lo no permitido” en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005, pp. 26 y 27.

“Así las cosas, la vida diaria demanda hoy de los actores sociales unas competencias, unos conocimientos y unas estrategias de las que pocos disponen. La ausencia de reflexión, siempre presente, ya no es un rasgo de la vida cotidiana sino un descuido que se pagará caro. Preservar el empleo, administrar el dinero, realizar trámites bancarios permanentemente, requieren del sujeto unas competencias que la vida cotidiana hasta ahora no había demandado y que sólo están disponibles –incluso parcialmente– para aquellos sujetos que han pasado por la escolarización y que han podido además completar en los distintos espacios sociales aquellos aprendizajes escolares.

Hoy como nunca un ciudadano común (¿hay ciudadanos comunes?), un sujeto corriente, entendiéndolo por tal a aquel que no tiene posiciones, cargos o funciones que impliquen un grado de responsabilidad por lo colectivo, tiene que tener algunos conocimientos y habilidades sin los cuales la vida cotidiana se vuelve, sino es posible, muchísimo más complicada. Hoy cualquiera de nosotros debe tomar incontables decisiones de importancia y efectos distintos, interactuar permanentemente aún bajo las formas novedosas que la tecnología impone y gestiona de forma cotidiana situaciones de conflicto.”

¹⁵⁶ Aréchega, Patricia, “Especificidad del acto de mediar”, en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005, p. 113.

¹⁵⁷ Shvarstein, Leonardo, “Semiótica del conflicto: Una perspectiva organizacional.” en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005, p.76.

- 3) La racionalidad dominante;
- 4) Los sistemas de trabajo;
- 5) El espacio, y
- 6) El tiempo.

La identidad de los miembros de un grupo o pensamiento puede determinar la significación del grupo, no será de la misma magnitud un conflicto que se suscite en el orden moral de una religión o en cuestiones del orden disciplinario de las fuerzas armadas, que aquellos que se susciten en el interior de grupos lúdicos como equipos deportivos *amateur*.

El sistema político puede influir en la significación del conflicto, ya que este determina la forma organizacional del grupo; el autor en comento lo ejemplifica:

“Me consultaron en una oportunidad en relación con el conflicto entre la Dirección y los trabajadores de una institución cooperativa. Quien habla era el presidente, y yo no podía entender la caracterización que hacía de la situación; en su lenguaje había un “ellos” y un “nosotros” que no se concedía con un sistema autogestión. El mal entendido se resolvió cuando me aclararon que se trataba de una cooperativa de consumo (nada que ver con la autogestión), mientras que yo había dado por su puesto que se trataba de una de trabajo. Sólo cuando se explicitó el sistema político adquirió sentido la narración. (De paso, un buen consejo: antes de hacer nada, verifique dónde está).”

La racionalidad dominante puede determinar la solución (no siempre adecuada) del conflicto, Leonardo Shvarstein, lo ejemplifica de la siguiente manera: Imaginemos un conflicto escolar derivado de la expulsión de un alumno por parte de uno de los profesores derivado de una falta disciplinaria grave originando un conflicto con los padres del alumno sancionado. Imaginemos ahora que los padres inconformes consiguen el apoyo de otros padres y plantean una solución de tipo excluyente: o reincorporan al alumno o todos retiran a sus hijos de la escuela. Es

evidente que la decisión de la escuela estará determinada por la racionalidad económica dominante.¹⁵⁸

Los sistemas de trabajo serán determinantes en cuanto que establecen los modos de relacionarse de las personas; siendo, a través de estos como las organizaciones manifiestan su disposición a la integración de las funciones y de las áreas que las componen, o viceversa, establecer compartimientos cerrados. Cuestiones de estructura como el tipo de organización colaborativa entre áreas o por proyectos, si es más importante el proceso o el producto, si se estimula la rotación del personal, determinarán la forma en que se relacionan los miembros de la organización.

El espacio donde se desarrolla el conflicto es el lugar que se le asigna. Existen organizaciones donde el conflicto es albergado, se le otorga un espacio, se permite su elaboración; existen otras, donde no se contempla, no tiene un lugar, se busca su erradicación. Se proponen las siguientes dimensiones para su caracterización:¹⁵⁹

“a) Espacio jerárquico: ¿En qué nivel de la organización se ubica este conflicto? ¿En qué niveles se localizan con mayor frecuencia los conflictos? ¿Qué tipos de conflicto se dan más habitualmente en cada nivel jerárquico? ¿Qué niveles están implicados en un conflicto dado?

b) Espacio físico: ¿Dónde transcurren habitualmente los conflictos, dónde estallan? ¿En las oficinas, en los pasillos, en los baños? ¿Se trata de lugares abiertos o cerrados? ¿Dónde se manifiesta un conflicto entre los operarios de una línea de producción y su supervisor?

c) Espacio comunicativo: ¿La existencia del conflicto es admitida abiertamente o silenciada? ¿Tiene cabida en la comunicación formal o circula casi clandestinamente en los corrillos? ¿A través de qué canales circula?

¹⁵⁸ *Íbidem*, p. 77.

¹⁵⁹ *Íbidem*, p. 78.

*¿Quiénes son los emisores? ¿Se trata de fuentes autorizadas u oficiosas?
¿Qué papel juega el rumor en la generación y resolución de los conflictos?”*

El sexto elemento es **el tiempo**, en el cual debemos plantearnos las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los tiempos de gestación, de desarrollo y de resolución de los conflictos en la organización? ¿Cuáles en cada uno de sus departamentos? ¿En qué momento se admite la existencia del conflicto? ¿Cuándo se considera superado? ¿Desaparece para siempre o vuelve? ¿La resolución es repentina o producto de un proceso? ¿En qué medida inciden los ciclos internos de la organización y de los departamentos en todos estos tiempos?

A quien venimos siguiendo, agrega un sexto elemento que es el estado en el que se encuentre la organización, no se darán los mismos tipos de conflictos –ni de la misma intensidad– si la organización se encuentra en crecimiento o si ya está consolidada, mucho menos si se encuentra en una etapa de retracción. Lo anterior dependerá si es una organización recién fundada o está en un periodo de madurez.

En este contexto, los ADR’s y más concretamente la mediación, responden de manera más amplia a la solución de conflictos que el ámbito jurídico; en el campo del derecho, teóricamente todos los problemas pueden ser solucionados, con base en el principio general de que todo aquello que no está prohibido está permitido. El Derecho,¹⁶⁰ como lo hemos venido diciendo, genera –o más bien dicho impone– soluciones basadas en la ley, a diferencia de la mediación que intenta construir una verdad responsable, es decir, abrir un espacio para que circulen múltiples verdades.

Para Jay Folberg y Alison Tailor, el conflicto puede tener una óptica positiva que implique ventajas para quienes lo viven, pudiendo inclusive fortalecer la cohesión de un grupo, reducir tensiones poniendo de relieve problemas existentes, clarificar

¹⁶⁰ Vázquez, Rodolfo, *Teoría del Derecho*, 2ª reimpr., México, Editorial Oxford, 2013, p. 49.

En este contexto debemos recordar la diferencia entre eficacia, validez y justicia de las normas:

“La eficacia, validez y la justicia son predicados de las normas jurídicas que no se implican los unos a los otros, pues puede haber normas injustas que gocen de validez y más aún, que tengan eficacia, del mismo modo en que pueden existir normas justas que sean válidas pero que no sean eficaces. Podríamos continuar intentando todas las combinaciones posibles de estos tres conceptos y no habría reparo en afirmar que ninguna de ellas carece de sustento lógico”.

objetivos así como ayudar a establecer normas de grupo.¹⁶¹ Históricamente podemos encontrar que en la realidad hay muchos ejemplos, el ser humano ha desarrollado su creatividad y evoluciona en muchas formas y aspectos de la vida al enfrentarse a conflictos. El conflicto es dinámico, en este contexto se pueden establecer cinco fases como su ciclo de vida:¹⁶²

- 1) El conflicto latente;
- 2) La iniciación del conflicto;
- 3) La búsqueda del equilibrio del poder;
- 4) El equilibrio del poder, y
- 5) La ruptura del equilibrio.

La profesora Cátia Márquez nos aporta el siguiente ejemplo:¹⁶³

“Ejemplificó el ciclo diseñado con un conflicto entre la industria maderera y los ecologistas protectores de la naturaleza. Atendiendo a esta realidad, la primera fase del conflicto opone los intereses de los madereros, que quieren cortar el mayor número de árboles, a los intereses de los ecologistas, que intentan proteger la naturaleza. Los diferentes intereses podrán mantenerse latentes durante mucho tiempo hasta que el conflicto brote en la segunda fase indicada por RUMMEL y que podrá ser desencadenada porque, por ejemplo, la industria maderera adquirió amplios derechos de corte en un territorio conservado en estado virgen. Ese factor desencadenante transforma el conflicto de latente en manifestó. En la tercera fase, los intereses deberán equilibrarse a través de medios de coerción, como son los tribunales, o a través de medios no coercitivos, como la mediación. Las partes deberán realizar ajustes para encontrar el equilibrio y resolver el conflicto en la fase cuatro. Después de esta fase, y como con el tiempo las condicionantes podrán

¹⁶¹ Folberg, Jay y Taylor, Alison, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, Limusa, 1996, p. 19.

¹⁶² Marques Cebola, Cátia, *La Mediación... op. cit.* Nota 140, p. 192.

“En efecto, los orígenes y causas del conflicto podrán ser diversos, desde factores biológicos, psicológicos o antropológicos hasta factores políticos y sociales”.

¹⁶³ *Ídem.*

sufrir cambios, o porque los madereros necesitan de la madera o porque los ecologistas ya no aceptan más las concesiones hechas, el equilibrio podría romperse en una fase cinco. Para REMMEL estas fases se desarrollan en una espiral continua, como una hélice que se pone en movimiento a través del cambio.”

Para los autores Raúl de Diego y Carlos Guillén,¹⁶⁴ el conflicto puede ser interpretado y valorado de diversas formas por quienes los padecen. Habrá quienes puedan percibirlo como algo negativo, donde solamente habrá pérdidas para las partes; por otro lado, existirán quienes lo perciban como una oportunidad para evolucionar y obtener beneficios o mejoras de la situación.

Con estas ideas, podemos decir que los conflictos no son buenos ni malos, son compañeros de viaje con los cuales debemos siempre convivir, dependiendo de la visión y tratamiento que les demos, se puede traducir en una oportunidad para generar nuevas situaciones y un marco nuevo de interacción en las relaciones humanas. Por ello no debemos caer en una visión reduccionista de la mediación en donde pretendamos eliminar o erradicar el conflicto como si se tratara de un mal que se tuviera que extirpar.¹⁶⁵

En un conflicto interpersonal están implicados aspectos manifiestos (instrumentales, estratégicos, oposición de interés, etc.) y aspectos latentes (elementos afectivos, emocionales, etc.). En aquellos conflictos que se manifiestan

¹⁶⁴ De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149, p. 33.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 34.

“Entre los principales impulsores de esta visión reduccionista de la mediación señala algunas profesiones que viven del conflicto: abogados, policías, militares... Para todos ellos el conflicto es el enemigo a abatir o a exterminar.

...

Como señala Ovejero (2004), el vocablo conflicto designa una situación compleja que se define primero como una determinada estructura de las relaciones sociales que puede enfrentar a individuos (conflicto interpersonal), a grupos (conflicto intergrupar), a organizaciones (conflicto social) o a naciones (conflicto internacional). En conclusión, con Touzard (Ovejero, 2004), podemos definir el conflicto como una situación en la que unos actores o bien persiguen metas diferentes, definen valores contradictorios, tienen intereses opuestos o distintos, o bien persiguen simultánea y competitivamente la misma meta. Ahora bien, dado que en todo conflicto existen aspectos manifiestos (instrumentales, estratégicos, oposición de intereses, etc.) y aspectos latentes (elementos afectivos, emocionales, etc.), también en la negociación deberán tenerse en cuenta tanto los aspectos manifiestos como los latentes hasta el punto de que si no se solucionan previamente los aspectos latentes serán difíciles solucionar los aspectos manifiestos.”

jurídicamente, la parte legal estará ubicada en la zona de los aspectos manifiestos, y el determinar una solución jurídica –impuesta por una sentencia- no atiende a los aspectos latentes y, por ende, no soluciona el conflicto.

Es muy común, en la doctrina de los medios alternativos, ejemplificar esto con la figura o imagen del iceberg, particularmente para diferenciar los conceptos de disputa y conflicto. En la punta del iceberg se puede observar la disputa entre las personas, es la parte que emerge a la superficie y por lo tanto es visible, explícito y consciente para cualquier persona. Pero debajo del agua existe una porción de hielo inmensamente mayor que completa y, es necesaria para entender de manera integral, el conflicto.

Esta parte oculta constituye las verdaderas motivaciones de la disputa y puede estar compuesta por pretensiones materiales o cuestiones psicológicas, entre las últimas podemos mencionar:¹⁶⁶ anhelos, deseos, expectativas, ideales, principios morales, idiosincrasias, creencias, pensamientos, valores, experiencias previas, interpretación de los hechos en base a esas experiencias previas, fantasías, temores y miedos, representaciones del otro sobre la disputa, representaciones del conflicto, influencia social, y un amplísimo etcétera.¹⁶⁷

¹⁶⁶ En este sentido véase también De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149, p. 33.

“En la actualidad existe un enorme consenso en situar al conflicto en el contexto más natural de las relaciones humanas. Numerosos autores han abordado este tema con magistral destreza (Munduete y Medina, 2005), y en todos ellos existe una valoración del conflicto que no necesariamente tiene que ser perjudicial para las relaciones humanas ni para el desempeño de la tarea que se esté realizando.

En todas las relaciones, del tipo que sean (de pareja, familiar, social, deportiva, universitaria, cultural, laboral...) se producen tensiones. Si esas tensiones son dominables y canalizables, estamos dentro de criterios de equilibrio y normalidad. Pero en determinadas situaciones estas tensiones no son fácilmente reconducibles. Ese enfrentamiento de intereses no controlados y de difícil concertación nos lleva a una posición de confrontación, e incluso de violencia verbal, de actitudes y hasta física; entonces estamos ante un conflicto disfuncional y perverso.

Así como los encuentros y las coincidencias, las diferencias y los conflictos forman parte también de nuestras relaciones cotidianas. No somos ajenos al disenso ni a la posibilidad de que nuestros intereses entren en choque con los de los otros. Sería imposible pensar en una comunidad grande o pequeña que no tuviera conflictos y en la que nunca entraran en desacuerdo de las personas.”

¹⁶⁷ Brandoni, Florencia, “Apuntes...” *op. cit.* Nota 151, p. 29.

Raúl de Diego y Carlos Guillén,¹⁶⁸ desarrollan una definición general, amplia, objetiva y extensa del conflicto:

- Los conflictos son situaciones.
- En las que dos o más personas entran en oposición o desacuerdo.
- Porque sus posiciones, intereses, necesidades, deseos o valores son incompatibles, o son percibidos como incompatibles.
- Donde juegan un papel muy importante las emociones y sentimientos.
- Y donde la relación entre las partes en conflicto puede salir robustecida o deteriorada en función de cómo sea el proceso de resolución del conflicto.

Es inevitable que en un contexto social se susciten los conflictos, ha quedado claro que donde haya interacción entre individuos habrá conflictos; en ese sentido, lo que tenemos que hacer, es tener una visión de solución del conflicto (no de evitarlo o erradicarlo) y no una de confrontación o ataque y competitividad. Dependiendo de la forma de asumir los conflictos diferentes resultados o consecuencias de ellos: ya sea que generen nuevas vías de entendimiento y desarrollo grupal, social o personal, o caminos a la destrucción y desconocimiento de los derechos y necesidades que como seres humanos todos tenemos.

Por estas razones, para De Diego y Guillén¹⁶⁹ los enfoques que le pueden dar al conflicto son:

- La confrontación (ganar/perder),
- El abandonismo (perder/ganar),
- El pasotismo (perder/perder),
- La concertación y la cooperación (ganar/ganar).

En este sentido, si se afronta el conflicto con la última de las opciones, se manejará el conflicto con una intensidad adecuada y obtener cosas positivas:

¹⁶⁸ En este sentido véase también De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149, p. 36.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 37.

“a) *El conflicto es un medio que posibilita el cambio organizacional, al modificar la estructura actual de poder, los patrones de interacción y las actitudes arraigadas entre sus miembros.*

b) *El conflicto favorece la cohesión del grupo ante un conflicto con otro grupo u otros grupos, si bien incrementa la hostilidad entre los mismos. Las amenazas externas que resultan de esta situación tienden a incrementar la identificación y la solidaridad con el propio grupo, a la vez que disminuyen las divergencias y la tensión intragrupo.*

c) *El conflicto produce un incremento en el nivel de tensión del grupo y lo torna más constructivo y creativo, ya que un nivel de tensión sumamente bajo provee las bases para un conformismo desmotivador que inhibe la autocrítica y la creatividad en las actividades a desarrollar por los miembros del grupo.”¹⁷⁰*

La función y efectos del conflicto dependerá del enfoque desde el cual se vea el conflicto, lo cual determinara la manera de abordarlo.

Orientación psicológica.¹⁷¹ El conflicto surge y se encuentra dentro del individuo, en sus ideas, motivaciones, rasgos de personalidad, etc. Desde esta orientación podemos distinguir dos tipos de conflictos: los intraindividuales y los interindividuales.¹⁷² a) Se trata de un conflicto intraindividual derivado de una disfunción personal o alteración del individuo que lo determina a reaccionar o percibir su entorno de manera alterada y que influyen en la toma de sus decisiones; b) El conflicto interindividual derivado de esas percepciones y reacciones conflictivas lo llevan a conflictos con las personas que se relaciona o interactúa.

La orientación psicológica, al enfocarse en aspectos interiores de la persona como raíz de los conflictos, es considerada como reduccionista, no debemos olvidar

¹⁷⁰ *Ídem.*

¹⁷¹ Gómez Funes, Gloria, *Conflicto en las organizaciones y mediación*, Andalucía, Universidad Internacional de Andalucía, 2013, p. 6.

¹⁷² De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149, p. 38.

que le individuo vive y pertenece a un sin fin de estructuras sociales y debemos entender el conflicto en el contexto de dichas estructuras.

Orientación sociológica,¹⁷³ el conflicto no es algo que atañe solamente a los individuos en lo particular, es algo grupal y producto de la organización social y derivado de la interacción de los individuos. Si cada individuo pertenece a un grupo, y cada grupo tiene una posición en la organización social, siempre habrá en juego diferentes intereses (económicos, culturales, emocionales, etc.). Existen dos posturas al ver el conflicto: los que lo consideran disfuncional y, por ende hay que erradicarlo (posición de los funcionalistas –Parson, Merton, entre otros –) y los que lo ven como inevitable, necesario e imprescindible para el funcionamiento del progreso social (postura marxista donde la lucha de clases es lo que lleva al progreso social; siendo así, el conflicto el motor de la historia).¹⁷⁴

Orientación psicosociológica,¹⁷⁵ se trata de un enfoque que engloba los problemas internos y los de interacción, por lo tanto es independiente a la psicología y a la sociología, pretendiendo dar una concepción integral. Entiende que el conflicto es inherente a las interacciones humanas, las cuales generan tensiones. El análisis y estudio del conflicto se encuentra centrado en las personas y su entorno, así como en el proceso de esa interacción; del tal forma, propone métodos para abordarlos desde el protagonismo de las persona en conflicto. Desde esta visión lo importante no es la existencia del conflicto –que ya sabemos que es inevitable–, sino la forma en que se gestione para lograr su transformación constructiva.¹⁷⁶

¹⁷³ *Ídem.*

¹⁷⁴ Atienza, Manuel, “Presentación”, en *Marxismo y filosofía del derecho*, México, Fontamara, 1993, *passim*.

¹⁷⁵ De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149, p. 38

“Como afirma Touzard (1988), la psicología social, en cuanto disciplina que es independiente tanto de la psicología como de la sociología, pretende aportar una concepción original: su nivel de análisis no se sitúa ni en el plano individual ni en el social, sino en la encrucijada de los dos, o sea, en el nivel de la interacción del individuo y los sistemas sociales en cuyo seno vive. Esto significa que los resultados de las dos perspectivas anteriores le serán muy útiles y que deberá integrados en una nueva perspectiva que no elimine las otras dos. Y es que un conflicto es una situación que, en el plano social, se define por ciertas relaciones entre grupos, organizaciones o individuos. Se persiguen fines contradictorios, se afirman valores irreconciliables, se viven relaciones de poder; los protagonistas tienen estrategias más o menos definidas. Por encima de las conductas individuales de hostilidad y de competencia, ya sea porque estén enraizadas en pulsiones probablemente innatas o que resulten de tensiones adquiridas, hay una determinada estructura social que crea y define el conflicto.”

¹⁷⁶ Gómez Funes, Gloria, *Conflicto... op. cit.* Nota 171, p. 9.

Orientación estructuralista, concibe a la propia organización social de los Estados como el origen de las tensiones y conflictos entre los individuos que la integran, lo que se busca es la transformación de la propia organización social en la búsqueda de sociedades más justas en las que no se generen, o en su caso impidan, las tensiones entre sus individuos. El estudio se hace a nivel macro por lo que en este contexto se utilizan términos y conceptos como recursos escasos, sociales-estructurales, de poder y de rivales y/o contrincantes; siendo así, que las causas son la propia sociedad, cultura, estructura y comportamientos que derivan de ella (conflicto social). Las propuestas de solución o gestión son complejas y a largo plazo, como modificaciones sociales y políticas.¹⁷⁷

2.2.2.- Dinámica o proceso del conflicto

Hablar de conflicto es hablar de comunicación, convivencia e interacción donde las frustraciones, las malas percepciones y la falta de comunicación juegan un rol básico o fundamental. El conflicto tiene un camino, el cual inicia con una necesidad no satisfecha generando un problema o disputa, después se da una escalada y estalla una crisis. Para Gloria Gómez, se pueden identificar las fases o etapas del conflicto, dependiendo del nivel de tensión y de lucha de las partes

¹⁷⁷ *Íbidem*, p. 7.

“En esta línea se encuentran autores como Coser, Galtung, Hocker y Wilmot, Katz y Kahn, Dahrendorf entre otros.

Para Coser (1968), el conflicto es una lucha sobre valores o reclamo de estatus, poder y recursos escasos en los cuales el objetivo de una de las partes en conflicto es no solamente obtener valores deseados sino también neutralizar, perjudicar o eliminar a sus rivales. Y afirma (1956) que un conflicto es social cuando trasciende lo individual y procede de la propia estructura de la sociedad.

Hocker y Wilmot (1995) definen el término como “una lucha que se expresa al menos entre dos partes independientes que perciben que los otros poseen metas, recursos escasos e interferencias incompatibles que les impiden a ellos alcanzar las suyas”

Katz y Kahn (1977) argumentan que dos sistemas (personas, grupos, organizaciones) están en conflicto cuando interactúan directamente, de tal modo que las acciones de uno tienden a prevenir o a impeler algún resultado contra la resistencia del otro.

Galtung (2003) describe el conflicto en la interacción de tres dimensiones (el llamado triángulo del conflicto): 1) Las actitudes y presunciones –“dentro” – aspecto motivacional referido a cómo perciben, sienten y piensan las partes en conflicto, aspecto que permanece oculto; 2) El comportamiento –“fuera”– aspecto objetivo relativo a cómo las partes en conflicto actúan. Es el vértice superior del triángulo, parte que se manifiesta en el conflicto; y 3) contradicción –entre– aspecto subjetivo referido a la raíz, al tema real del conflicto, que también permanece oculto.”

enfrentadas, las cuales irán en escalada y siguiendo sus tiempos: incomodidad, insatisfacción, incidentes, malentendidos, tensión y crisis.¹⁷⁸

1. La **incomodidad**, es el primer llamado de aviso o advertencia donde, prácticamente de manera intuitiva, se percibe que algo no va bien con la relación, sin saber a ciencia cierta qué es.
2. Existirá **insatisfacción**, cuando una de las partes se auto-percibe a disgusto, insatisfecha o incomoda ante una nueva situación o cambio, lo que le genera incertidumbre que produce roces y discusiones.
3. Habrá **incidentes**, pequeños problemas, discusiones, resentimientos y preocupaciones que no se toman en cuenta o se dejan a un lado.
4. Los **malentendidos**, distorsionan la percepción de la realidad, normalmente las partes hacen suposiciones producto de una mala comunicación y poca comprensión, el entorno en que se desarrollen estos malentendidos jugará un factor determinante para eliminar o agravar los malentendidos (no es lo mismo un ambiente laboral que uno familiar o vecinal), ya que si el entorno no ayuda se pueden incrementar los rumores.
5. La **tensión**, estará rodeada de prejuicios y actitudes negativas que distorsionan la percepción de la realidad.
6. En **crisis**, las partes actúan de manera unilateral, cambian las buenas formas de trato entre ellos por los insultos, recriminaciones, enfrentamiento, una lucha abierta, violencia, etc. Nos encontramos en el punto más elevado de la fases del conflicto.

Por su parte, para De Diego y Guillén¹⁷⁹ el proceso del conflicto se compone de 4 fases:

Oposición potencial. Deberán haber condiciones capaces de crear la oportunidad de un conflicto basada en la comunicación (ruido en los canales de comunicación) la estructura (división de tareas en la casa o en el trabajo,

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

¹⁷⁹ De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149 pp. 47 y 48.

jerarquización y delegación de funciones) y variables personales (los sistemas de valores que cada individuo tiene y su personalidad).

Cognición y personalización. El individuo al conocer las condiciones de la etapa anterior (generando frustraciones) lo personaliza y concretiza una oposición, sintiéndose comprometido emocionalmente y sufriendo ansiedad, tensión, frustración y hostilidad.

Comportamiento. Cuando el individuo realiza acciones que frustran la obtención de metas de otros o van contra los intereses de él. Es necesario que la acción se realice de forma intencionada, el conflicto en este momento ya es patente manifestándose de manera sutil (como la indiferencia) o de manera directa (agresiva, violenta e incontrolada).

Control del conflicto. Para que las personas puedan afrontar de manera correcta el conflicto con la ayuda de un tercero o líder del grupo deberá éste seguir las siguientes directrices:

- *No asustarse:* mantener la calma y estar dispuesto incluso a suspender toda actividad mientras no se conozca bien qué es lo que hay detrás de la conducta conflictiva de una persona.
- *No malinterpretar:* la precipitación y las actuaciones no meditadas empeoran la situación general. Es más conveniente volver a escuchar las razones de las personas antes que tomar decisiones equivocadas.
- *No forzar las reacciones:* la forma en que el líder actúa tendrá gran repercusión en el comportamiento del grupo. Por ello debe ser perfectamente consciente de sus reacciones, para no perder el respeto del grupo y el control del mismo.

2.2.3.- Respuesta al conflicto

Existen diversas formas o estilos en la manera de enfrentar o gestionar al conflicto, en la doctrina se habla básicamente de cinco estilos diferentes

(competición, evitación, acomodación, compromiso y colaboración) pero que se encuentran basadas en dos dimensiones: la asertividad y la cooperación; la asertividad, se refiere a la medida en que la persona realiza intentos de satisfacer sus propios intereses; la cooperación, se refiere a la medida en que la persona hace intentos para satisfacer los intereses de la otra parte.¹⁸⁰

La manera de afrontar los conflictos dependerá por un lado, de la personalidad y preferencias de una persona y, por otro, las circunstancias concretas del caso con base en el entorno, el momento y la otra parte con quien se desarrolle el conflicto.¹⁸¹ Si bien no existe una manera específica o única de tratar el conflicto, la clasificación nos podrá servir de guía.¹⁸²

Colaboración (asertivo y cooperativo – ganar/ganar). Reconocida por muchos autores como la mejor forma de afrontar el conflicto, ya que las partes entienden la importancia de los objetivos propios como su relación, por lo que el fin y los medios para alcanzar dichos fines tienen que ser coherentes entre ellos. Se inicia identificando los deseos de ambos y no estarán satisfechos hasta que se logra una

¹⁸⁰ Gómez Funes, Gloria, *Conflicto... op. cit.* Nota 171, p. 18.

¹⁸¹ De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149, pp. 46 y 47.

“ 2. *Conflictos de relación/comunicación*

No existe un móvil concreto, tangible, más allá de la propia relación deteriorada. En este tipo estarían los conflictos de agresiones, lucha, insultos, desvalorizaciones, rumores, confusión, malos entendidos...

También entrarían los conflictos de percepción. Aunque la realidad es una sola, cada parte en el conflicto tiene «su» propia visión. Probablemente si cada uno narra lo sucedido contará versiones muy distintas. Aquí de nuevo podemos hablar tanto de cómo se percibe el problema como de las percepciones que unos tienen sobre los otros como personas.

3. *Conflictos de intereses, necesidades.*

Cuando se dan dichas diferencias es cuando existe un problema de contenido. Se trata de buscar la forma de satisfacer los intereses y las necesidades a través de alguna solución alternativa que supere la contraposición de las posiciones iniciales (yo gano- tú ganas):

a) *Conflictos por recursos: son los conflictos que se generan por tener, acceder, prestar... no solamente objetos sino tiempos, espacios y todo tipo de recursos.*

b) *Conflictos por actividades: desacuerdos en la forma de realizar trabajos o tareas.*

3. *Conflictos de intereses, necesidades*

En cuanto a las diferencias de valores, si las hay, quizá se puedan buscar valores superiores que compartan todos, pues no todos los valores están al mismo nivel en una jerarquía de valores.

a) *Conflictos por recursos: son los conflictos que se generan por tener, acceder, prestar... no solamente objetos sino tiempos, espacios y todo tipo de recursos.*

b) *Conflictos por actividades: desacuerdos en la forma de realizar trabajos o tareas.”*

¹⁸² Gómez Funes, Gloria, *Conflicto... op. cit.* Nota 171, pp. 18, 19 y 20. Véase también a De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149, pp. 49 y 50.

solución mutuamente beneficiosa. La preocupación se centra en las metas y las relaciones por igual, por lo que trabaja para en una solución compartida.

- Encontrar una solución integradora.
- El objetivo consiste en aprender.
- Aprovechar las ideas de personas con distinto punto de vista.
- Lograr la aceptación al incorporar en un consenso los diferentes intereses.
- Resolver los sentimientos que han entorpecido la relación.

Competición (asertivo y no cooperativo – ganar/perder). Lo importante es conseguir lo que uno quiere sin importar los deseos o necesidades del otro. Se procura un provecho individual de la situación, o tomarse de manera violenta y agresiva o arrogante, imponiendo sus posiciones y permaneciendo ajeno a las necesidades de los demás.

Evitación (no asertivo no cooperativo – perder/perder). Las partes a pesar de reconocer el conflicto evitan, a toda costa, enfrentarse a él. Es evidente que con esta actitud no se puede lograr ningún objetivo, ni las relaciones idóneas para ninguna de las partes involucradas.

Acomodación (no asertivo sí competitivo – perder/ganar). No se hacen valer, no plantear los objetivos propios a fin de no confrontar a la otra parte, normalmente para agradar y ser aceptados. Las personas que se acomodan a las pretensiones del otro tienen una gran preocupación por las relaciones y están dispuestos a renunciar a sus objetivos personales ante el temor de que el conflicto dañe la relación. No se resuelve el conflicto ya que una de las partes no tiene resueltas sus necesidades.

Compromiso (medianamente asertivo, medianamente cooperativo). Se llega a un acuerdo (negociación/consenso) sin renunciar a lo fundamental (intereses/necesidades), pero ceden en lo que es menos importante: “mejor ceder un poco y obtener un poco”. Se presiona por algunas metas sin intentar arriesgar la situación, permitiendo que el otro obtenga algo de lo que quiere.

Nos queda claro que para una adecuada gestión del conflicto debemos considerar tanto el nivel o momento del conflicto como el estilo adecuado de gestión empleado al caso en concreto.

2.2.4.- Métodos de resolución del conflicto

En virtud de que la presencia del conflicto es de manera inherente a la vida del ser humano, y que dependiendo de la manera de afrontarlo se puede maximizar sus beneficios para producir un cambio social.

Hace muchos miles de años, en las primeras organizaciones sociales, de corte primitivo, la resolución de las disputas (derivadas de un conflicto) se realizaba mediante el recurso de la fuerza (violencia), donde se imponía –coactivamente– la decisión impuesta de una parte sobre la otra, forma que actualmente clasificamos como la **auto-tutela** o **auto-defensa**.

No podemos considerar a la auto-tutela como una verdadera forma de solución de conflicto, ya que la imposición coactiva y violenta de la decisión de una parte (basada en la satisfacción de sus propios intereses) generaba una solución meramente transitoria que propiciaban tensiones entre los miembros del grupo provocando, muchas veces, el distanciamiento y separación del grupo social por la reaparición del conflicto.

Pero en la medida en que fueron creciendo los grupos sociales (aumentando la rivalidad y competencia por la escases de los recursos) los conflictos fueron creciendo, surgiendo la necesidad del pacto social, cuya idea más básica es donde los ciudadanos delegan (sueltan de su esfera) o ceden ciertos derecho y prerrogativas al Estado para que éste las proteja, evitando así la auto-tela. Dicho pacto social surge de la idea del conflicto, y se encuentra dirigido a la ordenación y reglamentación normativa de las controversias a partir de un orden considerado deseable.¹⁸³

¹⁸³ Moreno Catena, Víctor, “La resolución jurídica de conflictos”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, coord. Soletó Muñoz, Técno, Madrid, 2011, pp. 27-46

Precisamente, la tutela jurisdiccional históricamente nace por la asunción del monopolio de la justicia por parte del poder político, prohibiendo la auto-tutela, lo cual lo vemos reflejado en nuestra carta magna en su artículo 17, párrafos primero y segundo, que a la letra expresan:¹⁸⁴

“Artículo 17. *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.*

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”

Dichas funciones de pacificación y satisfacción llevaron a la creación de las llamadas vías de composición de los conflictos, que se diferenciarán de acuerdo a su finalidad de cumplir predominantemente una función de pacificación, o de satisfacción o ambas:¹⁸⁵

“Un función de satisfacción puede llevarse a cabo mediante la utilización por las personas o grupos titulares de los intereses, de un sistema de violencia o fuerza.

... La segunda vía, que es fundamentalmente una vía de pacificación, es la de la negociación y el arreglo...El pacto es un vehículo para obtener la paz...Esta reglamentación se caracteriza porque es autónoma. Es decir, es obra de los mismos intereses.

¹⁸⁴ No olvidemos que en casos excepcionales, particularmente en el ámbito del Derecho penal, el orden jurídico permite la reacción violenta del ciudadano ya que, el Estado de alguna manera admite su imposibilidad de proteger en todo momento de manera eficiente los bienes jurídicos de una persona, nos referimos a los casos de legítima defensa, como ejemplo citamos el Código Penal Federal:

“CAPITULO IV

Causas de exclusión del delito

Artículo 15.- *El delito se excluye cuando:*

IV.- *Se repele una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.”*

¹⁸⁵ Díez Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 2008, pp. 15, 16 y 17.

...La tercera vía donde confluyen tanto la función de pacificación como la función de satisfacción, se produce a través de lo que pueden llamarse las formas de heterocomposición del conflicto. Se caracterizan porque en ellas interviene o intermedia un tercero neutral para hacer posible que el conflicto se resuelva.”

a) Métodos hetero-compositivos

Respecto a los métodos hetero-compositivos referiremos que tienen como principal características la intervención de un tercero imparcial con quien acuden las partes para que con su decisión vinculante imponga la solución. Este tercero imparcial se encuentra situado *supra partes* y cuya decisión debe ser fundada, motivada, razonada y razonable, así como asequible para todos. Entre estos métodos encontramos al arbitraje y la jurisdicción, cuyos puntos de coincidencia son la imparcialidad del tercero (que permite la composición del desinteresada del conflicto) y la aplicación del Derecho objetivo, pero tienen marcadas diferencias.¹⁸⁶

- 1) **El arbitraje.** El arbitro se encuentra legitimado por la celebración de un contrato, terminando su labor con el dictado del laudo, diferenciándose de la jurisdicción ya que participa de ciertos elementos de la forma auto-compositiva al existir una negociación previa de las partes para legitimar al arbitro. La *auctoritas* del árbitro proviene de la voluntad de las partes pero carece de *potestas* para obligar al cumplimiento.
- 2) **La jurisdicción.** Tiene como tercero imparcial a un órgano del Estado para conocer de todos los conflictos jurídicos que surjan, tiene tanto *auctoritas* como *potestas* (poder de juzgar o ejecutar lo juzgado).

Desde el punto de vista legal los métodos hetero-compositivos impiden que se reproduzca el litigio entre las partes de manera indefinida, ya que mediante el principio de cosa juzgada pone fin a la contienda jurídica, pero el conflicto subyace.

¹⁸⁶ Gómez Funes, Gloria, *Conflicto... op. cit.* Nota 171, pp. 24 y 25.

b) Métodos auto-compositivos

Estos métodos se encuentran basados en el consenso de las partes, ellas deciden ponerle fin por sí mismas o con la intervención de un tercero, en este caso el tercero no impone, solamente auxilia a las partes para que se aproximen al consenso. El tercero es inter partes y no supra partes, principal diferencia con los métodos hetero-compositivos. Veamos la siguiente clasificación.

Sin intervención de un tercero:

- **Unilateral:** desistimiento, allanamiento, renuncia.
- **Bilateral:** la transacción y la negociación, donde la reciprocidad es esencial. pueden ser competitivas o colaborativas.

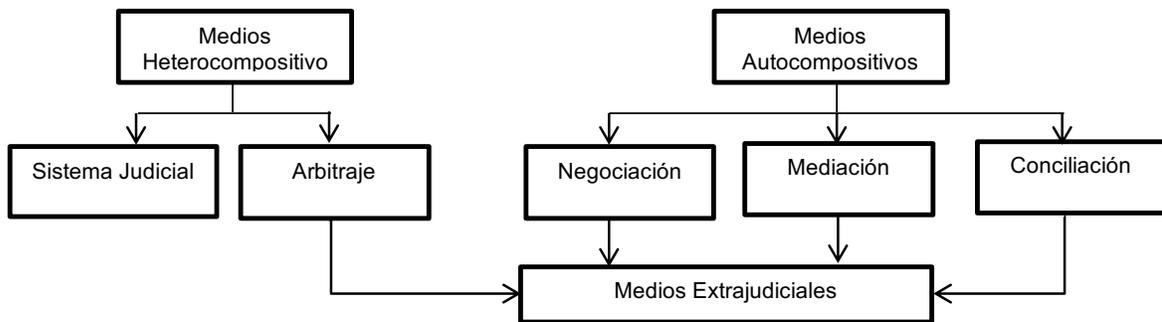
Con intervención de un tercero:

- **La conciliación.** Donde el tercero conciliador tiene facultades propositivas derivadas de la información proporcionada por las partes pero que no están obligadas a aceptarlas.
- **La mediación.** Es una especie de negociación asistida por un tercero neutral –el mediador– donde las partes trabajan de modo colaborativo en el análisis del conflicto y en la mejor manera de resolverlo.
- **La negociación asistida.** Fórmula estadounidense en la que se puede ubicar la mediación.

Catia Márquez esquematiza la clasificación de la siguiente manera:¹⁸⁷

¹⁸⁷ Marques Cebola, Cátia, *La Mediación...* op. cit. Nota 140, p. 31.

SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS



Cabe señalar, que son de nuestro interés las formas auto-compositivas se basan en el consenso donde las partes por sí mismas, pero con ayuda de un tercero, ponen fin al conflicto. El tercero debe contar con una formación específica y utilizar determinadas herramientas para poder ofrecer a las partes nuevas vías de dialogo y entendimiento.

2.3.- MEDIACIÓN

2.3.1.- Concepto

En virtud de que la mediación se aplica en muy diversos ámbitos, habrá múltiples enfoques y posibles definiciones y aunque no hay un gran consenso para definirla, de manera muy general, se puede decir que es una fórmula amistosa y razonable que permite desarrollar las situaciones de conflicto apoyándose en la voluntad y buena fe de las personas. Siempre existe alguien capaz de interceder (sin mayor interés que el de ayudar) con una sola palabra para llegar a un buen desenlace de las confrontaciones.¹⁸⁸

Es importante aclarar, que no basta la voluntariedad de las partes en el proceso de mediación, debe existir una efectiva demanda de resolver el conflicto, es decir, la necesidad de eliminar un padecimiento, finalizar un malestar, concluir una situación de tensión, etc. Hablamos de una petición de ayuda que le suponga al mediador algún saber acerca de la solución.¹⁸⁹

En este contexto, Víctor Moreno Catena, con una visión procesal, define a la mediación como *“Fórmula alternativa a la jurisdicción a través de la cual las partes en conflicto llegar por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador que con su formación ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento”*.¹⁹⁰

Para Patricia Aréchega, *“La mediación es una negociación colaborativa asistida por un tercero neutral, que resulta particularmente interesante cuando la negociación directa entre las partes se ha tornado un callejón sin salida. Es un procedimiento para el tratamiento de los conflictos en el campo intersubjetivo. No es*

¹⁸⁸ Boqué Torremorell, María Carme, *Cultura de Mediación... op. cit.* Nota 139, p. 19.

¹⁸⁹ Brandoni, Florencia, *“Apuntes...” op. cit.* Nota 151 p. 31.

¹⁹⁰ Moreno Catena, Víctor, *“La resolución jurídica...” op. cit.* Nota 183, p. 37 y 38.

“Entre las características principales de la mediación se encuentran la voluntariedad y la igualdad entre las partes, pudiéndose acceder a ella de forma autónoma respecto de la jurisdicción, así como una vez planteado el conflicto ante la jurisdicción”.

*una herramienta cualquiera. Reposa en la expresión y resolución pacífica de las disputas, en un clima de cooperación”.*¹⁹¹

Por su parte, Matilde Risolía, Diana Eilbaum y María Elena Caram explican que la práctica de la mediación se suele conceptualizar como un proceso donde un tercero imparcial, a solicitud de las partes, las asiste en una negociación colaborativa, en donde realizan un replanteamiento de sus diferencias buscando intereses afines en los que puedan, ellas mismas, tomar una decisión satisfactoria para esos intereses. Se destacan tres aspectos relevantes como eje del proceso que el mediador ofrece a las partes:¹⁹²

1. Se formula un replanteamiento del conflicto, en términos de los intereses de las partes, el mediador les devuelve una pregunta donde la respuesta debe ser proporcionada por ellas mismas.
2. Se generan las condiciones necesarias que hacen posible que las partes ingresen a una negociación de carácter colaborativo, comprendiendo su interdependencia de la satisfacción de los intereses en juego, por lo que la mayor obtención de satisfacción posible de los intereses propios, se podría traducir en la disponibilidad de satisfacer los intereses del otro.
3. La toma de decisiones se realiza con base en suficiente y adecuada información, privilegiando un consentimiento obtenido luego de una evaluación de las opciones que las partes pueden producir.

Para Folberg y Taylor, la mediación es una alternativa al litigio, la violencia o la autoayuda, diferente a los procesos de *counseling*, negociación y arbitraje. Es un proceso donde los que participan, asistidos por una o varias personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un mutuo acuerdo que se ajuste a las

¹⁹¹ Arécheaga, Patricia, “Especificad del acto...”, *op. cit.* Nota 156, p. 111.

¹⁹² Risolía, Matilde, Eilbaum, María y Caram, María Elena, “¿...sólo un simple regateo? Colaboración y competencia en el proceso de mediación, en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Arécheaga, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005, p. 127.

necesidades de ambos. La mediación tiene como objetivo reducir el conflicto, así como proporcionar un foro para la toma de decisiones.¹⁹³

Pero el movimiento de la mediación no necesariamente tiene enfoques unitarios, antes al contrario, el movimiento representa un modo de promover una transformación cualitativa de la interacción humana, Bush y Folger explican que la narración y evolución de la mediación se puede realizar mediante cuatro versiones:¹⁹⁴

- **La historia de la satisfacción**, subraya la urgencia de resolver las necesidades humanas evitando los costos económicos, emocionales y de tiempo que, normalmente, están aparejados a los conflictos. El objetivo de la mediación, desde esta perspectiva es la del binomio ganar/ganar.
- **La historia de la justicia social**, fundamenta el uso de la mediación en la autodeterminación y la independencia de los ciudadanos con derecho a erigirse en protagonistas de sus propios conflictos, evitando la explotación entre los miembros y, por ende, fortaleciendo la comunidad.
- **La historia de la opresión**, informa de las posibles perversiones del proceso de mediación como: desequilibrio de poder, privatización de los problemas, manipulación encubierta y la explotación de los más débiles y desprotegidos.

¹⁹³ Folberg, Jay y Taylor, Alison, *Mediación...*, op. cit., Nota 161, pp. 27, 28 y ss.

¹⁹⁴ Bush, Robert A. Baruch y Folger, Joseph, P., *La promesa de la mediación*, Barcelona, Granica, 1994, pp. 39, 40, 41 y ss.

“Aunque el crecimiento de la mediación durante las dos últimas décadas es notable, es incluso más sorprendente la extraordinaria divergencia de opiniones acerca del modo de comprender ese crecimiento y de caracterizar al propio movimiento mediador. Esta divergencia es tan acentuada que no existe una reseña aceptada del modo en que el movimiento mediador se desarrolló o de lo que representa. En cambio, la literatura especializada revela varias reseñas diferentes o “historias” del movimiento, narradas por distintos autores y orientada a subrayar distintas dimensiones del proceso mediador y de su influjo social. Así, algunos representan el movimiento como una herramienta destinada a aliviar la congestión judicial y a suministrar una justicia “de más elevada calidad”, en casos individuales: otros lo ven como un vehículo para organizar a la gente y las comunidades con miras a conseguir acuerdos equitativos: y otros aun como un medio disimulado de control y opresión social. Para nosotros, y muchos más, el movimiento representa un modo de promover una transformación cualitativa de la interacción humana: éstas son las cuatro versiones principales a las que denominamos, respectivamente, la Historia de la satisfacción, la Historia de la justicia social, la Historia de la opresión, y la Historia de la transformación.”

- **La historia de la transformación**, se concibe como la promesa de evolución y crecimiento del individuo y de la sociedad en general, con base en la revalorización y reconocimiento de las personas (empowerment).

De esta manera, los autores concluyen que en la mediación, ante un conflicto, se prioriza a la persona por encima del contenido, donde el eje de la práctica gira en torno a que las partes puedan hacer elecciones claras y conscientes, así como tener presentes las perspectivas de los otros participantes si así lo deciden.

Como hemos visto, la mediación facilita la comunicación entre las partes y al tener una visión positiva del conflicto, tiene muchos puntos en común con otras formas de intervención; por lo que, según Folberg y Taylor,¹⁹⁵ habrá que diferenciarla de otras fórmulas de alternativas de resolución de conflictos:

- No es un proceso terapéutico, ya que está dirigida a la tarea y consecución de una solución del conflicto, sin indagar en las causas internas de éste.
- No es un arbitraje, porque en el arbitraje es, precisamente el árbitro el encargado de tomar las decisiones, en la mediación son las partes interesadas quienes toman las decisiones.
- Tampoco es una simple negociación en la que las partes interesadas intervienen sin el auxilio o intervención de una tercera persona.

María Carme Boqué explica, que en los gremios de abogados y psicólogos podemos encontrar un buen número de mediadores, ya que la mediación incorpora cuestiones terapéuticas así como, valores de justicia y equidad. Pero existe una fundamental diferencia entre mediación, terapia y administración de justicia: el carácter no directivo de los procesos de mediación. La autora considera que existe otra gran diferencia, la posición horizontal de la comunicación, de imposible

¹⁹⁵ Folberg, Jay y Taylor, Alison, *Mediación...*, *op. cit.*, Nota 161, *passim*.

aplicación en procesos judiciales o terapéuticos. “No sería adecuado poner la palabra de un juez al nivel de un delincuente, ni la de un terapeuta al de un paciente”.¹⁹⁶

En este orden de ideas, Christopher Moore¹⁹⁷ recomienda la intervención del mediador cuando:

- Los sentimientos de las partes son intensos e impiden un arreglo.
- La comunicación entre las partes es mediocre tanto por la cantidad como por la calidad, y las partes no pueden modificar por sí mismas la situación.
- Las percepciones erróneas o los estereotipos están estorbando la realización de intercambios productivos.
- Las formas repetitivas de comportamientos negativos están elevando obstáculos.
- Hay desacuerdos graves acerca de los datos: qué información es importante, cómo se obtiene y cómo se la evaluará.

2.3.2.- Principios y características de la mediación

Como indicamos al inicio de este tema, si bien no contamos con un concepto unitario de mediación, sí estamos en posibilidad de establecer principios genéricos que sirvan de referencia para realizar procedimientos de mediación:¹⁹⁸

¹⁹⁶ Boqué Torremorell, María Carme, *Cultura de Mediación... op. cit.* Nota 139, p. 66.

“El terapeuta y el juez deciden aquello que es mejor para sus clientes unilateralmente, puesto que ellos se encuentran, por diferentes motivos, temporalmente privados de sus capacidades de decisión, precisamente por esto se someten a los expertos. Evidentemente, existen terapias más participativas que otras y lo mismo sucede en el ámbito legislativo -pensemos en el procedimiento arbitral, por ejemplo.

A fin de conducir un proceso de mediación resulta imprescindible, como se ha dicho y repetido, la plena participación de todos, es decir, que si alguna de las partes no está dispuesta, se halla debilitada, en peligro, simplemente, opta por un proceso adversarial, será mejor paralizar el proceso en caso de haberlo iniciado.

Así pues, la mediación no es un sustituto apropiado ni de la terapia ni del correcto ejercicio de la autoridad.” Tampoco debe utilizarse si una de las partes se ha visto impelida a participar bajo amenazas u otras prácticas coercitivas, o en caso de que tenga por objetivo la represión o la revolución (Brubaker y Kraybill, 1995).”

¹⁹⁷ Moore, Christopher, *El proceso de la mediación*, Argentina, Granica, 1995, *passim*.

¹⁹⁸ De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149, p. 61.

- **Concepción positiva del conflicto.** En virtud de la presencia inherente del conflicto en la vida de las personas, comunidades y sociedad, no se debe considerar al conflicto como algo negativo o violento, sino como una oportunidad de cambio y evolución si se afronta de manera constructiva y beneficiosa.
- **Uso del dialogo.** Existen respuestas que no son constructivas (agresión, violencia, huida y sumisión), por lo que la comunicación a través del dialogo, será la mejor forma para que las partes puedan llegar a la resolución del conflicto.
- **Potenciar contextos cooperativos.** Al propiciar contextos de carácter cooperativo entre las partes se busca la filosofía del ganar/ganar, tratando de dejar claro a los individuos que la búsqueda y satisfacción de intereses propios no se debe traducirse en que los otros no consigan satisfacer los suyos, evitando así la idea del ganar/perder.
- **Participación democrática.** A través de los procedimientos de mediación las partes experimentan la importancia de sus pensamientos y opiniones, sentimientos, deseos, así como de sus necesidades, tanto propias como las de lo otros, contribuyendo así a la mejora de las situaciones. Las partes se convierten en los responsables de la resolución del conflicto.
- **Desarrollo de actitudes de apertura.** Se debe generar una actitud de comprensión y empatía hacia el otro, hacia lo que el otro expresa, lo que necesita y desea, procurando entender su posición (algunos dirían ponerse en su lugar, expresión que no compartimos). Las personas podrán percibir cómo cada uno percibe diferentes aspectos de una misma situación y de sentir la opinión del otro.
- **Protagonismo de las partes.** En el momento en que las partes tienen la capacidad de poder identificar sus necesidades e intereses frente al otro, así como colaborar conjuntamente en la búsqueda de soluciones que satisfagan a ambos. La probabilidad de que la salida al conflicto sea asumida y desarrollada por las partes –de manera comprometida– es mayor.

Por su parte Gloria Gómez nos indica que las premisas básicas de la mediación son:

- **La voluntariedad.** Las partes deberán acudir a la mediación sin haber sido presionadas u obligadas a ello, independientemente de que su caso pudo haber sido derivado por alguna autoridad jurisdiccional, las partes tendrán siempre la decisión última de someterse a ella. Cabe aclarar, que la aceptación del mediador deberá ser sin reservas, considerarlo como una persona imparcial e independiente sin relación directa con el problema o conflicto que las enfrenta, de manera que lo perciban como una figura que los podrá auxiliar a encontrar un acuerdo.
- **La confidencialidad.** Nada de lo hablado o tratado en la mediación se podrá divulgar, ni por las partes ni por el mediador; este último, con amparo del secreto profesional tampoco podría ser llamado a un proceso como testigo o perito en un proceso judicial. La única excepción a este principio es cuando del silencio del mediador pudiese ponerse en peligro una persona, especialmente si se trata de un menor o persona vulnerable.
- **Respeto a la buena fe y a la ley.** Las partes deberán de participar sin la intención de simplemente perjudicar al otro, y confiar recíprocamente en que esto no pasará. Si bien las partes llegan a sus propios acuerdos, en ningún caso se podrán llegar a acuerdos que sean contrarios a la ley.
- **Neutralidad e imparcialidad del mediador.** El mediador no debe opinar o valorar las actitudes, comportamiento ni manifestaciones de las partes, así como tampoco proponer o timar decisiones sobre las propuestas de las partes en conflicto. Su labor es simplemente en lograr un proceso seguro mediante el adecuado manejo de las técnicas y herramientas propias de su función.
- **Legitimación.** Debe existir una legitimación formal del mediador, es decir, en cuanto a su formación y acreditación de la misma, pero la verdadera legitimación la obtiene al crear un contexto de confianza para que las personas accedan a participar colaborativamente.

La legitimación ante las partes se da en cuanto a su intervención en la contienda como tercero imparcial, entre las partes, en cuanto al reconocimiento mutuo de que comparten el problema y; la legitimación de cada parte, en cuanto al empoderamiento o capacidad individual para hacerse cargo de su vida y de la gestión del problema.

- **Igualdad entre las partes.** Para Fernando Martín Diz, la igualdad entre las partes es uno de los principios más importantes, las partes deben estar en un plano de paridad, sin predominio o superioridad de una parte sobre otra. Si existiera alguna posición de superioridad de una parte sobre otra la solución del conflicto, casi con seguridad, no podría llegar al pasar por un medio de solución auto-compositiva. En estos casos. La solución se determinaría por el ejercicio abusivo de la autodefensa, imponiéndose una decisión a la parte “débil” o mediante un medio de solución hetero-compositiva que ayude a equilibrar la desproporción inicial entre las partes.¹⁹⁹

Basándonos en el acuerdo de voluntades, debe existir una predisposición de las partes a ceder a cambio de alcanzar una solución a su conflicto; por eso, debe realizarse la mediación en un clima de equilibrio entre las partes que facilite la ecuanimidad. La existencia de violencia, amenazas, coerción, compulsión o intimidación, ya sea pasada, presente o futura contraviene el principio de la igualdad entre las partes y, por ende, la celebración de la mediación.

Pero no debemos entender la igualdad de manera tajante y absoluta, por ejemplo en un conflicto laboral un trabajador en lo individual no tiene igualdad económica con el empleador, o en un conflicto familiar los hijos no

¹⁹⁹ Diz, Fernando, *La mediación: Sistema...*, op. cit, Nota 142, pp. 69 y 70.

“Ésta es la razón fundamental, por ejemplo, por la cual entendemos que la mediación no puede, ni debe, ser aplicable a conflictos en los cuales, ya de partida, existe una clara situación de desigualdad, de descompensación, entre las partes, y que permanecerá invariable durante el desarrollo de la mediación. Es caso, por ejemplo, de la mediación en materia de violencia de género, respecto de la cual en la parte final del trabajo presentaremos nuestras consideraciones. Anticipamos, ya mismo, que nos posicionamos a favor de la prohibición de la mediación como forma de solución de este tipo de conflictos. En estos supuestos el agresor siempre, por el hecho en sí del daño causado y las consecuencias físicas y psíquicas en se mueve este fenómeno, se encontrará en una posición hegemónica sobre la víctima. Se <<mueve>> desde una superioridad que ha <<impuesto>> por la fuerza y que en modo alguno puede reconducirse a través de una mediación en la cual, ambas partes, ha de imperar la más absoluta paridad, que una de las partes ya ha despreciado anteriormente con su conducta.” Cfr. Gómez Funes, Gloria, *Conflicto...* op. cit. Nota 171, *passim*.

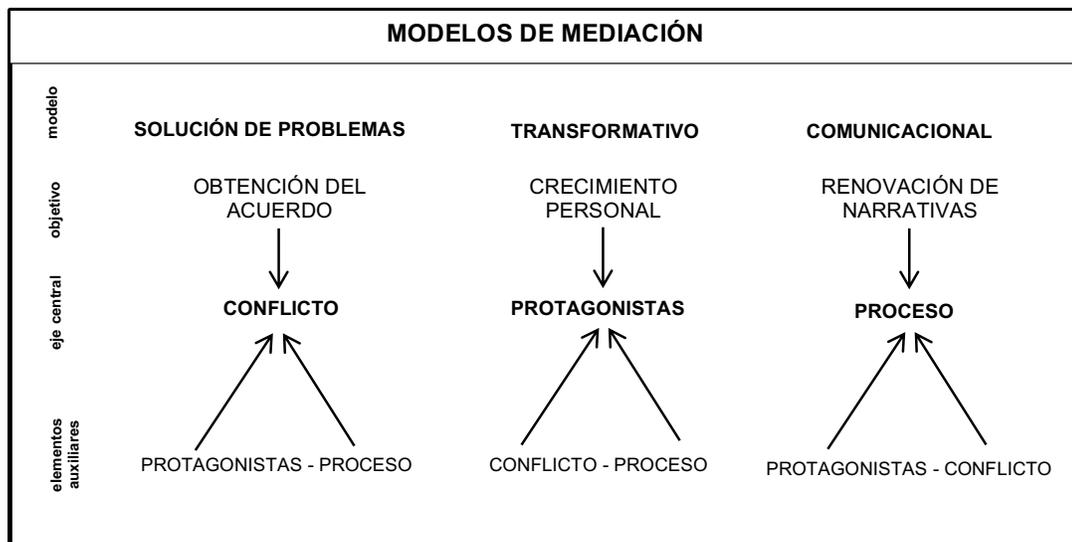
tiene autoridad sobre los padres. La igualdad debe ser entendida desde el plano emocional, comunicacional, de disposición de las partes a no imponer al otro "su solución". Tampoco debemos confundir la igualdad respecto a que el acuerdo alcanzando sea cien por ciento equitativo, ya que un acuerdo puede ser más beneficioso (por ejemplo económicamente) para una de las partes si ambas lo han consentido y decidido así libremente.

2.4.- MODELOS DE MEDIACIÓN

En cualquier proceso de mediación podemos encontrar los siguientes tres elementos:

- I. Las personas participantes;
- II. El conflicto manifestado a través de una disputa de intereses, y
- III. El proceso de comunicación que se establece entre las partes.

Si se considera que el acuerdo es la meta a conseguir, no debe hacerse prescindiendo de las personas ni del proceso, se debe interpretar que los protagonistas satisfacen mejor sus necesidades y, por ende, el proceso será más exitoso. Por otro lado, si se piensa que el conflicto se redimensionará mejorando las relaciones, el proceso de carácter educativo. Si la atención se centra en las historias que narran los protagonistas y en cómo se comunican, los aspectos relacionales y el conflicto cerrarán el circuito.²⁰⁰



²⁰⁰ Boqué Torremorell, María Carme, *Cultura de Mediación... op. cit.* Nota 139, p. 70.

2.4.1.- Modelo tradicional lineal de Fisher y Ury (Harvard)

Es considerado el mas tradicional y popular modelo de mediación, sus creadores son Fisher y Ury, cuya base es la promoción de la comunicación de las partes, entendida en sentido lineal, es decir, las partes deberán comunicarse entre si de manera continua (*communication back and forth*), de esta forma se trasmite comunicación clara y se presta atención a lo que el otro trasmite.²⁰¹

Para este modelo, existen tres problemas cotidianos, pero fundamentales en la comunicación. **Primero**, Las partes pueden no hablarse, con lo cual no hay entendimiento. **Segundo**, aunque hablen de forma clara y de manera directa, podrían no escucharse, ya sea por no oírse o no prestarse atención. **Tercero**, y último problema de comunicación, las partes pueden ser malentendidas o entender de forma equivocada lo que el otro dice, ya que las palabras pueden tener diferentes significados o contextos para cada uno.²⁰²

²⁰¹ Fisher, Roger y Ury, William, *Getting to yes. Negotiating Agreement without giving in*, Nueva York, Penguin Books, 1991, *passim*.

²⁰² *Íbidem*, pp. 20 y 21.

“Communication

Without communication there is no negotiation. Negotiation is a process of communicating back and forth for the purpose of reaching a joint decision. Communication is never an easy thing, even between people who have an enormous background of shared values and experience. Couples who have lived with each other for thirty years still have misunderstandings every day. It is not surprising, then, to find poor communication between people who do not know each other well and who may feel hostile and suspicious of one another. Whatever you say, you should expect that the other side will almost always hear something different.

There are three big problems in communication. First, negotiators may not be talking to each other, or at least not in such a way as to be understood. Frequently each side has given up on the other and is no longer attempting any serious communication with it. Instead they talk merely to impress third parties or their own constituency. Rather than trying to dance with their negotiating partner toward a mutually agreeable outcome, they try to trip him up. Rather than trying to talk their partner into a more constructive step, they try to talk the spectators into taking sides. Effective communication between the parties is all but impossible if each plays to the gallery.

Even if you are talking directly and clearly to them, they may not be hearing you. This constitutes the second problem in communication. Note how often people don't seem to pay enough attention to what you say. Probably equally often, you would be unable to repeat what they had said. In a negotiation, you may be so busy thinking about what you are going to say next, how you are going to respond to that last point or how you are going to frame your next argument, that you forget to listen to what the other side is saying now. Or you may be listening more attentively to your constituency than to the other side. Your constituents, after all, are the ones to whom you will have to account for the results of the negotiation. They are the ones you are trying to satisfy. It is not surprising that you should want to pay close attention to them. But if you are not hearing what the other side is saying, there is no communication. The third communication problem is misunderstanding. What one says, the other may misinterpret. Even when negotiations are in the same room, communication from one to the other can seem like sending smoke signals in a high wind. Where the parties speak different languages the chance for

Rubén Alberto Calcaterra esquematiza el modelo de la siguiente manera:²⁰³

1.- Fundamentación.

- Comunicacional lineal, centrada en lo verbal.
- Causalidad lineal: el conflicto tiene una causa que es el desacuerdo.
- A-contextual: no tiene en cuenta el contexto en el que el conflicto se produce.
- A-histórico: elimina, por completo, las percepciones sobre el pasado, su mira se dirige hacia el futuro.
- Intrapsíquico: Centrada en los intereses, necesidades y valores de la persona que en lo relacional.

2.- Método:

- Ventilación de las emociones dando aire al conflicto.
- Neutralidad: teniendo como fundamento la imparcialidad y la equidistancia.
- Aminorar las diferencias y potencializar las semejanzas.
- Orientar a las partes para pasar del caos al orden.

3.- Meta:

- Resolver el conflicto.

Podemos decir que el modelo tradicional-lineal (o de Harvard) tiene como objetivo primordial el llegar a un acuerdo, reduce las causas de la discrepancia y

misinterpretation is compounded. For example, in Persian, the Word "compromise" apparently lacks the positive meaning it has in English of "a midway solution both sides can live with," but has only a negative meaning as in "our integrity was compromised." Similarly, the word "mediator" in Persian suggests "meddler", someone who is barging in uninvited. In early 1980 U.N. Secretary General Waldheim flew to Iran to seek the release of American hostages. His efforts were seriously set back when Iranian national radio and television broadcast in Persian a remark he reportedly made on his arrival in Tehran: "I have come as a mediator to work out a compromise." Within an hour of the broadcast his car was being stoned by angry Iranians.

What can be done about these three problems of communication?"

²⁰³ Calcaterra, Rubén Alberto, "El modelo estratégico de mediación. Supuestos y fundamentos", en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005, p. 105.

aproxima a las partes a sus objetivos, poniendo especial atención a la comunicación y al contenido de la misma. No toma en cuenta y, por lo tanto, no intenta modificar las relaciones entre las partes; siendo así, un modelo utilizado para la gestión de conflictos de carácter empresarial o grupal.²⁰⁴

Las críticas al modelo se han fundamentado en que no atiende a las verdaderas causas del conflicto, no transforma la actitud mental de las partes, por lo que se recomienda para conflictos del ámbito económico, empresarial y de organizaciones.

2.4.2.- Modelo transformativo de Busch y Folger.

Desarrollado en el entorno de la comunidad menonita y relacionado a la historia de la satisfacción tiene como principal premisa la tarea del mediador, consistente en descubrir soluciones óptimas para los problemas de las personas enfrentadas, satisfaciendo así, las necesidades de ambas partes.²⁰⁵ Este proceso de mediación les otorga a las partes la oportunidad de afrontar el conflicto con una visión de crecimiento, basada en el desarrollo moral y las relaciones interpersonales, más allá de la satisfacción personal y la autonomía individual.

Este modelo potencia la posibilidad para transformar el conflicto a partir del cambio de mentalidad de las partes, lo cual dependerá de la capacidad del mediador para generar dos efectos dinámicos de vital importancia: la revalorización (empowerment) y el reconocimiento (recognition).²⁰⁶

²⁰⁴ Gómez Funes, Gloria, *Conflicto... op. cit.* Nota 171, p. 35.

²⁰⁵ Boqué Torremorell, María Carme, *Cultura de Mediación... op. cit.* Nota 139, pp. 71 y 72.

“Un segundo modelo sería el conocido como mediación transformativa, denominada también no directiva, *relationship centered* (Burton y Dukes, 1990), *process mediation* (Pruitt, 1981) y, en ocasiones, *terapéutica*; se asocia a R.A.B. Bush y a J.P. Folger y al entorno menonita, entre otros. Burton y Dukes (1990) proponen como modelo de mediación *relationship-centered* al *Community Relations Service*, creado en 1964 por el Departamento de Justicia para intervenir en conflictos relativos a discriminación por motivos de etnia, color, cultura, etcétera.”

²⁰⁶ Bush, Robert A. Baruch y Folger, Joseph, P., *La promesa... op. cit.* Nota 194, pp. 129 y 130.

“En esta orientación, un conflicto es primero y principalmente una ocasión de crecimiento en dos dimensiones críticas e interrelacionadas de la moral humana. La primera dimensión implica el fortalecimiento del yo. Se la obtiene mediante la comprensión y el fortalecimiento de la capacidad humana intrínseca de cada uno para afrontar las dificultades de toda clase comprometiéndose en la reflexión, la decisión y la acción como actos conscientes e intencionales. La segunda dimensión implica superar los límites del yo para relacionarse con

- **La revalorización**, es el restablecimiento por los individuos de su valor, fuerza y capacidad de tomar decisiones, así como para resolver las problemáticas a que se enfrentan en el día a día.
- **El reconocimiento**, se traduce en el entendimiento de las ideas, sentimientos y puntos de vista del otro.

En el momento en que estos dos efectos tengan lugar, las partes lograrán transformar su interacción, de una interacción conflictual destructiva a una constructiva y de evolución. La mediación debe tener las siguientes características:²⁰⁷

- I. La revalorización y el reconocimiento como objetivos principales del proceso y del mediador.
- II. La responsabilidad del resultado es asumido por las partes.
- III. El mediador no deberá realizar ningún tipo de crítica a las opiniones o decisiones de las partes.
- IV. Visión optimista del mediador respecto a las aptitudes y motivos de las partes.
- V. La tarea principal del mediador es incentivar a las partes a descubrir y manifestar sus emociones.
- VI. El mediador debe aceptar y explorar la incertidumbre de las partes y no hacer suposiciones de que entiende la situación y sus necesidades.
- VII. La atención del mediador deberá estar en el aquí y ahora, es decir en la interacción de las partes en ese momento.
- VIII. Se deben valorar adecuadamente las manifestaciones de las partes sobre el pasado, ya que pueden tener valor para el futuro.

otros. Se lo consigue comprendiendo y fortaleciendo la capacidad humana inherente del individuo para experimentar y expresar interés y consideración por otros, y especialmente por aquellos cuya situación es "distinta" de la que uno mismo tiene. Los pensadores morales como Carol Gilligan (1982-1988), entre otros, sugieren que el desarrollo ético pleno implica una integración de la autonomía individual y la preocupación por otros, de la fuerza y la compasión. Por consiguiente, reunir estas dos cualidades inherentes es la esencia de la madurez moral humana. En el enfoque transformador, los conflictos aparecen como oportunidades de desarrollar y ejercer ambas cualidades, y por lo tanto avanzar hacia un desarrollo moral pleno."

²⁰⁷ *Ibídem. passim.*

- IX. La intervención del mediador sólo debe ser contemplada como un punto específico dentro de una secuencia que es la interacción de las partes en el conflicto.
- X. Celebrar los éxitos alcanzados, por mínimos que estos sean.

Nuevamente utilizaremos el esquema de Rubén Alberto Calcaterra para explicar este modelo:²⁰⁸

1.- Fundamentación:

- Comunicación centrada en lo relacional.
- Causalidad circular: el conflicto tiene múltiples causas que se retroalimentan.

2.- Método:

- Asigna sus propias responsabilidades a las partes fomentando el protagonismo.
- Propicia el reconocimiento del otro como co-protagonista.
- Pregunta circular como principal herramienta.

3.- Meta:

- Una evolución en la manera de relacionarse entre si las partes.

En este modelo los acuerdos no tienen mayor importancia, como si lo tiene el que las partes adquieran la capacidad para gestionar y resolver sus conflictos, así como transformar las relaciones. A este modelo se le ha criticado la posibilidad de cambiar o modificar pautas de comportamiento, con tan pocas sesiones, que llevan años o décadas (inclusive aceptadas culturalmente), y que muchas veces son el origen del conflicto.

²⁰⁸ Calcaterra, Rubén Alberto, “El modelo...” *op. cit.* Nota 203, p. 106.

2.4.3.- Modelo circular narrativo de Sara Cobb

Considerado por muchos el más completo porque pone igual énfasis en el acuerdo como en las relaciones, aplicando una metodología donde los mediados narran su historia individual relativa al conflicto para que se involucren las partes y, así ayudarlos a llegar a una comprensión compartida y mutua.

La comunicación es entendido como un todo, donde no solamente se encuentran dos o más personas, sino también el mensaje. En el mensaje se deben incluir tanto elementos verbales “*comunicación digital*” (que tiene que ver con el contenido) como elementos para-verbales “*comunicación analógica*” que tienen que ver con las relaciones (corporales, gestuales, etc.). Si la comunicación es un todo, de ninguna, manera las partes podrán no comunicarse.²⁰⁹

Nuevamente, de la mano de Rubén Calcaterra,²¹⁰ se puede esquematizar el modelo de la siguiente manera:

1.- Fundamentación:

²⁰⁹ Suares, María Inés, *Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, México, Paidós, 2002, pp. 61, 62 y 63.

Respecto a la influencia de otras materias en el modelo, la autora en comento dice literalmente:

“*Comparte:*

a) *Con las elaboraciones de la teoría de la comunicación (Bateson, Watzlawick, etcétera) fundamentalmente lo referido a:*

- *la comunicación analógica (como la más efectiva para comprender los aspectos relacionales);*
- *los aspectos pragmáticos de la comunicación;*
- *la noción de contexto, como elemento fundamental que califica al texto. Esta noción de contexto ha sido tomada tanto en los aspectos espaciales como en los históricos.*

b) *Con la terapia familiar sistémica,*

- *el concepto de que el problema es la solución intentada (y que ha fracasado),*
- *la aplicación de técnicas, por ejemplo, la reformulación, la externalización, la connotación positiva, las preguntas circulares, etcétera.*

c) *Con los nuevos abordajes epistemológicos de la cibernética de segundo orden, específicamente la teoría del observador (Heinz von Foerster - Humberto Maturana):*

- *la necesidad de posicionarse frente a una “realidad entre paréntesis”;*
- *la importancia del observador como elemento participante de aquello que observa.*

d) *Con el construccionismo social, en el sentido de Kenneth Gergen,*

- *la calidad de construcción social de la realidad.*

e) *Con la teoría posmoderna del significado:*

- *barrer el límite entre lingüística y retórica;*
- *las conceptualizaciones sobre narrativas, fundamentalmente a partir de Michael White.”*

²¹⁰ Calcaterra, Rubén Alberto, “El modelo...” *op. cit.* Nota 203 pp. 106.

- Comunicación circular: abarca los aspectos relacionales y pragmáticos, así como los digitales y analógicos.
- Causalidad circular: igual al modelo Transformativo.
- La noción de contexto debe incluir lo histórico y espacial.
- Se activa mediante las siguientes técnicas: reformulación, externalización, etc.
- Se privilegia la actividad e importancia del observador como un elemento participante de lo que está observando.
- Construye la realidad, influencia de la teoría del construccionismo social.
- Utiliza el concepto de narrativas de la teoría posmoderna del significado.

2.- Método:

- Amplifica las diferencias de manera controlada.
- Lleva del caos al orden.
- Legitimación de las personas.
- Cambio de significados.
- Transforma las historias de las partes.

3.- Metas:

- Transforma a las historias de las partes para poder lograr el acuerdo.

2.4.4.- Modelo estratégico

Por último, con menos difusión o aceptación generalizada como los modelos anteriores, Rubén Calcaterra expone su propio modelo:

1.- Fundamentación:

- Se fundamenta, de la misma manera que el modelo circular narrativo pero parte del supuesto de que el proceso de mediación está estructurado en etapas, estadios y pasajes.
- La esencia del proceso es la negociación y la transformación de las historias sólo es un recurso estratégico para preparar dicha negociación.

2.- Método:

- El modelo se moviliza en tres ideas fundamentales: deconstruir el conflicto. Reconstruir la relación y la construcción de la solución.

3.- Meta:

- La transformación de las historias (herramienta y no objetivo) ayuda a la predisposición de las partes y prepara el contexto de la negociación.

No debemos pensar que un modelo excluye a los demás, en la vida real un conflicto puede tener orígenes diversos y las partes tener diferentes personalidades, culturas, emociones y capacidades para comunicarse, por los que en vez de excluirse, los modelos pueden complementarse.

En virtud de todo lo anterior, y en opinión de Cátia Marques los modelos proponen diferentes formas de afrontar el conflicto y que pueden ser aplicados en la misma situación o tipo de disputa, pero dependiendo de las partes y de la capacidad del mediador. En estas circunstancias el mediador no debe adoptar una sola perspectiva sino realizar las técnicas necesarias (propuestas por cada modelo) para la mejor resolución del conflicto. Veamos la siguiente comparación.²¹¹

²¹¹ Marques Cebola, Cátia, *La mediación...* op. cit. Nota 140, pp. 73 y 74.

	SISTEMA LINEAL (Fisher y Ury, 1989)	SISTEMA TRANSFORMATIVO (Bush y Folger, 1994)	SISTEMA CIRCULAR-NARRATIVO (Sara Cobb, 1994)
Bases y Fundamentos	La base de la resolución del conflicto es la comunicación que debe ser lineal (<i>communication back and forth</i>).	La base de la resolución del conflicto es su transformación a través de dos efectos esenciales: la revalorización y el reconocimiento.	La base de la resolución del conflicto es la transformación de las historias individuales de las partes, creándose una nueva historia común.
Objetivos	Mejorar la comunicación de las partes para minimizar las diferencias entre ellas y lograr el acuerdo.	Transformar la interacción conflictual de las partes de destructiva en constructiva.	Construcción de una comprensión compartida de la realidad conflictual.
Técnicas y Métodos	Escucha activa; Comunicación clara y perceptible.	Tener una visión optimista de las aptitudes y motivos de las partes; Permitir y dar respuesta a la expresión de emociones; Valorizar el pasado.	Promover la reflexión de las partes sobre la realidad; Promover la desestabilización de las historias para alterar sus significados.

2.4.5.- Otras clasificaciones

Una sencilla forma de clasificar los procesos de mediación es desde la óptica de su formalidad, pero a pesar de la sencillez de la clasificación tiene una gran importancia en virtud de la persona que intervine como mediador con respecto a su formación y, por ende, a su desempeño así como los resultados. Veamos pues la diferencia entre la mediación informal y la formal:

- **Mediación informal**, nos referimos a procesos informales donde se trata de enfrentarse a los conflictos de manera más dialogante y positiva, las personas podrán poner en práctica estas formas en el quehacer de su vida diaria. En el caso de que intervenga un tercero ajeno entre las partes éste no representa a ninguna institución u organismo, simplemente se le pide que intervenga aprovechando la confianza en él, su experiencia, credibilidad y habilidades, con la única finalidad de conseguir un entorno de negociación favorable.

- **Mediación formal**, es un proceso estructurado y reglado donde el mediador cuenta con una capacitación específica (e inclusive certificación) además de que es parte (y representa) de un institución u organismo (normalmente de carácter oficial). Se buscan objetivos específicos, la resolución del conflicto debe traducirse en soluciones de disputas legales.

2.5.- FASES

No existe un consenso en la doctrina respecto a los pasos a seguir o fases que deben realizarse en un proceso de mediación, dependerá de donde ponga énfasis la mediación y, por ende, de los objetivos que busqué (alcanzar un acuerdo, dirimir el conflicto o transformar las historias).

Por ejemplo, Folberg y Taylor²¹² proponen un procedimiento compuesto por siete fases y, a su vez, estas se dividen en múltiples etapas. Por su parte Christopher Moore²¹³ divide el proceso en dos fases (premediación y mediación) divididas en siete etapas. Estas diferencias nos demuestran que el proceso de mediación debe ser flexible, que no existe un formula única y estricta, que cada mediador deberá – dependiendo la naturaleza del conflicto y las características de las partes– utilizar diferentes metodologías y técnicas según sea el caso concreto.

Cátia Marques²¹⁴, a quien seguiremos para exponer las fases de la mediación, le parece lógico y razonable dividir en cuatro los momentos más esenciales del proceso de mediación; aunque es dable aclarar que en cada momento puede haber etapas en las que el mediador podrá cambiar la secuencia según lo considere oportuno:

- I. **Fase previa**, se realizan actos introductorios al mecanismo, también llamada premediación.
- II. **Resolución del conflicto**, mediación en sentido estricto.
- III. **Acuerdo**, post-mediación, fase inherente a la conclusión del acuerdo y acompañamiento.
- IV. **Aseguramiento (eventual)**, medidas para garantizar, en su caso, el cumplimiento del acuerdo.

²¹² Folberg, Jay y Taylor, Alison, *Mediación...* op. cit. Nota 161, *passim*.

²¹³ Moore, Christopher, *El proceso...* op. cit. Nota 197, *passim*.

²¹⁴ Marques Cebola, Cátia, *La mediación...* op. cit. Nota 140, pp. 201 a 220.

2.5.1.- Premediación

Se realizarán reuniones iniciales con los mediados con el objetivo de preparar tanto a los participantes como al ambiente, para que sean propicios para la comunicación.

Informar a las partes sobre las particularidades del procedimiento es una actividad esencial del mediador, para dar cabal cumplimiento al principio de igualdad, es fundamental que las partes tengan el mismo nivel de información. El mediador deberá dejar, perfectamente claros los principios básicos de la mediación, particularmente el de voluntariedad y confidencialidad así como las consecuencias de no cumplirlos; también, deberá indicar que las partes podrán abandonar el procedimiento en cualquier momento.²¹⁵

Este es el momento para investigar acerca al conflicto, por lo que deberá advertir a las partes sobre el uso de ciertas técnicas que se podrían utilizar para lograr ese cometido. Debe quedarle claro a las partes cuál es el papel del mediador y sus facultades, que de ninguna manera piensen que le podrá imponer una solución, ni tampoco sugerirlas. En resumen, deberá legitimarse y ganar la confianza de las partes.

²¹⁵ Respecto a la información aportada en esta etapa, véase: Martín Diz, Fernando, *La mediación: Sistema...*, op. cita, Nota 142, p. 106.

“En este sentido, y tanto para la mediación familiar (o con carácter general de derecho privado) como para la mediación penal, nos parece imprescindible que se ofrezca, en la reunión inicial de premediación, a las partes la siguiente información:

- a) Alcance y consecuencias de la mediación.
- b) El coste económico que, en su caso, se derive así como las condiciones y procedimiento de acceso a la mediación gratuita cuando así esté prevista.
- c) Posibilidades de finalización de la mediación, ya sea en forma <<normal>> (mediante acuerdo) o <<anormal>> (por desistimiento, transcurso del plazo, etc.), tanto a instancia de las partes como a propuesta del mediador.
- d) Principios que rigen las actuaciones así como obligaciones y derechos de las partes del mediador.
- e) Actuaciones, técnicas, método y procedimiento a seguir en la mediación.
- f) Posibilidad de asesoramiento por un abogado a las partes, tanto en el transcurso de la mediación como en la redacción y contenido del acuerdo final, o si por ejemplo se produce en algún momento la renuncia de alguna de las partes a un derecho legalmente reconocido (y que sea de naturaleza disponible).
- g) Advertencia expresa de que la garantía plena de sus opciones y derechos procesales (derecho a la tutela judicial efectiva) se mantiene intacta y disponible en todo momento y circunstancia.”

Organizar la mediación, como segundo gran objetivo de la premediación, se realiza mediante la planificación del desarrollo de las sesiones lo cual es fundamental para la productividad de las mismas. Algunas reglas esenciales se deberán establecer que regulen o controlen:

- El orden de intervención de los mediados;
- Las interrupciones del discurso de la otra parte;
- Intervalos y pausas;
- Duración y tiempos de intervención;
- Intervención de otras personas;
- Cómo superar los desacuerdos;
- Etc.²¹⁶

Validar la mediación se hace con conocimiento e información de las dos versiones de las partes acerca de la disputa para saber si el conflicto es mediable o no, o si existe un verdadero conflicto o se trata de un problema que requiere de otras intervenciones médicas o terapéuticas. Una vez que se han alcanzado todas las condiciones para que las sesiones comiencen, se deberá firmar un documento de consentimiento que los compromete al cumplimiento de las reglas y los principios recíprocamente.

2.5.2.- Mediación (*stricto sensu*)

2.5.2.1.- Investigación

Dentro ya de la sesión, se deben investigar los hechos inherentes al conflicto para poder captar las razones de la disputa, mediante la realización de resúmenes de las versiones narradas por las partes, estableciendo las cuestiones a resolver y, en su caso, creando opciones de solución del conflicto.

²¹⁶ En este sentido Moore, Christopher, *El proceso...*, *op. cit.* Nota 197, pp. 173, 174 y ss.

Para alcanzar la solución del conflicto, por haber ayudado a las partes en construcción de esa solución, el mediador debe reconocer todos los hechos y factores de la disputa. El experto debe investigar para percibir no sólo acerca sobre lo que las partes manifiestan expresamente, sino también sus sentimientos y pretensiones no manifestadas. Recordemos la analogía del iceberg, las historias narradas tienen una parte visible (punta del iceberg) pero por debajo, las partes esconden hechos y afectos ocultos, indispensable es hacerlos aflorar para la solución del conflicto.

Existe un **conflicto manifiesto versus conflicto oculto**, la realidad factual es narrada por las partes y consiste en el conflicto manifiesto, pero las partes esconden otros problemas que no quieren revelar o que inclusive ellos mismos desconocen. Esta división entre conflictos manifiestos y ocultos es muy común cuando entre las partes hay algún tipo de relación afectiva o familiar:²¹⁷

“Muchas veces los esposos intentan resolver un conflicto relativo al poder paternal, pero el verdadero problema es un divorcio mal resuelto. Otras veces, los hijos reclaman de sus padres una prestación de alimentos cuando su verdadero problema es la envidia o los celos de sus hermanos. En relaciones con vecinos, un conflicto presente podrá tener origen en disputas pasadas no aclaradas. En el ámbito laboral, un conflicto relativo a las vacaciones pueden ser desencadenado a causa de que el empleador no promovió al trabajador un escalón laboral superior.”

El punto de partida para dirimir la disputa y resolver el conflicto es captando y entendiendo los dos conflictos –manifiesto y oculto– abarcando en su totalidad, por decirlo de alguna manera, el iceberg completo.

Debe distinguirse también entre las **posiciones y los intereses** de las partes mediadas. Tener una <<posición>> implica decir lo que se pretende de manera correspondida con sus pretensiones; en cambio, tener un <<interés>> es la razón subyacente a la pretensión. Para comprender de mejor manera está importante

²¹⁷ Marques Cebola, Cátia, *La Mediación... op. cit.* Nota 140, p. 206.

distinción, recurriremos al igual que muchos expertos y autores al ejemplo sobre la lucha de dos personas por una naranja:²¹⁸

“Versa sobre la lucha entre dos personas por una naranja. Ente este conflicto, y considerando que ambas quieren la naranja, la solución lógica, incluso a la luz de la justicia salomónica, sería dividir la naranja por la mitad y satisfacer a ambas partes. En esta caso obteníamos un acuerdo de pérdida/pérdida o perdida mutua, en la medida en que las dos personas sólo obtendrían la mitad de lo que deseaban. Sin embargo, en el proceso de investigación se descubre que uno de los sujetos deseaba la naranja para retirar su zumo y el otro sólo quería la cáscara de aquel fruto para hacer un bizcocho. De ese modo, aquella solución inicial sólo resolvía la mitad de la satisfacción de las necesidades de ambos sujetos. Pero si tenemos en cuenta sus intereses, será posible su satisfacción total peleando la naranja, dándole toda la cáscara a uno y exprimiendo el zumo para el otro sujeto. A través de los intereses, serán posibles acuerdos ganancia/ganancia en los que las pretensiones de ambos consigan su propósito.”²¹⁹

Los interés ocultos se encuentran de esta manera ya sea porque las partes no los quieren revelar o porque ellas mismas no tienen ni la mas remota idea de sus razones. Existen, de acuerdo con Christopher Moore,²²⁰ procesos indirectos y directos para descubrir los intereses de las partes inherentes a sus posiciones, los movimientos indirectos son:

²¹⁸ Pérez I. Montiel, Jordi, “Conflicto y sociedad”, en Cobler Martínez, Elena, Gallardo Campos, Rosa Ana, *et. al*, coord. *Mediación policial. Teoría para la gestión del conflicto*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 27 y 28.

“Para visualizar de una manera práctica los diversos estilos, proponemos el conocido problema sobre las formas en que se puede dividir una naranja. ...”

²¹⁹ Marques Cebola, Cátia, *La Mediación... op. cit.* Nota 140, p. 209.

²²⁰ Moore, Christopher, *El proceso... , op. cit.* Nota 197 pp. 308 y 309.

“He discutido varios movimientos indirectos y directos para promover el cambio de actitudes de los negociadores frente a la identificación y la exploración de los intereses. Ahora me vuelvo hacia in examen de los procedimientos que permiten descubrir los intereses.

Los mediadores pueden utilizar muchas de las técnicas de comunicación esbozadas en los capítulos 7, 8, y 9 para identificar los intereses. Algunas cualidades especialmente útiles son la actitud de escucha activa, la reformulación, la paráfrasis, el resumen, la generalización y el fraccionamiento. Cuando se las utiliza solas o combinadas, estas cualidades ayudan a los litigantes y al mediador a descifrar y develar intereses que se encuentran disimulados, intencional o involuntariamente, por los negociadores.”

- I. **El testing** utilizado por el mediador donde deberá oír de manera muy atenta para poder repetir lo que pensó que le mediado había dicho.
- II. **El modelado hipotético (hypothetical modeling)** presentando diversas opciones hipotéticas de acuerdo, sin el objetivo de fomentar necesariamente transacciones y, sólo para indicar de manera informativa las propuestas más o menos satisfactorias para los mediados y cuáles podría encajar con sus interés.

Respecto a los movimientos directos, Moore explica:

- I. **El interrogatorio directo** es la presentación directa de una posición u otro, quien realiza la presentación debe preguntarse y preguntar directamente al otro, el por qué la importancia de su posición. Las preguntas fraseadas con riguroso cuidado y que demuestran auténtico interés por comprender las percepciones de la situación de la otra parte pueden ayudar a que los intereses verdaderamente importantes sean revelados.
- II. **Discusión orientada a los intereses**, donde el mediador solicita a los intervinientes se abstengan de discutir cuestiones o posiciones que los alejen del esfuerzo de concentrarse en los intereses.
- III. **Torbellino de ideas (brainstorming)**, proposición de nociones sin previa evaluación de su mérito o pertinencia, que permite contemplar un buen número de alternativas.

El encontrar los verdaderos intereses de los mediados y sus conflictos es esencial en esta fase de la mediación ya que con base en esta información el mediador puede detectar y resumir las cuestiones que tienen que ser afrontadas y solucionadas.

2.5.2.2.- Agenda

Crear una agenda tiene como objetivo que las partes se enfoquen en las cuestiones de importancia y los verdaderos intereses, mediante la creación de un

cuadro descriptivo de los problemas a resolver. Moore establece ocho enfoques que auxilian en la creación de una agenda.²²¹

- I. **Creación ad hoc** (*ad hoc development*), cada parte propone las cuestiones que deberán ser debatidas, debiendo la otra aceptar la propuesta;
- II. **Agenda simple** cada cuestión es debatida de forma exclusiva, una cada vez, en el orden establecido por las partes;
- III. **Cuestiones alternativas** (*alternation of issues*) elección por cada parte de la cuestión que quiere debatir alternandose por turnos;
- IV. **Clasificación por jerarquía o importancia** (*ranking by importance*) cada parte deberá escoger uno o dos asuntos considerados por ella como los más importantes para debatir;
- V. **Agenda de principios**, consiste en establecer principios generales acordados por las partes a partir de los cuales se deberá construir la solución;
- VI. **Graduación creciente** («easier items first») indicándose en primer lugar los asuntos en que las partes probablemente van a llegar a un acuerdo para promover el espíritu de negociación y postergando los asuntos en relación a las cuestiones más problemáticas;
- VII. **Agenda de pasos sucesivos o contingentes**, proceso en que las partes identifican las materias en que deberá existir acuerdo de partida para crear las bases para futuras decisiones, y
- VIII. **Canjes o paquetes de asuntos** (*trade-offs or packaging*) las partes formulan combinaciones de cuestiones para debatir y negociar en términos de satisfacción de intereses.

La manera en cómo se realice la agenda no es estricta ni única, dependerá de cada caso concreto y de las partes en conflicto, el mediador no debe forzar el diseño de la agenda ya que, en caso de hacerlo, podría poner en riesgo la confianza de las partes depositada en él.

²²¹ Marques Cebola, Cátia, *La Mediación... op. cit.* Nota 140, p. 210., *Cfr.* Moore, Christopher, *El proceso...*, *op. cit.* Nota 197 pp. 293 a 299.

2.5.2.3.- Creación de opciones

Una vez realizadas las tareas antes descritas y alcanzados los objetivos por ellas buscados, las partes tienen la posibilidad de construir diversas opciones de acuerdo. Si se crean diversas opciones de solución las partes tendrán mayor posibilidad de escoger la que más satisfaga a ambas partes; de esta manera, los mediados verdaderamente se asumen como responsables y toman plena conciencia de su compromiso en la solución a su problema.

A partir de una idea básica, las partes pueden ir generando más ideas, para ello, Fisher y Ury recomiendan una serie de pasos que involucran diferentes tipos de pensamientos para ir de lo más general a lo más particular de los temas del conflicto, y lo esquematizan de la siguiente manera:²²²

²²² Fisher, Roger y Ury, William, *Getting to yes... op. cit.* Nota 201, pp. 35 y 36.

El diagrama circular ilustra cuatro tipos de pensamiento y sugiere como pasos a tomar en secuencia que, en caso de resultar bien, permite a las partes hacer frente a su problema original.

"The task of inventing options involves four types of thinking. One is thinking about a particular problem — the factual situation you dislike, for example, a smelly, polluted river that runs by your land. The second type of thinking is descriptive analysis — you diagnose an existing situation in general terms. You sort problems into categories and tentatively suggest causes. The river water may have a high content of various chemicals, or too little oxygen. You may suspect various upstream industrial plants. The third type of thinking, again in general terms, is to consider what ought, perhaps, to be done. Given the diagnoses you have made, you look for prescriptions that theory may suggest, such as reducing chemical effluent, reducing diversions of water, or bringing fresh water from some other river. The fourth and final type of thinking is to come up with some specific and feasible suggestions for action. Who might do what tomorrow to put one of these general approaches into practice? For instance, the state environmental agency might order an upstream industry to limit the quantity of chemical discharge.

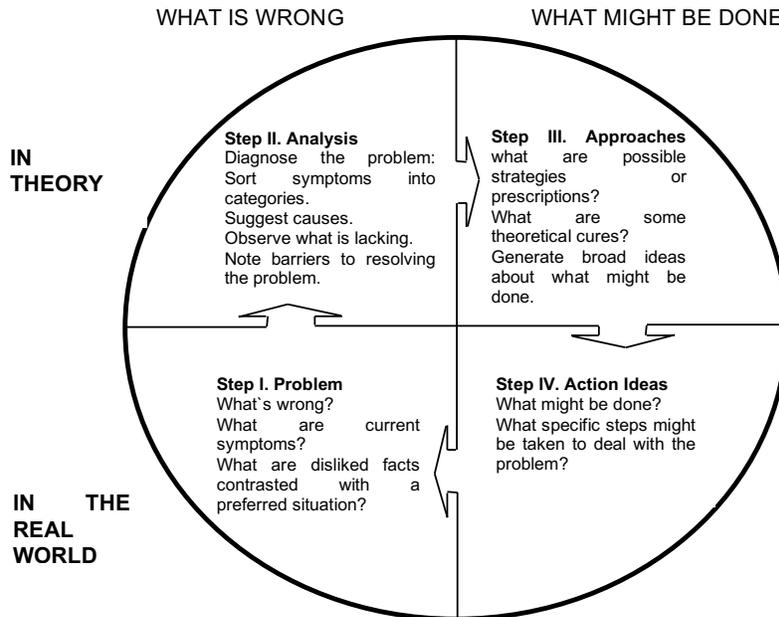
...
The Circle Chart provides an easy way of using one good idea to generate others. With one useful action idea before you, you (or a group of you who are brainstorming) can go back and try to identify the general approach of which the action idea is merely one application. You can then think up other action ideas that would apply the same general approach to the real world. Similarly, you can go back one step further and ask, "If this theoretical approach appears useful, what is the diagnosis behind it?" Having articulated a diagnosis, you can generate other approaches for dealing with a problem analyzed in that way, and then look for actions putting these new approaches into practice. One good option on the table thus opens the door to asking about the theory that makes this option good and then using that theory to invent more options.

An example may illustrate the process. In dealing with the conflict over Northern Ireland, one idea might be to have Catholic and Protestant teachers prepare a common workbook on the history of Northern Ireland for use in the primary grades of both school systems. The book would present Northern Irish history as seen from different points of view and give the children exercises that involve role-playing and putting themselves in other people's shoes. To generate more ideas, you might start with this action suggestion and then search out the theoretical approach that underlies it. You might find such general propositions as:

"There should be some common educational content in the two school systems."

"Catholics and Protestants should work together on small, manageable projects."

"Understanding should be promoted in young children before it is too late."



Una vez que se han establecido las diferentes ,y posibles vías de solución, las partes deberán realizar un profundo y exhaustivo análisis de las mismas, teniendo en cuenta y ponderando los costes y consecuencias de los compromisos que asuman. Se deben evaluar las repercusiones de los compromisos y actitudes a futuro así como de las dificultades que se podrían adoptar. Antes de pensar en la solución definitiva, los mediados deberán pensar responsablemente en el futuro para que se procure no repetir los errores del pasado.

2.5.2.4.- El acuerdo

Un proceso de mediación no forzosamente se culmina con la obtención de un acuerdo, inclusive podemos decir que no es conveniente hacer un acuerdo que no sea beneficioso para la mayoría de los intereses de las partes. Desde la perspectiva

que hemos venido manejando, una mediación puede ser considerada exitosa si se ha reformulado el conflicto independientemente si se firma o no un acuerdo, recordemos que existen otras y diversas maneras de concluir los procesos:²²³

- Por desistimiento de una o ambas partes, lo cual se podría suscitar por diversas causas, tales como no haberse adaptado al mecanismo, o prefieren otro mecanismo distinto.
- Por decisión del mediador, ya sea porque ha detectado que los intereses de las partes son irreconciliables o por un alto grado de violencia entre las partes y no se ha podido aminorar.
- Transcurrido el plazo, en caso de haberlo, fijado por la legislación para la aplicación del procedimiento de mediación o cualquier otro medio alternativo.
- El establecimiento de un acuerdo entre las partes.

Refiriéndonos particularmente a la voluntad de las partes, Moore puede hablarse de cuatro tipos de resultados de la mediación.²²⁴

- i. Que no lleguen a ningún acuerdo, ya sea porque las partes mantienen poca colaboración o porque entre ambas no se produjo la cooperación necesaria para llegar a una solución final.
- ii. Las partes pueden alcanzar una solución de compromiso donde cada uno desiste de algunos objetivos para poder obtener otros, lo cual ocurre cuando están en juego intereses mutuamente interdependientes.
- iii. Se puede llegar a un acuerdo de tipo ganar/perder donde solamente una de las partes satisface sus intereses, traduciéndose en un vencedor y un vencido.
- iv. La mejor de las opciones es la obtención de un acuerdo de tipo ganar/ganar, donde los intereses de ambas partes sean completamente satisfechos.

²²³ Brandoni, Florencia, "Apuntes..." *op. cit.* Nota 151 p. 32.

²²⁴ Moore, Christopher, *El proceso...*, *op. cit.* Nota 197 *passim*.

Para dar certeza y seguridad a las partes, el acuerdo final tiene que ser redactado por escrito, para darle validez y eficacia jurídica al acuerdo; con base a lo anterior, los acuerdos deben tener las siguientes características:²²⁵

- **Sustanciales**, describiendo intercambios tangibles y específicos entre las partes (dinero, servicios, prestaciones de dar o hacer, etc.).
- **Globales**, que incluyan todas las cuestiones tratadas en la disputa.
- **Permanentes**, que resuelvan el conflicto pensando a futuro y no se vuelva un círculo vicioso.
- **Definitivos**, que den salida definitiva, jurídica y procesalmente, a las cuestiones jurídicas disputadas.
- **Incondicionales**, que no estén condicionados a nada posterior.
- **Obligatorios**, compromiso (moral y jurídico).

2.5.3.- Postmediación

Esta fase se puede traducir en una evaluación y control de la aplicación y cumplimiento del acuerdo realizado por las partes, lo cual dependerá del tipo de acuerdo al que hayan llegado las partes en cada caso concreto, por ejemplo si es de cumplimiento inmediato (pago en una sola exhibición, entrega de una cosa, restitución o devolución, la disculpa, etc.) no habrá mayor intervención del mediador, ya que en caso de incumplimiento la parte afectada cuenta con el cumplimiento forzoso.

En cambio, si se llegó a un acuerdo en el cual intervinieron diversas partes (pensemos en disputas comunitarias, o cuestiones de condiciones laborales en una empresa) o por la naturales del conflicto, los compromisos a cumplir se pueden extender en el tiempo y surgir la necesidad de un acompañamiento del mediador para auxiliar a las partes, en caso de ser necesario, e ir evaluando los resultados obtenido o resolviendo nuevas disputas.

²²⁵ Gómez Funes, Gloria, *Conflicto... op. cit.* Nota 171, p. 47.

2.5.4.- Medidas de aseguramiento (fase eventual)

Como ya lo indicamos al inicio de este tema, Cátia Marques²²⁶ propone, no propiamente una fase, pero si la aplicación de ciertas medidas de aseguramiento con la concreta finalidad de garantizar la eficacia del procedimiento (por ejemplo si esta en disputa algún bien como un vehículo habrá que garantizar el buen estado y funcionamiento del mismo y que no sea utilizado, o garantizar las obligaciones alimentarias hacia los hijos menores de edad mientras los padres están en un proceso de mediación por el divorcio).

Algunos piensan que estas medidas de aseguramiento deberían ser propuestas y aceptadas sólo por las partes para que la imparcialidad del mediador no se vea afectada, pero algunas cuestiones como la protección a miembros de grupos en situación de vulnerabilidad no debe dejarse a voluntad de las partes.

En algunos casos la mediación es derivada de un proceso judicial, donde el propio juez aplica directamente estas medidas con el carácter de cautelares.

2.5.5.- En resumen

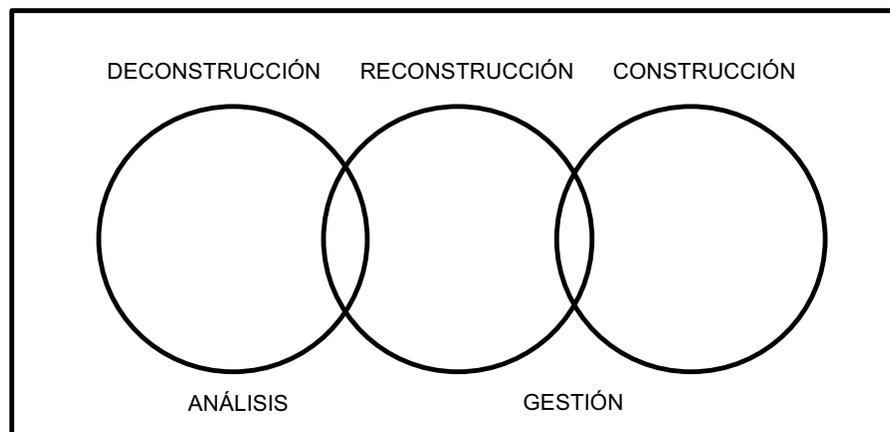
Es dable aclarar que la obtención del acuerdo por las partes en un proceso de mediación no es la única formula exitosa, pensar de esa manera sería concebir a la mediación de manera muy limitada. Serán exitosas aquellas mediaciones que pesar de no haberse llegado a un acuerdo formal pero se reestructuró el conflicto, también lo serán aquellas que compongan una relación previa y generen que duren el tiempo, porque ha transformado la manera de pensar de las partes, aunque no tengan un acuerdo concreto y formal para su disputa de ese momento.

²²⁶ Marques Cebola, Cátia, *La Mediación... op. cit.* Nota 140, p. 217.

En este orden de ideas, para Rubén Calcaterra,²²⁷ no tiene mayor importancia si se estructura el proceso de mediación en etapas, fases, estadios, momentos o pasajes, sino que el proceso se estructura en tres ejes conductores:

- I. **Deconstrucción del conflicto**, relacionada con el análisis del conflicto e inicio del siguiente eje.
- II. **Reconstrucción de la relación**, relacionada con la gestión y que da cabida al siguiente eje.
- III. **Co-construcción del conflicto**, también perteneciente al ámbito de la gestión pero corporiza lo discutido en el plano de simple negociación.

No hay bordes definidos entre estos ejes, están siempre interrelacionados y se pueden ejemplificar de la siguiente manera:



²²⁷ Calcaterra, Rubén Alberto, *Mediación estratégica*, Barcelona, Gedisa, 2006, *passim*.

2.6.- EL MEDIADOR

De manera coloquial y popular se asocia al mediador con aquella persona que es amante de la paz y la justicia, que desarrolla empatía con las personas, una persona muy razonable, con capacidad de relacionarse y que tiene un fuerte sentido común, cualidades que le permiten no solamente inmiscuirse en los conflictos de las demás personas, sino influir de manera positiva en la comunicación entre las partes y tener efectos restaurativos.

No es una tarea fácil intervenir como tercero en una disputa, las partes pueden tener una larga historia de sentimientos y situaciones no resueltas que generan, en muchos casos, diferentes niveles de violencia; como hemos visto, el eje de un proceso de la mediación es la comunicación de las partes, por lo que en la actualidad y, con la fuerza impulsora del movimiento y la institucionalización de las practicas de mediación, es necesaria una formación técnica sólida que desarrollen y consoliden la capacidad del mediador para percibir y crear momentos comunicativos entre las partes.

2.6.1.- Perfil

Es por eso que entre las actitudes del mediador, para poder participar adecuadamente como tercero entre las partes, se deben destacar por su relevancia:

- Honestidad.
- Tolerancia.
- Dignidad.
- Compromiso.
- Responsabilidad.
- Equidad.

María Carme Boqué²²⁸ explica que los objetivos cognitivos, procedimentales y las actitudes del mediador necesarios en su formación, giran en torno a cuatro bloques: comprensión de la naturaleza del conflicto, el desarrollo personal, la comunicación efectiva y el pensamiento creativo. Cada uno de estos bloques se debe desarrollar de la siguiente manera:

Comprensión de la naturaleza del conflicto.	La comunicación efectiva.	El desarrollo personal.	El pensamiento creativo.
Estrategias para el análisis del conflicto: - Construcción. - Percepciones. - Dinámica. - Tipología. - Aspectos sustantivos, subjetivos e interactivos. - Contextualización, estilos de respuesta. - Posiciones y rol del poder.	Reivindicación de las oportunidades para el reconocimiento y fortalecimiento interpersonales: - Autoestima. - Auto concepto. - revalorización. - Control de la ira. - Identificación de los sentimientos. - Expresión de las emociones. - Sensibilidad hacia los otros. - Tácticas curativas.	- Empatía. - Comunicación analógica y digital. - Escucha activa. - Lenguaje asertivo y positivamente connotado. - El arte de preguntar.	- Creación de alternativas. - Valoración de propuestas. - Cooperación en la toma de decisiones. - Criterios de realidad.

La autora en comento, realiza un resumen comparativo de las actividades del mediador, a partir de las diferentes opiniones en la doctrina:²²⁹

Bush y Folger:²³⁰

- Ofrecer sumarios de las opiniones y posiciones de las partes realizando reformulaciones pero sin modificar sustancialmente lo dicho por las partes.
- Realizar una traducción de lo dicho por una de las partes para sea entendido y considerados con simpatía por la otra parte.

²²⁸ Boqué Torremorell, María Carme, *Cultura de Mediación...* op. cit. Nota 139, p. 95.

²²⁹ *Ibidem.* pp. 88 a 91.

²³⁰ Cfr. Bush, Robert A. Baruch y Folger, Joseph, P., *La promesa...* op. cit. Nota 194, *passim*.

- Aportaciones de posibles reinterpretaciones de los actos y motivos de las partes pero sin tratar de convencerlos de que dicha interpretación es más válida o adecuada.
- Utilizar diálogos de modo tal que ayuden a cada parte a comprender sus propias decisiones y a considerar la perspectiva de la otra.
- Alentar y ayudar a las partes a evaluar alternativas y adoptar decisiones sin conducirlas en determinada dirección.
- Formular preguntas que revelen de qué modo cada parte quiere ser vista por la otra.
- Redactar acuerdos que reflejen los logros transformadores de la sesión.

Christopher Moore:²³¹

- *Inaugura los canales de comunicación* que facilitan la comunicación.
- *Legítima* y ayuda a todas las partes a reconocer los derechos de otros a participar en las negociaciones.
- *Facilitador del proceso* que suministra un procedimiento y a menudo preside formalmente la sesión de la negociación.
- *Instructor* que adiestra a los nuevos negociadores inexpertos o sin preparación.
- *Multiplicador de recursos* que suministra asistencia procesal a las partes y las vincula con expertos y recursos externos (abogados, peritos, factores de decisión o artículos adicionales para el intercambio, etc.) que pueden permitirles ampliar las alternativas aceptables de resolución.
- *Explorador de los problemas* que permite que las personas en disputa examinen el conflicto desde diferentes puntos de vista que les facilite a definir intereses fundamentales para la búsqueda de opciones mutuamente satisfactorias.

²³¹ Moore, Christopher, *El proceso... op. cit.* Nota 197, pp. 50, 51 y 52.

- *Agente de la realidad* que ayuda a alcanzar una resolución razonable y viable, cuestiona y se opone a las partes que manifiestan metas extremas o poco realistas.
- *Víctima propiciadora* que puede asumir parte de la responsabilidad o la culpa por una decisión impopular que las partes de todos modos estarían dispuesta a aceptar; lo anterior les permite mantener su integridad y cuando tal cosa es apropiada, obtener el apoyo de sus propias bases.
- *Líder* que toma la iniciativa de impulsar las negociaciones mediante sugerencias de procedimiento, y a veces de carácter sustancial.

Sara Horowitz.²³²

- *Analista*: ya que ayuda a las partes a mirar su problema de nuevos modos. Estimula a los disputantes a reflexionar en profundidad acerca del conflicto y las cuestiones involucradas, pero siempre conservando la neutralidad.
- *Catalizador*: inicia la comunicación entre los disputantes, asume la responsabilidad de brindar información pertinente y la motivación necesaria para que una parte interactúe con la otra.
- *Crítico o cable de tierra*: es el test de prueba de la realidad. Hace preguntas que ayudan a redefinir el problema de modo que facilite la resolución.
- *Definidor-Reenmarcador*: proporciona ayuda formal e informal dando orden al caos de las visiones diferentes de los disputantes. Define el conflicto para que las partes lo puedan comprender mediante la incorporación de ambas realidades a la definición.
- *Monitor emocional*: da <<feedback>>, guía y mantiene el clima emocional a través de la sesión.
- *Traductor e interprete*: explica y clarifica la visión y las preocupaciones de las partes para que puedan recíprocamente entenderlas.

²³² Cfr. Horowitz, Sara, *Mediación en la escuela. Resolución de conflictos en el ámbito educativo adolescente*, Buenos Aires, Aique, 1998, *passim*.

- *Sintetizador*: revisa la información que se ha ido sintetizando para clarificarla, negociarla y las partes construyan su acuerdo.

Como vemos, las habilidades que el mediador debe desarrollar para realizar su tarea son muchas, pero sobre todo, el éxito de la credibilidad de la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos, dependerá de la adecuada formación y acceso a la profesión de quienes la desempeñan. Si se permite actuar a personas que no tengan el perfil, con falta de capacitación o capacitación inadecuada (sin práctica, entrenamiento o formación) se puede traducir a una insatisfacción del público en general o incluso a la idea de que la mediación proporciona una justicia de segunda clase.²³³

2.6.2.- Formación

Además de las aptitudes descritas en los párrafos anteriores para el desempeño de esas funciones, también descritas, el mediador debe ser considerado como un profesional, por lo que debe contar con una formación genérica en

²³³ Martín Diz, Fernando, *La mediación: Sistema...*, op. cit, Nota 142 p. 180. En este sentido véase Marques Cebola, Cátia, *La mediación...*, op cit. Nota140, pp. 73 y 74.

“En el panorama europeo, el Código Judicial belga establece en su art. 1.726, é 1, que el mediador deberá: 1) acreditar competencia inherente a la naturaleza de la disputa a través de su actividad presente o pasada; 2) de mostrar entrenamiento adecuado o experiencia en mediación; 3) presentar garantías de respeto a los principios de imparcialidad e independencia; 4) no tener una condena penal incompatible con el ejercicio de la función de mediador, y 5) no haber sido sujeto a sanción disciplinaria o administrativa incompatible con el ejercicio de la función de mediador o que su acreditación no haya sido retirada anteriormente. Además, los mediadores deben someterse a entrenamiento continuo establecido y aprobado por la Comisión General de Mediación belga (art. 1.726, é 2).

Una estipulación similar prescribe la ley francesa al exigir en el art. 131 5 del Código de Proceso Civil, que el mediador: 1) no haya sido condenado, o declarado en incapacidad o deficiencia; 2) no haya sido autor de prácticas contrarias a la honra, probidad y buenas costumbres originarias de sanciones disciplinarias o administrativas de destitución, anulación o revocación; 3) posea la cualificación requerida por la naturaleza del litigio; 4) pruebe la formación o experiencia en mediación, y 5) presente las garantías de independencia necesarias para el ejercicio de la mediación ‘l. En lo que concierne a la mediación convencional, el art. 1.533 del Code de Procedure Civil, introducido por el Decreto núm. 2012-66, de 20 de enero, añade que el mediador:

1) «Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n.º 3 du casier judiciaire», y 2) «Posséder: par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifiée; selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation».

La Ley de Mediación austriaca (BGBl I 2003/29), por su parte, prescribe en su art. 9 que el mediador deberá: 1) tener más de veintiocho años de edad;

2) estar cualificado profesionalmente; 3) ser persona confiable, y 4) haber suscrito un seguro de responsabilidad profesional. En el art. 10 considera que una persona está profesionalmente cualificada para la práctica de la mediación si tiene entrenamiento apropiado, posee conocimientos y técnicas.”

mediación así como especializaciones en las diversas ramas de este método (civil, familiar, penal, laboral, comunitaria, escolar, etc.).

Para Cátia Marques es esencial que la formación del mediador sea constante y continua para que pueda desarrollar e integrar nuevas técnicas renovando sus conocimientos cada día. No considera que sea imprescindible que el mediador cuente con una profesión específica; es más, ni siquiera que cuente con un título universitario, ya que esto no garantiza mejores resultados.²³⁴ Aunque no debemos olvidar que la formación de algunas profesiones pueden ayudar en mucho por los conocimientos que requieren en el desempeño de sus actividades (psicología, sociología, trabajo social y derecho).

Aunado a lo anterior, la legislación y reglamentación de dichas profesiones aportan un control sobre estos profesionistas para tratar de asegurar su formación específica y adecuada en cuanto a los principios de la mediación, las reglamentación legal de la mediación, las técnicas de comunicación y negociación, así como la realización de ejercicios prácticos y simulaciones.

Si bien no podríamos especificar quién es una persona idónea para desempeñarse como mediador, podemos establecer un perfil general (y legalmente aceptado):

- Competencia inherente a la mediación derivado de su formación profesional.
- Entrenamiento suficiente y adecuado en materia de mediación.
- Experiencia práctica previa (simulaciones y practicas profesionales).
- No tener antecedentes penales.
- No haber sido sujeto a sanción o suspensión administrativa.
- No sufrir de alguna incapacidad civilmente definida.
- Dominio de la lengua de donde desarrollaran sus actividades.

²³⁴ Marques Cebola, Cátia, *La Mediación... op. cit.* Nota 140, p. 233 y 234.

“El entrenamiento de los futuros mediadores es esencial para la calidad de la mediación. Los profesionales sin práctica podrán llevar a la aplicación errónea de las metodologías de mediación, fomentando las críticas a este método. Por eso defendemos que las legislaciones nacionales prescriban la necesidad y posibilidad de estancias y entrenamiento práctico a los mediadores previamente a su registro.”

- Capacitación y entrenamiento continuo.

2.6.3.- Características

Dentro las principales características, y más desarrolladas en la doctrina, son la imparcialidad y la neutralidad. La exigencia de imparcialidad en la figura del mediador está vinculada a las relaciones que tenga con los mediados, ya que debe prestar sus servicios de manera equitativa a todas las partes durante todo el procedimiento, sin favorecer a ninguna ni servir a intereses propios; por su parte, la neutralidad se infiere de la inexistencia de cualquier relación del mediador con el resultado final.

La imparcialidad delimita cuál debe ser la tarea y comportamiento del mediador para orientar a las partes a encontrar una solución favorable para ambas, no debemos olvidar que el mediador no tiene poder de toma de decisiones dentro del proceso, que solamente apoya y asesora en la búsqueda de una solución, que interviene a solicitud y petición de las partes y que su actividad concluye, generalmente, cuando se consigue el acuerdo o cuando no resulta conveniente continuar.²³⁵

La neutralidad es más difícil de definir, ya que se puede ver desde diversos enfoques; así, se puede referir a no involucrarse con las partes, tomar equidistancia, ser equitativo o abstenerse. En este sentido, Silvana Greco nos dice que la neutralidad debe entenderse como un estado de actividad que se realiza a través de la co-exploración y la co-preferencia en el reconocimiento de los significados que traen los participantes y los nuevos que se desarrollen en el proceso, actividad que se debe realizar en forma simétrica y de modo de no favorecer la tendencia a preferir unos sobre otros.²³⁶

²³⁵ De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149, p. 21.

²³⁶ Greco, Silvana, "Herramientas en mediación. Una secuencia comunicacional." en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005, p. 135.

Pero ¿realmente se puede ser neutral? Ser neutral también se puede traducir en un mediador carente de interés en la situación, con una completa despreocupación en lo que pudiera resultar.²³⁷ Por esto, María Carme Boqué explica que el mediador, con independencia de que quiera o no, está integrado en el proceso pero no en el conflicto; y si bien, su principal actividad consiste en lograr la horizontalidad del intercambio de comunicación, en ocasiones un pequeño empujón a las partes no se traduce en predilección por un resultado determinado. Al ejercer la empatía, la neutralidad de la mediación es distinta que en otros mecanismos, principalmente con la negociación, como lo deja de manifiesto la siguiente comparación:²³⁸

ESTRATEGIA	OBJETIVOS DE LA NEGOCIACIÓN	OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN
Escucha activa.	Descubrir cuáles son los intereses de la otra parte y cuales sus puntos débiles para precisar mejor los términos del negocio.	Comprender mejor el punto de vista y los sentimientos del otro para entender la carga vivencial de la situación. Pensamiento creativo.
Pensamiento creativo.	Incrementar la productividad de la transacción (aumentar el pastel).	Abrir el conflicto y disponer de diferentes posibilidades de acción. Cooperación.
Cooperación.	Unir fuerzas estratégicamente.	Corresponsabilizarse y mostrarse respeto mutuo. Consenso.
Empatía.	Separar la persona de sus sentimientos.	Incluir el repertorio emotivo como partes de la situación. Libre toma de decisiones.

²³⁷ Boqué Torremorell, María Carme, *Cultura de Mediación... op. cit.* Nota 139, pp. 35, 36 y 37.

²³⁸ *Ibíd.*, p. 43.

Libre toma de decisiones.	Equilibrar el poder.	Otorgar el liderazgo a los protagonistas del conflicto.
---------------------------	----------------------	---

En resumen, la actividad del mediador –derivado de sus perfil, formación y características– se desarrolla y tiene efectos en los siguientes temas:

- Disminución de hostilidades.
- Mejora de la comunicación.
- Aumento de la comunicación.
- Redefinición del conflicto.
- Renovación de las relaciones interpersonales.
- Fomento del pensamiento creativo.
- Trabajo cooperativo para la obtención del consenso.

2.6.4.- Técnicas

La base del proceso de mediación es la comunicación entre las partes conducida por el mediador, en este sentido el perfil del mediador, aunado a su formación y capacitación, dotarán al mediador conocimiento sobre una serie de herramientas para lograr su objetivo, herramientas que se traducen en una serie de técnicas para que las partes se comuniquen, dichas técnicas que con el paso del tiempo y la experiencia habrá de dominar.

2.6.4.1.- La escucha activa

La escucha activa, es indispensable en el mediador, se traduce en el esfuerzo físico y mental de querer escuchar con atención el total del mensaje que emite una persona (a través del lenguaje verbal y no verbal) que realiza una de las partes,

debiéndose interpretar el significado correcto del mismo para poder indicarle lo que creé que esta entendiendo a través de la retroalimentación.²³⁹

Para Raúl de Diego y Carlos Guillén,²⁴⁰ para que una escucha sea eficaz²⁴¹ debe seguirse el siguiente proceso:

“1. Ser consciente del otro: concentrarse en el mensaje de la otra parte, evitando la distracción mental (prejuicios, evaluar anticipadamente, etc.) o ambiental (ruidos, espacio físico, etc.), realizando el esfuerzo personal de concentrar la atención a través de la empatía y demostrando el emisor que percibimos su mensaje.

2. Observar e interrogarse constantemente: el significado de las palabras que no están expresando, preguntándose de forma reflexiva y mentalmente ¿es esto lo que quiere decirme?, ¿hay algo más detrás de sus palabras?, ¿con su apasionamiento, qué me quiere indicar? Observar los gestos del lenguaje <<no verbal>> nos ayudará a entender mejor la intención y el sentimiento de lo comunicado.

3. Retroalimentar resumiendo: parafrasear de vez e cuando precisando al emisor parte del mensaje. Frases del tipo: <<la impresión de lo que me dices es...>>, <<si entiendo bien quieres decirme...>>, <<los puntos resumidos de lo que hasta ahora me has dicho son...>>, <<aclárame este extremo...>>. Estas expresiones demuestran al emisor que nos mantenemos sintonizados con su proceso de comunicación. Pero una advertencia, cuando tenga que retroalimentar trate de no interrumpir; busque el momento apropiado, ya que la interrupción perturba y no resulta eficaz, porque la otra parte apenas prestaría atención ya que desea continuar con lo que estaba diciendo.

²³⁹ Marques Cebola, Cátia, *La Mediación... op. cit.* Nota 140, p. 221.

²⁴⁰ De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149, pp. 103 y 104.

²⁴¹ Marques Cebola, Cátia, *La Mediación... op. cit.* Nota 140, p. 221.

Sobre la escucha activa la autora en comentario dice lo siguiente:

“Por otro lado, el mediador no podrá preclasificar al mediado para que no escuche el restante discurso sin que las palabras estén impregnadas de la catalogación que transmiten. A modo de ejemplo, si en una mediación familiar el marido dice que le gustaría que la mujer sólo se dedicase a las tareas domésticas, la catalogación inmediata de este individuo en la categoría de hombres machistas le impediría al mediador escuchar las razones subyacentes a su posición, y todas las informaciones restantes se verían distorsionadas por esta clasificación. Igualmente, aumentaría el riesgo de cuestionar la imparcialidad que siempre debe mantener”. Por tanto, la escucha activa también impide juicios previos y presurosos sobre la personalidad de los mediados.”

4. *Detectar las palabras clave: los mensajes son adornados muchas veces de cientos de palabras, pero son las ideas clave las que dan el contenido exacto de la misiva (recordar la frase << los árboles no dejan ver el bosque>>). Es en esas palabras clave sobre las que debemos reflexionar continuamente, ya que son las que transmiten de verdad la información y los intereses del emisor.*

Por su parte, para Christopher Moore la escucha activa tiene diversas funciones de utilidad para el proceso de mediación:²⁴²

- Asegura que la parte está siendo efectivamente escuchada.
- Permite que el hablante y el oyente comprueben que se ha percibido el significado exacto del mensaje.
- Demuestra que la expresión de las emociones son aceptables.
- Le permite al hablante explorar sus propios sentimientos acerca de un tema y la razón de su propia reacción.
- Puede cumplir una función fisiológica de alentar el suavizamiento de la tensión a través de la expresión de los sentimientos de cada parte.

2.6.4.2.- Los tipos de preguntas

La información proporcionada por las partes es vital para la actividad del mediador, por eso, la manera de hacer preguntas es la forma en que el mediador detecta y descubre la información factual y emocional relativa a las partes y al conflicto. Respecto a las preguntas, el mediador debe tomar tres decisiones muy importantes: qué debe preguntar, cómo hacerlo y en qué momento hacerlo. Si bien hay una amplia serie de preguntas, son de destacar, por la importancia de las mismas y su dominio y efectos en la actividad del mediador, las preguntas cerradas, las abiertas, las lineales y preguntas circulares.²⁴³

Las preguntas cerradas sirven para obtener información y datos objetivos, responden al qué, quién, cuándo, dónde y cuánto; se tratan de preguntas más

²⁴² En este sentido Moore, Christopher, *El proceso...*, op. cit. Nota 197 pp. 211 y 212.

²⁴³ Marques Cebola, Cátia, *La Mediación...* op. cit. Nota 140, p. 223.

restrictivas donde la respuesta se traducen, normalmente, en monosílabos “sí” o “no”. En cambio, **las preguntas abiertas** son amplias y se traducen en una invitación a la explicación de las concepciones, opiniones, pensamientos y sentimientos de las partes que participan en el proceso de mediación.

Por su parte, **las preguntas lineales** se enfocan en la perspectiva individual de cada mediado, le proporcionan al mediador una orientación respecto al problema particular de la parte que interroga. En **la pregunta circular**, por el contrario, le pregunta a cada parte que indique lo que piensa o imagina que la otra parte siente o piensa de determinada cuestión.²⁴⁴

2.6.4.3.- El reencuadre

A partir de la información que se obtiene con las preguntas, se pueden reencuadrar los hechos o contenidos del conflicto con la intención de cambiar el significado negativo con que son narrados por las partes y poder presentarlos con alguna faceta positiva que resuene en la historia de ellas. Rubén Calcaterra cita un caso de Sara Cobb que sirve de ejemplo, donde una mujer narra su separación refiriéndose al abandono de su marido, siendo el abandono el hecho que marcaba toda la historia:²⁴⁵

“<<Mi esposo se fue y no me dijo por qué>>”

El problema para el mediador es que, en la medida en que esta mujer siga puntuando en torno al abandono y distribuyendo los roles de manera tal que ella como víctima ocupa el lugar positivo y el ex marido como victimario el negativo, no logrará que éste participe porque está deslegitimizado. Al mismo tiempo, para ella, sin modificación de los hechos que precedieron a la separación, será inconveniente entrar en la etapa de

²⁴⁴ *Ibíd.* p. 224

“Ilustrando con un ejemplo, en una mediación familiar entre María y Manuel, una pregunta circular es aquella en la que el mediador plantea «D. Manuel, si yo le pregunto a María sobre lo que ella piensa del hecho de que usted fume, ¿qué me respondería ella?». O, en una mediación laboral, será una pregunta circular cuando el mediador plantee al empleador qué opinión considera que el trabajador tiene de él, como jefe suyo. Este tipo de pregunta permite que los mediados adquieran la percepción de lo que cada uno siente por el otro e incita a la emisión de opiniones reprimidas y nunca manifestadas.”

²⁴⁵ Calcaterra, Rubén Alberto, *Mediación estratégica... op. cit.*, Nota 203 pp. 193, 194 y 195.

negociación, porque el peso del significado de los hechos tal como los cuenta le impedirá salir del reproche para concentrarse en lo negocial.

Esto implica una doble dificultad para el proceso, en cuanto tenemos una parte –el ex marido– que no participa como consecuencia de estar deslegitimizado, y a la otra –la mujer– con la imposibilidad de avanzar en el proceso, porque mientras siga enfocada en reprocharle al marido la cobardía de haberla abandonado con cuatro hijos, sin encontrarle a ello sentido alguno, no podrá concentrarse en lo negocial.

Como datos de su historia, había referido con orgullo que su madre había nacido en Colorado donde las mujeres eran conocidas por tener carácter fuerte y ser verdaderas <<madrazas>>. Había hecho suficientes referencias a ello como para permitir suponer que este era un punto central de su historia del pasado, tanto como el cobarde abandono de su marido lo era del presente.

A su vez, cuando el esposo se refiere a los mismo hechos, su narrativa es clara en el sentido de que no tuvo otro remedio que retirarse del hogar conyugal para <<poder respirar>>, porque se <<sentía ahogado>>, <<anulado>> por su esposa.

En este caso, el juego de las historias abre el reencuadre de los hechos, porque permite trabajar con ella con datos que resuenan en su sistema narrativo: en qué medida el carácter fuerte y la característica de madraza que seguramente tenía por herencia de su madre, pudo haber influido en la relación con su marido para que éste ocupara el lugar de un hijo más y que su alejamiento del hogar haya sido sentido como necesario por él para poder crecer y desarrollarse.

Plantear la referencia a la fortaleza deja todavía otra carta en la mano del mediador, quien la podrá utilizar en caso de que la mujer dude:

Mediador: A veces, las mujeres fuertes también dudan.

El mediador ha introducido un dato que, coherente con la narrativa de ambos, reencuadra los hechos de manera tal que modifican los roles de las partes en la historia y los legitima a ambos.

Desde este lugar, el ex marido participará en el proceso y la mujer, debilitada la fuerza del reproche, podrá entrar en el estadio de la negociación sin desventajas.”

2.6.4.4.- La recontextualización

En muchas ocasiones los hechos narrados por las partes están fuera del contexto de la disputa y del conflicto, por ejemplo la narración no arroja datos respecto del tiempo, modo, lugar y circunstancias; en estos casos, el mediador debe poner los hechos en contexto para poder escenificar la realidad que circunda al conflicto.²⁴⁶

2.6.4.5.- La paráfrasis

La paráfrasis es la herramienta utilizada por el mediador donde escucha lo que se ha dicho y repite el contenido a la parte en cuestión, usando las mismas palabras de dicha parte.²⁴⁷ El parafraseo comunica a las partes ya que comienza con una afirmación del mediador “*usted dice que...*” y finaliza pidiendo que confirme la información “*¿entendí bien?*”. Esta fórmula le facilita el trabajo al mediador al identificar los puntos centrales del conflicto poniendo énfasis en algún punto del relato, abriendo espacios entre las partes para que brinden información adicional o que pudieran haber omitido.²⁴⁸

2.6.4.6.- El Resumen

Resumir, como parte de la actividad del mediador, consiste en realizar una sinopsis de lo que han manifestado las partes hasta el momento, preguntándoles si su comprensión del problema es la correcta, en caso de que no sea cien por ciento correcta, preguntarles si tienen algo más que añadir o corregir. Esta herramienta aplicada por el mediador agrupará en una sola las versiones del conflicto que tienen las partes, ayudándolas a tener una visión integrada que deben compartir los mediados para poder llegar a la percepción de que es un mismo problema, a pesar de las diferencias.²⁴⁹

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 195.

²⁴⁷ En este sentido Moore, Christopher, *El proceso...*, *op. cit.* Nota 197, p. 273.

²⁴⁸ Calcaterra, Rubén Alberto, *Mediación estratégica...* *op. cit.* Nota 203, pp. 193, 194 y 195.

²⁴⁹ Marques Cebola, Cátia, *La Mediación...* *op. cit.* Nota 140, p. 225.

2.6.4.7.- El Caucus

Según algunos autores el vocablo proviene de un dialecto indio norteamericano (kaukes) y consiste en realizar una serie de entrevistas privadas y por separado con cada una de las partes que tendrá los siguientes efectos:²⁵⁰

²⁵⁰ *Íbidem*, p. 226.

“Una de las cuestiones más delicadas en el caucus es la confidencialidad. En efecto, si la regla establecida es la divulgación de lo que cada mediado transmiten las entrevistas privadas, entonces el propósito del caucus termina fracasando, en la medida en que el mediado, si tiene algo que esconder, seguirá escondiéndolo porque no quiere que la parte contraria tome conocimiento de esa información. Al contrario, si la regla es la del secreto absoluto, el mediador correrá más riesgos en cuanto a la desconfianza de los mediados en él mismo y en el procedimiento, porque fomenta ciertas composiciones imaginarias sobre lo que se manifestó en la entrevista. Aclaremos que no abordamos en este apartado el principio de confidencialidad de la mediación que impide la divulgación de información suministrada durante sus sesiones, sino la divulgación entre los mediados de los temas y asuntos debatidos con el mediador en el caucus. Se trata de la confidencialidad interna en la mediación entre mediados, y no la confidencialidad externa a la mediación.”

En este sentido véase también Greco, Silvana, “Herramientas...”, *op. cit.*, Nota 236, pp. 139 y 140, quien aporta un ejemplo:

“Para clarificar las posibilidades de utilización de la secuencia, un caso puede ser ilustrativo.

En una mediación, el marido -a dos meses de haberse ido del hogar- pide la determinación de las visitas de sus dos hijos, quienes viven con la madre. Afirma que para él la pareja está terminada y que no volverá con ella.

La mujer se niega a tratar el tema de las visitas. Sostiene que él se fue de la casa intempestivamente y que si tanto le importaban los hijos no se hubiera ido.

El mediador interviene intentando poner en el centro de la conversación el interés de los hijos, afirma la importancia de ver al papá, intenta hacer reflexionar a la-mujer sobre el impacto que el alejamiento del padre causará en los niños, y pregunta acerca de sus actividades para así reconocer en qué tiempo los podría ver.

Ella, que parece una mujer y madre responsable, contesta de un modo infantil y ligero, rechazando todo intento del mediador en esa línea. Se efectúan otras intervenciones, siempre con acento en los intereses de los hijos, sin éxito alguno.

Puesta en práctica la secuencia comunicacional, cuando la esposa plantea su oposición a las visitas se le pregunta más acerca de sus razones y del modo como ella entiende la situación.

Ante este pedido de información dice “quiero que él vuelva, lo nuestro se puede solucionar, él está confundido: es una crisis de la edad, no son tan graves los problemas que tenemos, nuestra pareja no está terminada”.

Esta definición del problema muestra el significado que le da a la situación -"es una crisis pasajera y no una que lleve al divorcio"-y hace la diferencia con la de él-"es una situación definitiva e irreversible",

Resulta fundamental reconocer esta diferencia al momento de crear condiciones para avanzar sin violentar la neutralidad.

El primero de los mediadores de nuestro ejemplo pasó de hablar del significado de la separación -como proponía la mujer, a preguntar sobre su impacto en los hijos sin solución de continuidad.

El otro mediador, en cambio, formuló algún tipo de reconocimiento hacia lo dicho por la esposa, y seguidamente exploró cómo veía ella la ratificación de él sobre no volver porque ya era una decisión definitiva. Pregunto más para comprender. Ella titubeó, manifestó que no lo podía creer, que era una sorpresa. Se conmovió y empezó a llorar. Otra cosa comenzó a pasar a partir de allí.

El reconocimiento del mediador al significado que ella daba a la crisis, y a su sentir, produjo el doble efecto de legitimarla y de crear condiciones para que él también pudiera reconocerla. Este conocer-reconocer el distinto sentido que tienen las cosas para cada uno permitió ubicarlos simétricamente como protagonistas.

Ante la pregunta del mediador acerca de qué decisión querían tomar a partir de ahí, él decidió ofrecer un tiempo antes de seguir avanzando sobre el tema de las visitas y ella se comprometió a revisar el problema en su terapia. Mientras, permitiría que el padre viera a los hijos.”

- Generar confianza en las personas implicadas, procurando relajar la tensión emocional que podría existir entre las partes;
- Esclarecer cuestiones que los mediados no quieran revelar con la contraparte;
- Auxiliar a las partes para que reconozcan si sus posiciones son realistas o posibles, pero sin variar o debilitar su punto de vista ante el otro mediado;
- Obtener nueva información (o profundizar la ya obtenida) que puedan generar más alternativas de acuerdo;
- Separar una parte de las amenazas, presión y cierto grado de violencia ejercida por la otra;
- Interrumpir las reuniones conjuntas para variar el rumbo que ha tomado la discusión.

2.7.- EFECTOS

Ya sabemos que el simple estado social del ser humano nos trae aparejado el tener conflictos con las demás personas y que, culturalmente (por lo menos occidentalmente hablando) a partir de la concepción del Estado moderno y de las teorías contractualistas, hemos desarrollado históricamente una cultura de solución de conflictos mediante la confrontación y el litigio.

La mediación puede ayudarnos a desarrollar competencias culturales que promuevan actitudes de los miembros de nuestra sociedad más empáticas hacia las significaciones socioculturales y referentes axiológicos diversos; es decir, tener un reconocimiento y legitimación de nuestras diferencias, cuestión tan importante en esta era global.²⁵¹

Actualmente vivimos momentos difíciles producto de la ideología hedonista y utilitaria en la que se encuentra nuestra sociedad.²⁵² Los procesos de mediación

²⁵¹ Boqué Torremorell, María Carme, *Cultura de Mediación... op. cit.* Nota 139, p. 112.

²⁵² Champo Sánchez, Nimrod Mihael, "Derecho penal frente a la globalización" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm.116, mayo-agosto de 2006, pp. 405-428.

pueden influir a que las personas retomen pensamientos de compromiso personal e intersubjetivo, una dinámica de transformación personal y colectiva dirigida a la gratuidad y generosidad en las redes relacionales, al notorio esfuerzo que conlleva convivir a diario con el conflicto.²⁵³

Los sistemas formales y jurídicos de impartición de justicia apartaron a las personas de sus propios conflictos, en cambio la mediación tiene como consigna el incluir a las personas propiciando una vida colectiva o armónica, ya que alcanzar el acuerdo implica renunciar a la satisfacción absoluta (de imposible realización) para acceder a una satisfacción que se construye a partir del mutuo reconocimiento. La mediación se construye a partir de cuestiones discursivas, comunicacionales y conversacionales, por lo que las relaciones entre las partes se reparan, conservan y transforman según sea el caso.²⁵⁴

Raúl de Diego y Carlos Guillén indican cuales son los efectos de la mediación:²⁵⁵

- Reduce la tensión emocional y el litigio en las relaciones familiares y de trabajo.

“En cambio, el ser utilitario y hedonista permite el entendimiento del comportamiento económico. El hombre busca máxima utilidad o placer para satisfacer sus necesidades con bienes inmateriales y materiales. Por lo anterior, primero define sus necesidades que son prioritarias y, después, define el trabajo necesario para satisfacerlas.

No nos queda la menor duda que mientras más evoluciona la sociedad, más se incrementan las necesidades del individuo; lo anterior acarrea el problema de que cada vez es más difícil satisfacer dichas necesidades. Tal parece que el hombre racional y razonable se encuentra subsumido en el hombre utilitario y hedonista que marca las pautas para realizar el estudio económico del derecho, ...”

²⁵³ Boqué Torremorell, María Carme, *Cultura de Mediación... op. cit.* Nota 139, p. 113.

“Sustituir la cultura de la confrontación y el litigio por la de la mediación y el consenso entronca con los ideales de paz que, desgraciadamente, se materializan con demasiada lentitud. El concepto de paz ha evolucionado notablemente a lo largo de los últimos años (Galtung, 1985; Lederach, 2000). Hoy en día, la paz ha dejado de considerarse algo pasivo e inalcanzable para pasar a ocupar un lugar cada vez más relevante en la cotidianidad. Los planteamientos basados en la defensa en contra de posibles enemigos se transforman, con parsimonia, en un enfoque más constructivo que induce a creer que la paz se ha de cultivar en el interior de cada ser humano y en el seno de su comunidad.”

²⁵⁴ Entelman, Remo, “Lo permitido vs. lo permitido...” *op. cit.* Nota 155, pp. 35-42.

²⁵⁵ De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación... op. cit.*, Nota 149 p. 25.

- Es voluntaria (las partes pueden retirarse en cualquier momento, pueden no llegar a un acuerdo si creen que los tribunales pueden resolverlo mejor, pueden omitir información, etc.).
- Favorece vínculos y el ejercicio de las responsabilidades entre los progenitores y sus hijos en un clima de cooperación y respeto mutuo. Esto ocurre idénticamente en las relaciones laborales.
- Las decisiones son tomadas por las partes en conflicto y no por un tercero, lo que favorece un mayor nivel de cumplimiento de los compromisos acordados.
- Es más breve y más económica para las partes y favorecen un clima de pacificación social general, ya que al reducir la tensión de las rupturas no se somatizan y la persona eleva su autoestima negociadora (es protagonista de sus propios acuerdos), lo que favorece un mejor clima laboral y social, y con ello se produce el denominado ahorro social del no enquistamiento del conflicto. Es sin duda más barata que la vía judicial.
- Facilita o restablece la comunicación entre las partes favoreciendo la toma de decisiones.
- Es flexible, permite afrontar desde grandes a pequeños problemas.
- Atiende a las necesidades particulares de cada uno de los implicados sin olvidar las de los menores a su cargo, cuando las hay.
- Permite a los progenitores (a los empleadores y trabajadores) tomar decisiones realistas y adecuadas en beneficio de sus hijos (trabajadores y empresarios) y su equilibrado desarrollo.
- Permite mantener las relaciones en el seno de la empresa o de la familia, pues suele salvaguardar las relaciones interpersonales.
- Produce acuerdos creativos, se generan ideas innovadoras.

Cabe aclarar que los efectos positivos de la mediación en la sociedad no son de manera inmediata, no se pueden modificar los patrones vigentes y adquiridos años atrás de un día para otro, pero conforme se va utilizando también va generando conocimientos que contribuyen a mejorar la calidad de las relaciones humanas.

TERCERA PARTE

3.1.- ESTADO DEL ARTE DEL *IUS PUNIENDI*

Hoy en día nos encontramos en un momento donde convergen y se enfrentan diversos tipos de pensamientos respecto de la manera de entenderse y aplicarse el Derecho penal. En un primer grupo, llamémosle plenamente punitivo, podemos agrupar corrientes de pensamiento que sustentan el Derecho punitivo en el irrestricto cumplimiento del principio de legalidad complementado por una Política Criminal tendiente al aumento de penas para combatir el fenómeno de la criminalidad cada vez más violenta y sanguinaria, las ideas retributivas del fin de la pena, y un amplio etcétera. Aunado a lo anterior, tal vez de manera arbitraria de nuestra parte, agrupamos en este orden de ideas a la expansión del Derecho penal, la anticipación de la tutela penal y el Derecho penal del enemigo.²⁵⁶

Por otro lado, encontramos modelos e ideas que pugnan por una humanización de ese medio de control social llamado Derecho penal y todas sus ciencias afines, regresar a esa promesa jamás cumplida de considerarlo como la *última ratio*; en este bloque encontramos las líneas de pensamiento como la del Derecho penal mínimo, las ideas abolicionistas, el garantismo, la victimología moderna, sistemas acusatorios, profesionalización interdisciplinaria y multidisciplinaria de los operadores del sistema, uso de diversas disciplinas auxiliares en la procuración e impartición de justicia, control de convencionalidad, etc. Aquí, nuevamente de manera arbitraria, incluiremos todas esas formas de pensamiento que hablan de los medios alternativos de solución de conflictos de manera general.

Los debates generados por estos polos de ideas se han derivado de la fuerte crisis del Derecho penal y de la pena que estamos viviendo. La sociedad ha perdido la confianza en la procuración y administración de justicia, la prevención del delito no

²⁵⁶ Champo Sánchez Nimrod Mihael, *El derecho penal de la sociedad de riesgo*, México, UBIJUS/UNACH, 2012, p. 20,

“Por último, se desarrolla la anticipación de la tutela penal, con el llamado fenómeno de la expansión del Derecho penal, cuyas principales manifestaciones son los delitos de peligro abstracto y el derecho penal del enemigo, concepciones harto discutidas, por enfrentarse a los principios más elementales del ius puniendi, que eliminan garantías procesales, limitando así la posibilidad de defensa por parte del autor de una conducta antijurídica, culminando –exagerando en brevedad– con una simple, pero necesaria, diferenciación entre los delitos internacionales y la internacionalización del delito.”

funciona y la percepción de inseguridad va incrementando día a día. Inclusive con la entrada en vigor del sistema acusatorio, y la supuesta capacitación y profesionalización de los operadores y sus auxiliares, no se ha podido revertir dicha sensación.

De entrada ¿cuáles son los principales problemas que manifiesta esta crisis?

- Falta de profesionalismo en los operadores del sistema de justicia.
- Realización mecánica de las labores de los operadores del sistema.
- Exacerbados usos de tecnicismos en el lenguaje y, por ende, falta de entendimiento de los usuarios.
- Con base en el anterior punto, se traduce en altos costos económicos, físicos y emocionales para las partes, con independencia de si es el imputado o la víctima u ofendido.
- Se basa en conceptos y teorías abstractas que nada tienen que ver con la realidad y la vida cotidiana de las personas.
- Falta de contextualización de las conductas, es decir, no importa el contexto social, económico, laboral, emocional o funcional en que la persona se encuentra, solo se analiza la conducta de manera objetiva, es decir, si realizó la conducta y si esa conducta fue querida (dolosa) o no querida (culposa).
- Alejamiento de las partes (imputado y víctima) a pesar de que no solamente pertenecen a la misma sociedad, sino en algunos casos concretos, podrían pertenecer a la misma comunidad o inclusive a la misma familia.
- La falacia de pensar que los problemas sociales se componen simplemente modificando la ley.
- Pensar que una sentencia penal condenatoria resuelve un conflicto.
- La falacia del uso de la prevención general y especial (particularmente las versiones negativas) de la pena.
- El uso indiscriminado de la pena de prisión y la elevación de su duración con fines meramente electoreros.
- En suma, falta de humanismo y frialdad en el sistema hacia los usuarios.

Respecto de la crisis de la pena podemos establecer los siguientes problemas:

- Constante violación a derechos humanos en la ejecución de la pena.
- A pesar de que la legislación establece como fin de la pena la reinserción social (teorías relativas de la pena) en la práctica, la pena se aplica meramente como castigo (teorías retributivas).
- Falta de recursos (económicos, humanos e intelectuales) en la ejecución de la pena.
- Pensar falazmente que se puede reinsertar socialmente a una persona aislándola y excluyéndola de la sociedad.
- Falta de interés político en la solución de problemas de las cárceles.

Esta lamentable crisis se debe a la concepción que se tiene del Derecho penal y de sus fines, lo cual queda evidenciado en la definición que hace el Ilustre tratadista español Don Luis Jiménez de Asúa, del Derecho penal: *“es un conjunto de normas y disposiciones legales regulatorias del ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, proporciona el soporte, al establecer el concepto de delito, que sirve de base para el oportuno ejercicio de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, entrelazando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”*.²⁵⁷

Como podemos ver, se concibe al Derecho penal de manera subjetiva como el derecho a castigar por parte del Estado en una doble vertiente; por un lado, a determinar y conminar la realización de ciertas conductas típicas con penas, y por otro en el caso de la realización de dichas conductas, a imponer dichas penas y ejecutarlas.²⁵⁸ Dicha atribución es del Estado ya que será éste el encargado de dar seguridad a todo aquello que a la sociedad le importa, fundamentalmente garantizándolo por considerarlo ineludible para el fin de mantener el orden jurídico.²⁵⁹

²⁵⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 5ª ed., tomo I, Buenos Aires, Editorial Losada, 1965, pp. 33 y 34.

²⁵⁸ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal...*, *op. cit.* Nota 58, pp. 14 y 15.

²⁵⁹ Cfr. Recasens Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 9ª. ed., Porrúa, México, 1996, *passim*.

Desde esta concepción, una conducta delictiva no genera un conflicto entre el autor de dicha conducta y el sujeto pasivo antes, al contrario, es un conflicto entre el infractor y el Estado como garante del orden jurídico. Dos filosofías penales han influido en esta visión occidental contemporánea del Derecho penal: retribucionismo y relativismo (utilitarismo).

Las ideas basadas en la retribución conciben la solución del conflicto en medida que la persona sea castigada por su conducta, existe una compensación “automática” a la sociedad por la ofensa o el daño causado. Por su parte, las ideas relativas tienen como finalidad la prevención del delito, ya sea de manera general disuadiendo a los miembros de la sociedad al ver que se impone una pena a quien ha delinquido, o al propio delincuente para que no repita posteriormente su conducta. Ambas ideas tienen algo en común, la exclusión de la víctima como parte procesal y minimización de sus intereses concretos.

Además de lo anterior, estamos en presencia de una tendencia legislativa (o más bien política) de mitigar la alarma social y sensación de inseguridad (muchas veces injustificada) producida por los medios de comunicación, mediante nuevas o específicas tipificaciones, aumento indiscriminado de penas y privación de derechos procesales.²⁶⁰ Como crítica, podemos decir que esta tendencia no responde con eficacia a los verdaderos intereses sociales y de justicia, únicamente va convirtiendo el sistema de justicia en una procesadora de personas, normalmente sin recursos.

3.1.1.- De lo privado a la institucionalización

Para poder entender esta crisis del Derecho penal, de la pena y del sistema de justicia penal en general, es necesario que analicemos y describamos su evolución para saber dónde estamos situados.

²⁶⁰ Hassemer, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” en *VV/AA: Pena y Estado*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 1995, pp. 22 a 36. Véase también: Champo Sánchez, Nimrod Mihael, “El derecho penal del enemigo en México”, en *LEX*, difusión y análisis. N°. 161, Tercera Época, años XII, noviembre 2008. pp. 52-58.

Los grandes tratadistas hacen referencia al periodo de la **venganza privada** o de barbarie, donde cada individuo perteneciente a algún grupo social se defendía por sí sólo, es decir, la función represiva se encontraba en manos de los particulares, cabe aclarar que hablamos de antecedentes del Derecho penal solamente aquellas reacciones en las que el agredido contaba con el apoyo de la colectividad misma, brindándole ayuda material y respaldo moral que se traducían en un reconocimiento a ejercitar dicha venganza.²⁶¹

Esta forma de hacer justicia evidentemente se desbordaba y se cometían excesos que causaban males mucho mayores a los recibidos, provocando verdaderas luchas y guerras entre familias y grupos, en este contexto, la “ley del Tali3n” es un primer intento de limitar o moderar la sanción traduciéndose en una idea primaria de proporcionalidad, lo que significo, en su momento, un gran avance y modernizaci3n del castigo a una conducta antisocial.²⁶²

Fue en el Derecho romano²⁶³ donde el “ojo por ojo, diente por diente” (reconocido en las XII Tablas) se tradujo en una evoluci3n de la justicia al limitar la venganza a los estrictos t3rminos de la ofensa. Con el tiempo, se permitiría que el ofensor pudiera ser rescatado de la venganza mediante una “composici3n voluntaria” que no era m3s que una indemnizaci3n. Al ir evolucionando el poder y la autoridad estatal, fue éste quien imponía obligatoriamente y gestionaba la composici3n.

²⁶¹ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 39 ed., México, Porrúa, 1998, pp. 31 y 32.

“1. PERÍODOS QUE COMPRENDE LA EOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES. A lo largo del tiempo, la funci3n represiva se ha orientado hacia diversas rutas segun los distintos pueblos. Los estudiosos de la materia agrupan en cuatro períodos las tendencias que ofrecen algunas notas comunes, a saber: el de la venganza privada; el de la venganza divina; el de la venganza pública y el periodo humanitario. Hay quienes señalan una quinta etapa correspondiente a los últimos tiempos, denominada científica, por considerar que presenta perfiles y caracteres propios.

Antes de iniciar el estudio de cada uno de los periodos, debe advertirse que en ellos aparece, con sensible relieve el principio donde toman su nombre; sin embargo, no puede considerarse desaparecido plenamente el anterior; en cada uno de ellos conviven ideas opuestas y aún contrarias. Si observamos nuestra legislaci3n misma, nos daremos cuenta de que todavía perviven reminiscencias de los periodos penales de antaño”.

²⁶² *Ibidem*, p. 33.

²⁶³ Pascual Rodríguez, Esther, *La mediaci3n en el sistema penal, Memoria para optar al grado de doctor*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2012, p. 56.

Solamente los delitos considerados como públicos <<*crimina*>> se ventilaban en un proceso penal, público, ante tribunales que al principio no eran estables pero que en los tiempos de la monarquía ya eran permanentes y ordinarios por delegación del emperador. Los delitos privados <<*delicta*>> se ventilaban en un proceso de carácter privado ante órganos que desde la época del principado actuaban por delegación, también, del emperador.

A pesar de la evolución que significó el Talión, el derecho penal romano no dejó de ser un sistema represivo defensor de los intereses de aquellos que detentaban el poder, por lo que las penas eran completamente aflictivas: pena de muerte mediante técnicas crueles y humillantes (crucifixión, hoguera, espectáculos públicos como el coliseo, y un amplio etcétera) condena a trabajos forzados, la deportación o relegación y la condena a minas o las galeras.

En el **modelo germánico**, la cristianización y el gran crecimiento de la presencia jurídico-pública en el ejercicio del control y represión social fueron los principales factores que transformaron los criterios de las prácticas punitivas germánicas.²⁶⁴ La religiosidad imponía la obligación de vivir con lealtad al orden natural establecido por las divinidades;²⁶⁵ el eje toral para la instauración del mecanismo de control y represión social fue la figura de la “carencia de la paz” <<*friedlössigkeit*>>. La pérdida de la paz acarreaba un enfrentamiento, formalmente establecido, entre el delincuente y la víctima junto a sus grupos familiares a los que cada uno pertenece.

²⁶⁴ *Íbidem*, p. 58.

²⁶⁵ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos...*, *op. cit.*, Nota 261 p. 33.

Al inicio del periodo arriba descrito, podemos también ubicar la venganza privada, descrita magistralmente por Castellanos Tena:

“3. *DE LA VENGANZA DIVINA*. Parece natural que al revestir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyecten hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del Estado. Así surge, en el terreno de las ideas penales, el periodo de la venganza divina; se estima al delito una de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación.

“Es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aun cuando entre una y otra cosas mediara muy corto intervalo””. Cfr. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, vol. I, Buenos Aires, Editorial Argentina, 1992, p. 55.

Si los hechos ofendían a un sujeto o a una familia, la <<Sippe>> (estirpe o grupo familiar) al declarar formalmente la carencia de paz en la asamblea general, instauraba la enemistad con el inculpado y daba lugar a un derecho de venganza, donde el ofendido y su familia se vengaban del ofensor y su familia. En cambio si las conductas afectaban alguno de los intereses de la comunidad, daban lugar a la pérdida de la paz del ofensor quien, a partir de ese momento, se situaba en una carencia absoluta de protección jurídica y era considerado un enemigo de la comunidad, por lo que podría ser objeto de una venganza de cualquiera de los miembros, que podría ser hasta la privación de la vida.²⁶⁶

Con el aumento del poder público se fue afirmando la autoridad pública y con ella la tendencia a constreñir la venganza <<faida>>. Al principio la facultad de conceder la paz era del ofendido, pero después se convirtió en obligatoria siendo fijadas las condiciones para la misma por el gobernante (juez-rey), traduciéndose esto a una sanción del poder político a quien no respetara la paz. Al ser la paz un asunto del poder público, se retoma la composición, pactada por las partes para el pago del daño derivado de la conducta delictiva, pero ahora bajo la supervisión del poder público.

Dichas composiciones judiciales fueron de tres tipos:²⁶⁷

²⁶⁶ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal...*, op. cit. Nota 58, pp. 49 y 50.

*“Las fuentes del derecho penal germánico son: las antiquísimas leyes germánicas, recopiladas y traducidas al latín con la denominación de **leges barbarorum**, las leyes romanas dictadas por los reyes germanos (tras la caída del Impero Romano de Occidente, en el año 456 después de Cristo) y las capitulares de los reyes francos. También constituyen fuentes de gran interés, en el examen del derecho germánico, las leyes germánicas de los países escandinavos (Dinamarca, Suecia, Noruega e Islandia)”.*

²⁶⁷ *Íbidem*, p. 51

“En relación con los delitos, algunos siempre fueron considerados públicos, tales como traición, desertión, rebelión, etc., y referente a los otros, en el derecho germánico ocurrió lo mismo que en los demás pueblos: progresivamente fueron dejando de ser privados para convertirse en públicos.

Durante mucho tiempo, la concepción del delito fue casi exclusivamente objetiva. La responsabilidad existía sin el soporte de la culpabilidad: se exigía por mero resultado y por su simple causación material, sólo se tenía en cuenta el efecto dañoso del acto, y la pena no variaba porque el resulta do produjera voluntariamente, sin intención o por simple caso fortuito de suerte que se mantenía la misma pena para estos distintos supuestos. Sólo en tiempos muy ulteriores se distinguió en cuanto a la suma a pagar por composición, si el acto se había ejecutado intencionalmente o por simple negligencia.

En cuanto a la forma de manifestación del delito, en el derecho germánico, dado que, como se ha visto, donde no hay daño puede haber pena, no es posible encontrar reglas generales sobre la tentativa (desconocida también el derecho romano) que, sólo por excepcionalidad y en algunos casos concretos, se castiga. Únicamente

- a) <<**Wergeld**>> en concepto de reparación pecuniaria pagada por el delincuente o su familia al ofendido o a sus familiares.
- b) <<**Busse**>> cantidad pagada por concepto de pena, recibida también por el ofendido o sus parientes.
- c) <<**Friedegeld**>> (fredus o fredum) cantidad que compraba la paz, se pagaba a la comunidad en calidad de intermediario en el convenio reconciliatorio.

3.1.2.- De la edad media a la moderna

Tal vez no coincida plenamente con el periodo histórico, pero nos referiremos sobre todo al período del siglo XIII al siglo XVIII que, a pesar de ser muy amplio y variado, existen caracteres homogéneos respecto de las codificaciones derivado de varios factores a finales de la edad media: La aparición del Estado (casi como hoy lo conocemos), la consolidación del absolutismo como forma de gobierno, la crisis del derecho común y la crisis del sistema feudal.²⁶⁸

Ante este panorama –con la entrada de la edad moderna–, la persecución del delito y del delincuente se convierte en un deber gubernamental, haciéndose cargo el poder del Estado de la acción penal; así, se van sentando las bases para que un órgano específico y gubernamental se encargue de dicha tarea, pasando así a la concepción –que perdura hasta nuestros días– de que los delitos se cometen en contra del Estado más que contra el individuo que sufre los daños.

A pesar de la institucionalización de la persecución de los delitos, así como su carácter público y la idea de juzgar a nombre de la colectividad, llevó –según la crítica de Castellanos Tena– a la imposición de penas cada vez más crueles e inhumanas, bajo el amparo de la supuesta salvaguarda de la colectividad. En este periodo nada se respetaba, los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas que incluso podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. La

se penalizaban algunos actos que, según la intención del agente, iban dirigidos a determinada lesión, cuando implicaban algún otro daño y con el carácter de delitos por sí mismos.”

²⁶⁸ Pascual Rodríguez, Esther, *La mediación...*, op. cit. Nota 263, pp. 62 y 63.

procuración y administración de justicia no estaban al servicio de los gobernados, sino de los déspotas y los tiranos que detentaban el poder.²⁶⁹

3.1.3.- Humanización del *ius puniendi*

Con el desarrollo de la ilustración y las revoluciones burguesas se fueron instaurando los estados liberales asumiendo un pensamiento humanista, el cual se fue traduciendo en un mayor respeto a los derechos de las personas detenidas y procesadas; también, se comienza a establecer límites a las penas respecto del mal causado como fundamento y límite del derecho a castigar.²⁷⁰ Se desarrollan las primeras formulaciones del principio de legalidad penal²⁷¹, así como el

²⁶⁹ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos...*, *op. cit.*, Nota 261, p. 34.

“No sólo en Europa imperó esa concepción en que la arbitrariedad era la regla única, sino también en Oriente y en América, para conseguir de los súbditos, por medio del terror y la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes. En este periodo la humanidad, puntualiza Carrancá y Trujillo, aguzó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era una **cuestión preparatoria** durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones. Nacieron los calabozos (“oublietes” de oublier, olvidar, donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos); la jaula, de hierro o de madera; la argolla, pesada pieza de madera cerrada al cuello; el “pilori”, rollo o picota en que cabeza y manos quedaban sujetas y la víctima de pie; la horca y los azotes; la rueda en la que se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes; las galeras; el descuartizamiento por la acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por el hacha; la marca infamante por hierro candente; el garrote que daba la muerte por estrangulación y los trabajos forzados y con cadenas”.

²⁷⁰ Pascual Rodríguez, Esther, *La mediación...*, *op. cit.* Nota 263, p. 63.

²⁷¹ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal...*, *op. cit.* Nota 58, pp. 86 y 87.

“En *stricto sensu*, solo la ley es fuente del derecho penal. La fórmula consagratoria es el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. La apariencia externa latina de su manifestación no puede hacernos olvidar que su origen, contra lo que podría entenderse, no está en el derecho romano, sino en el profundo pensador y filósofo Anselmo von Feuerbach. Para el enorme maestro, los principios fundamentales del derecho penal son los siguientes:

- La imposición de una pena, en todos los casos, presupone la existencia de una ley penal (*nulla poena sine lege*).
- La imposición de una pena está determinada por la existencia de una acción sancionada con ella (*nulla poena sine crimine*).
- El hecho conminado por una ley está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).

En definitiva, nadie puede ser castigado sino por hechos definidos por la ley como delitos, ni con penas que no hayan sido establecidas legalmente. De esta manera, la fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege* desdoble en una doble garantía individual: nadie puede ser penado sino por hechos previamente determinados por la ley como delitos (*nullum crimen sine praevia lege poenali*), garantía criminal, y nadie puede ser castigado con penas diversas de las previamente establecidas por la ley (*nulla poena sine praevia lege*), garantía penal.

Un hecho será punible cuando encaje en algunos de los tipos de delito definidos en la ley penal (tipicidad), y tampoco será castigado con pena distinta de la establecida en la ley, sin que la sanción pueda

reconocimiento de principios como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa e instaurar un procedimiento formal dotado de garantías, lo que se traduce en un cierto grado de certeza.

Uno de los principales motores de este cambio fue el pensamiento de Cesare Bonesano, marqués de Beccaria, con su obra "*De los delitos y de las penas*".²⁷² Se parte de la idea de que la sanción penal debería estar reservada a la resolución de conflictos de alta intensidad y alto impacto, ya que es el nivel más fuerte de intervención estatal en la conflictividad social; en este sentido, deben promoverse soluciones consensuadas por las partes siempre que éstas no agraven el interés público, en aquellos conflictos que no ameritan una prosecución intensiva del Estado.²⁷³

De entre los puntos más importantes de las ideas de Beccaria podemos destacar los siguientes:²⁷⁴

- El derecho que tiene el Estado para castigar tiene su fundamento en el contrato social por lo que la justicia humana y la divina son independientes.
- Las penas deben estar previamente establecidas en las leyes, las cuales son generales y, sólo los jueces pueden declarar cuando éstas han sido violadas.
- Los jueces no pueden interpretar la ley, ya que no son legisladores, su misión es única y exclusivamente aplicarla.
- La pena tiene como finalidad evitar que el delincuente vuelva a delinquir, así como la ejemplaridad con los demás miembros de la sociedad.

exceder de la exacta medida fijada por ésta. Estas garantías, dada la progresiva proliferación de medidas de seguridad en los ordenamientos penales, son aplicables en un todo en relación con las mismas".

²⁷² Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, 17ª ed., tomada de la 14ª ed., facsimilar, México, Porrúa, 2008, *passim*.

²⁷³ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2005, p. 27.

²⁷⁴ Cfr. Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal...*, *op. cit.* Nota 58, p. 70., así mismo Pascual Rodríguez, Esther, *La mediación...*, *op. cit.* Nota 263, p. 64., véase también Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos...*, *op. cit.*, Nota 261, pp. 35 y 36.

- La proscripción de la pena de muerte por ser injusta; no está autorizada por el contrato social, la vida de una persona no le pertenece a nadie, ni a sí mismo, por lo que no puede ceder, al Estado, el derecho a ser privado de la vida.
- El Derecho penal debe ser considerado como la *última ratio* de la política social, su ámbito de intervención será todo aquello que no pueda ser solucionado por otras ramas del Derecho.
- El proceso debe ser público y acusatorio.
- El criterio para medir la pena debe ser el mal causado y no basarse en criterios morales como el pecado, ni sociales como la calidad o escala social del ofensor.

La **Revolución francesa** y las ideas contractualistas transformaron el proceso penal en un sistema mediante el cual habría proporcionalidad entre la infracción de las normas del contrato social (comportamiento desviado) y las consecuencias (la pena); así, los aristócratas responderían por sus conductas sin importar su rango social, también los burgueses ganaron una certeza al saber que toda pena tendría un límite máximo y un piso mínimo.

En opinión de Gabriela Rodríguez, esta idea de persecución penal pública donde un tercero miembro del Estado, y ajeno a las pasiones de los directamente involucrados en el conflicto, llevaba adelante la acción penal, legitimó un resabio de la inquisición que expropió el conflicto de los directamente involucrados y estableció un sistema racionalizado de ficciones respecto de los participantes.²⁷⁵

²⁷⁵ Rodríguez Fernández, Gabriela, “Sociedad, Estado, víctima y ofensor. El orden de los factores ¿altera el producto?”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 20 y 21.

“Pero este modelo, que sin duda tuvo su valor histórico en tanto significó un intento de recuperar la dignidad del hombre en su condición de tal y una apuesta a la racionalidad como oposición a la arbitrariedad, es eso, sólo un modelo, y como tal podría ser cambiado por otro modelo superador. Inicialmente, las disputas del tipo de las que hoy llamamos delitos —una noción también contingente-, se resolvían entre los directamente involucrados (víctima-ofensor), con o sin la participación de sus entornos. El sistema aceptado ponía a los dos protagonistas frente a frente, como adversarios iguales, que podían sufrir idénticas consecuencias según el resultado del enfrentamiento. El antecedente más citado de esta forma de resolver los conflictos son las ordalías germanas; sin embargo lo que se conoce como sistema acusatorio se perfiló recién con el nacimiento de la formalización en el campo de la aplicación de las normas (paso de la

Como podemos advertir, este periodo de humanización del proceso y de las penas excluyó totalmente a la víctima, ya que el Estado se ha expropiado el conflicto, con lo cual se niega la posibilidad a las partes de que pudieran resolver la situación siendo los verdaderos protagonistas del conflicto; de tal forma, el modelo de procesamiento se basaba en dos personas de intereses contrapuestos cuya satisfacción dependía de que concordaran con lo que los funcionarios del sistema (es decir el sistema mismo) definieran como interés público.²⁷⁶

3.1.4.- El *ius puniendi* contemporáneo

A partir de la segunda mitad del siglo XIX se manifiesta una gran influencia de la doctrina italiana, principalmente hablaremos de los aportes de la **Escuela clásica** que se caracterizaba por su índole filosófica, por su sentido liberal y humanitario y cuyo máximo representante es Francesco Carrara. Si bien existieron múltiples autores y pensadores, que se ubican dentro de este pensamiento, con diferencias en sus ideas, se pueden resumir los principios fundamentales en los siguientes:²⁷⁷

ordalía al juicio). Probablemente esta formalización se justifique por la necesaria presencia de un tercero que venga a jugar el papel de regulador formal del conflicto, como presencia simbólica del interés que la sociedad tiene en que ese conflicto sea resuelto de forma pacífica. Aquí, claramente, el tercero aparece como garante, y no como representante total de un cuerpo social cuyo derecho ha sido violado. Es un todo particular (el pueblo, el jurado) que se pone en el lugar del todo total (la sociedad), pero cuyo poder se halla condicionado por la decisión de los particulares involucrados de someter determinados conflictos a su vista. Luego, bajo el sistema inquisitivo, la figura del afectado se diluyó hasta perderse, y el ofensor, cuyo crimen era contra el orden público y no contra un igual, debió responder frente al Estado, representado por el inquisidor. Por oposición -didáctica pero también sustancial- al modelo acusatorio, en los sistemas inquisitivos el tercero, que deja de serlo —a causa de la concentración del poder requirente y del poder decisorio en las manos del inquisidor—, es un todo particular con pretensiones de todo total (identificación del Estado con la sociedad "relevante" -el monarca-) que se coloca frente a un individuo particular, y cuyo poder de configuración del conflicto resulta absoluto. Se rompió así el esquema bilateral, que sólo volvería a recuperarse, aunque desde un punto de vista distinto, con la adopción de los sistemas mixtos".

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 22.

"Este esquema ideal, sin embargo, se fue pervirtiendo con el tiempo. Los estamentos tecnocráticos se fueron adueñando paulatinamente de los papeles en el sistema de administración de justicia). Los discursos fueron haciéndose más complejos, los ritos procedimentales fueron adquiriendo un lugar cada vez más central en la producción".

²⁷⁷ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal...*, op. cit. Nota 58, pp. 75 y 76.

- Su método es racionalista, mediante la aplicación metodológica de la lógica abstracta, deductiva y especulativa, el Derecho penal se concibe como un sistema dogmático, fundamentado sobre concepciones racionalistas.
- La imputabilidad se basa en el libre albedrío. El hombre es responsable penalmente porque también lo es moralmente, y es responsable moralmente porque goza de libre albedrío.
- Sólo puede castigarse a quien realice una acción u omisión, prevista como delito por la ley y sancionada con una pena, consagración del sentido individualista proteccional y garantía contra abusos y arbitrariedades, sacralización del principio de legalidad de los delitos y de las penas.
- El delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, de tal forma que el fondo de la justicia penal es el delito (supuesto objetivo), más no el delincuente (supuesto subjetivo). El juez competente para conocer la maldad de los hechos no puede considerar la maldad del hombre sin traspasar el límite de sus atribuciones.
- La pena se traduce en un mal impuesto al delincuente, es una retribución del delito cometido; ha de existir proporcionalidad entre pena y delito; la pena debe estar perfectamente determinada de forma clara y concreta, el juzgador sólo puede aplicar la pena que esté señalada para cada delito.

La Escuela clásica elabora una ciencia acorde con las exigencias del pensamiento liberal de la época, pero desde la óptica de la víctima, en opinión de la Dra. Esther Pascual, esta fue desplazada como el sujeto que recae la acción delictiva para pasar a ser una mera portadora de un bien jurídico que es lesionado y de interés para el Estado.²⁷⁸

En contra posición a la Escuela clásica surge la **Escuela positiva**, cuyos máximos representantes son: César Lombroso con su obra *Uomo delinquente*; Enrique Ferri, con su *Sociología Criminales*; y Rafael Garófalo, con su *Criminología*.

²⁷⁸ Pascual Rodríguez, Esther, *La mediación...*, *op. cit.* Nota 263, p. 64, véase también Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos...*, *op. cit.*, Nota 261, p. 67.

De manera resumida podemos indicar que los principios fundamentales de esta escuela son:

- La aplicación del método experimental, en las obras de sus pensadores se pueden encontrar una gran variedad de cuadros, mapas, gráficas, fotografías, estadísticas, etc.
- La responsabilidad social derivada del determinismo y temibilidad del delincuente, negando el libre albedrío.
- El delito es un fenómeno natural y social producido por tres factores de orden diverso: antropológicos, físicos y sociales; biológica y psíquicamente el delincuente es un anormal.
- Todo infractor, con independencia de que tenga responsabilidad moral o no, tiene responsabilidad legal si incide en el campo de la ley penal.
- La pena es un medio de defensa social y es ahí donde radica su finalidad.

Para el Ilustre autor Jiménez de Asúa, el gran aporte y herencia de la escuela positiva ha sido el nacimiento de una nueva ciencia de carácter naturalista, que investiga la causa del delito y el estudio biosociológico del delincuente: la criminología.²⁷⁹ Pero precisamente esta aportación, como su nombre lo indica, se centró en el estudio del delito y del delincuente, pensando en la víctima solamente a través del delincuente, no sería hasta muy avanzado el siglo XX en que se tomara en cuenta y se comenzará a desarrollar la victimología.

Con una posición ecléctica –explica el Ilustre Dr. Rafael Márquez Piñero²⁸⁰– aparece en la escena al **terza scuola** o **escuela crítica**, Manuel Carnevale y Bernardino Alimena, como los creadores de esta escuela, tienen una posición de pensamiento más cercana a la escuela clásica. Del positivismo asumen la negación del libre albedrío, la noción del delito como un fenómeno natural y social, así como el estudio del delincuente y de la delincuencia con un carácter científico; también,

²⁷⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 5ª ed., tomo II, Buenos Aires, Editorial Losada, 1965, pp. 62, 63 y 64.

²⁸⁰ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal...*, *op. cit.* Nota 58, p. 78.

rechazan la naturaleza morbosa del delito, la responsabilidad legal y la absorción del derecho penal por la sociología criminal.

Del pensamiento de la Escuela clásica aceptan la distinción entre imputables e inimputables y el principio de la responsabilidad moral, pero rechazan la idea de que el delito sea un acto realizado por una persona dotada, completamente, de libre albedrío; es decir, si bien la imputabilidad nace de la voluntad y de sus movimientos determinantes, pero hay que tomar en cuenta la *dirigibilidad* del sujeto –aptitud para sentir la coacción psíquica”, por lo que solamente serán imputables aquellas personas que sean capaces de sentir la amenaza de la pena.

Nuevamente estamos en presencia de una evolución del *ius puniendi*, pero que se centra en el análisis de las características y necesidades del imputado como receptor del derecho a castigar del Estado; sin aparecer, ni siquiera comentada, la víctima. Estas ideas, aunque con diversos matices y moderación fueron el fundamento de la concepción generalizada en el mundo occidental.

Sería hasta después de la Segunda Guerra Mundial que se desarrolla una profunda preocupación por derechos humanos, así como una nueva conciencia social acerca del carácter inquisitivo de la aplicación de la pena privativa de libertad y de sus consecuencias. Hubo un cambio de pensamiento en donde para hacer válidos los actos de autoridad (sobre todo aquellos que se traducían en actos de privación) no basta que se ajusten al ordenamiento jurídico –legalidad formal– sino que materialmente deben concordar con los vínculos de sustancia que son los derechos fundamentales –legalidad material–. Dichos derechos son recogidos por las constituciones junto con las garantías de su aplicación.²⁸¹

Estas ideas permean, como es natural, a replantear el uso de la pena privativa de libertad, dejando atrás las ideas retribucionistas y las de prevención meramente utilitaristas, los fines del castigo serán la reeducación y la reinserción del delincuente. La finalidad de las penas ya no son castigar ni evitar la reincidencia mediante la

²⁸¹ Pascual Rodríguez, Esther, *La mediación...*, op. cit. Nota 263, p. 68.

coacción del delincuente, y sólo la pena necesaria será justa.²⁸² Es dable aclarar que estas ideas suscitaron críticas respecto de la legitimidad del Estado para reeducar a los individuos, la idea de aplicar un tratamiento (lo que significaba tratarlos como enfermos) fue ampliamente cuestionada. En la práctica, la rehabilitación fue una falacia.

En los años 60's y 70's del siglo XX el Derecho es receptor del máximo desarrollo del pensamiento crítico en todos los órdenes (feminismo²⁸³, antimilitarismo, igualdad racial, revolución sexual, etc.), todo ello se traduce en una crisis de legitimidad de las instituciones de carácter penal y en especial de la fundamentación y uso de la pena de prisión.²⁸⁴

²⁸² *Íbidem*, p. 69.

²⁸³ Serrano Sánchez, Lidia Inés, *El erróneo concepto de género en la legislación penal mexicana*, Tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho, México, Facultad de Derecho/UNAM, 2013, pp. 9 y 10.

“El Feminismo

El feminismo es una filosofía o concepción de la historia, de las realidades sociales y una propuesta política de transformación de las relaciones genéricas. Del feminismo no están excluidos los hombres, se introducen con diferentes corrientes de pensamiento y de acción que se unen con los postulados democratizadores del feminismo.

La primera etapa del feminismo, como fenómeno social organizado, se inició con las acciones de las sufragistas, desde mediados del siglo XIX hasta el final de la primera Guerra Mundial; sin embargo, pueden encontrarse antecedentes históricos anteriores como en la Revolución Francesa y sus declaraciones a favor de la igualdad de todos los ciudadanos.

La segunda etapa del feminismo, inicia su evolución en los años veinte a los sesenta, caracterizándose por una gran movilización de mujeres, en forma de manifestaciones masivas con aspectos provocativos o humoristas y otras, en forma de trabajo paciente y concienzudo, que contribuyeron a conseguir reformas legislativas en el campo matrimonial y familiar. Así fueron surgiendo mujeres más jóvenes y con objetivos más revolucionarios que abandonan las ideas liberales y adoptan el planteamiento marxista, donde las mujeres son consideradas “el sexo oprimido” y donde el culpable de la opresión ya no son los varones sino el capitalismo. La liberación de la mujer no podía darse sin la liberación general de otros trabajadores oprimidos y explotados por el capitalismo.

Así es como el feminismo contemporáneo se inicia en los primeros años de las posguerra (cuarenta y cinco años), y el activismo por los derechos humanos de las mujeres se intensifica en los sesenta, los primeros grupos feministas contemporáneos, caracterizados por la construcción de la equidad en el ejercicio de todos los derechos humanos, vieron reflejados sus resultados en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), al transformar el término “Derechos del Hombre (adoptado en 1789) por el de “Derechos Humanos” en 1950, incluyendo a las mujeres como parte de ésta transformación integradora. Las feministas han trabajado duro para establecer su vínculo con los derechos humanos y aún creen necesaria la construcción de argumentos para garantizar ciertos derechos y una vida sin violencia tanto en lo privado como en lo público, posteriormente se consagró en la Convención de Belén do Pará”.

²⁸⁴ Pascual Rodríguez, Esther, *La mediación...*, op. cit. Nota 263, p. 70

3.1.5.- Abolicionismo y minimalismo penal (despenalizar)

En nuestros días y, producto de la evolución brevemente expuesta –nos explica Gabriela Rodríguez²⁸⁵–, estamos en presencia de un proceso penal donde las partes procesales desarrollan un rol técnico formal; por ejemplo, la multiplicidad, tecnificación y especialización de los funcionarios encargados de la procuración de justicia (policías –de seguridad pública y de investigación– peritos, criminólogos y fiscales) frente a un defensor técnico que intenta a toda costa evitar la consecuencia final del proceso, es decir, la pena.

En este contexto, el papel de la víctima es solamente el del principal testigo, un mero proporcionador de información en la búsqueda de la verdad histórica. Una víctima de carne y hueso que no encuentra el espacio para poder ser escuchada y expresar sus emociones, mucho menos para que obtenga respuestas. La sociedad se supone se encuentra representada por el Estado, más concretamente por el Ministerio Público o Fiscal, pero en la realidad, derivado de sus prácticas habituales (burocráticas, institucionales, indiferentes, faltas de humanidad y hasta corruptas) hacen que dicha representatividad esté claramente en crisis.

Ante esta falta de legitimidad del sistema de justicia penal aparecen ideas que pugnan por generar modelos alternativos para así abolir –de manera radical– los sistemas formales de justicia penal. Estas corrientes abolicionistas²⁸⁶ son

²⁸⁵ Rodríguez Fernández, Gabriela, “Sociedad, Estado, víctima y ofensor... *op. cit.* Nota 275, pp. 23 y 24.

²⁸⁶ Cohen, Stan, “Introducción”, en *Abolicionismo penal*, trad., de Mariano Alberto Clafardini y Mirta Luján Bondanza, Argentina, EDIAR, 1989, pp. 13 y 14.

“Abolicionismo” es el nombre que se da, principalmente en Europa occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo. El abolicionismo es producto de la misma política contracultural de los años sesenta que dio origen al radicalismo cultural de la teoría del etiquetamiento (laelling theory) y al radicalismo político de la "nueva" criminología o criminología "crítica". Pero a diferencia de estas últimas, el abolicionismo ha demostrado ser más constante e inflexible. Toma el relativismo de la teoría del etiquetamiento y su insistencia en el estatus problemático del rotulo de desviado -pero va más allá de la problemática interaccional del estigma y la identidad, hacia una acepción histórica de "delito" como forma de control social. Ataca, al igual que la escuela crítica, a la criminología convencional y a su teoría del derecho y del estado- pero en vez de buscar una política penal y criminológica socialista ("realismo de izquierda"), concibe como forma viable de avanzar el eventual abandono de la política criminal y de la criminología. Como lo demuestran estos trabajos, el abolicionismo no es una teoría acabada ni fácil de sistematizar. Es una mezcla peculiar de lo altamente concreto y lo profundamente visionario de un bajo nivel de ingeniería social y de un alto nivel de expectación epistemológica. Aquellos que lo

principalmente impulsadas por la Criminología y parten de la idea de que el sistema de justicia penal no cumple con los fines para los cuales fue hecho, ya que funciona de manera deficiente y actúa sólo en ocasiones esporádicas, por lo que la delincuencia sigue creciendo, así como la reincidencia delictiva. Las ideas más representativas del abolicionismo penal son:²⁸⁷

- El sistema de justicia penal degrada al ser humano, lo estigmatiza y lo conduce a perder la dignidad. El sistema fabrica un culpable para luego rechazarlo socialmente.
- La ejecución de la pena resulta estéril y aniquila al sujeto al producirle efectos irreparables que en forma alguna la sociedad logra rehabilitar o restaurar.
- El sistema no pone atención a la víctima y la deja a un lado.
- La criminalidad no se resuelve con la pena de prisión.
- La prisión actúa sobre los efectos y no sobre las causas.
- Un Estado de Derecho debe garantizar los derechos humanos y, por tanto, las medidas coercitivas deberían aplicarse en la menor medida posible, con el intento de acudir a otras opciones más efectivas y menos crueles.

practican se dedican a contar la cantidad de celdas que hay en Holanda, a observar cómo las comunas urbanas tratan a los miembros que no cumplen con sus deberes y a teorizar sobre la naturaleza del derecho medieval. Todo esto produce cierta confusión ("romanticismo" según las críticas tanto de la izquierda como de la derecha), pero siempre es una confusión creativa y estimulante, la mejor.

El paradigma abolicionista, con la excepción de unos pocos trabajos pertenecientes a sus figuras líderes -Nils Christie, Louk Hulsman y Thomas Mathiesen- es desconocido en Norteamérica. Nos parece importante abrir debates en habla inglesa sobre temas ya muy conocidos en Holanda, Francia, Alemania, Italia y en los países escandinavos. Ninguno de estos trabajos es una simple introducción o un reamen. Cada uno presenta un ángulo diferente del lugar de las ideas abolicionistas según su autor: así la crítica de Christie comienza con el derecho penal, Hulsman con el concepto de delito y Mathiesen con el sistema carcelario. Los comentarios de otros autores se refieren: a cuestiones metodológicas y filosóficas (De Folter, quien también ubica al trabajo de Foucault dentro del esquema abolicionista); a la historia de la justicia penal (Steinert, quien luego considera las actuales posibilidades abolicionistas), y a algunos de los recientes y más destacados debates sobre criminología (Scheerer, quien también trata sobre la estrategia política abolicionista). Estos trabajos no presentan una "línea" definida y el cometida de sus autores varía considerablemente. Sin embargo, todos contienen interrogantes comunes frente a la mayoría de las hipótesis "obvias" sobre la justicia penal. Y todos sus autores reciben (y están cansados de escuchar) la misma crítica: sus ideas suenan bien pero son "poco prácticas". Invitamos a los lectores a efectuar críticas más serias y con mayor contenido.

La tarea de reunir, traducir y editar estos trabajos no la podría haber hecho nunca sólo. Agradezco a Heinz Steiner, Sebastián Scheerer y Karl Schuman por la ayuda prestada en cada etapa".

²⁸⁷ Highton, Elena I., et. al., *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1998, pp. 32 y 33.

- Estas alternativas deben ir acompañadas de una intensiva preparación para la libertad, mediante la asistencia psicológica-psiquiátrica, la participación en grupos de terapia y concientización familiar, la asistencia social, la adecuación de las condiciones socioculturales-laborales para evitar que, ante causas similares, se produzcan nuevas reacciones antisociales.

En contra de las corrientes abolicionistas se plantean las siguientes críticas.²⁸⁸

- El tratar de erradicar por completo el sistema penal niega los intereses de la sociedad que se expresan en la pretensión penal estatal, es decir, de conservación del ordenamiento jurídico y protección de las víctimas concretas y futuras.
- Pensar solamente en la reparación como fin absoluto del sistema termina con la prevención general.
- Con la abolición del Derecho penal la víctima no se vería verdaderamente protegida, sino todo lo contrario.
- No contempla aquellos delitos que no tienen una víctima definida.
- Si sólo se piensa en la reparación, tampoco contemplan los delitos de tentativa punible por no producir un daño.
- La idea de las formas alternativas de solución del conflicto se ve más como un medio de descongestionar el sistema judicial.

En este mismo orden de ideas, pero con una postura menos radical, aparecen las ideas del **minimalismo penal o del derecho penal mínimo**, que buscan humanizar la función de control punitivo ejercida por el Estado; en esencia, es una contradicción al sistema penal para que se reserve sólo para los casos de gran trascendencia. El minimalismo no abarca sólo la fase judicial sino una política criminal de perfiles amplios que delinea la intervención estatal en la menor medida con la máxima protección de derechos y sus garantías, y solamente en casos donde sea imprescindible para que la violencia informal no desestabilice el orden social.

²⁸⁸ *Íbidem*, p. 34.

Se puede resumir las principales ideas del minimalismo penal de la siguiente forma:²⁸⁹

- Reducción, no abolición, del Derecho penal a partir de descriminalización de conductas.
- Reformas estructurales del sistema e inclusión de verdaderos medios alternativos de solución de conflictos y no solo de medios de descongestión.
- El Derecho penal cumple con ciertas funciones simbólicas que construyen una memoria colectiva sobre lo que es socialmente inaceptable, haciendo una función de alerta social.
- El Derecho penal debe subsistir para la defensa de los más débiles del entramado social.
- El propio Derecho penal también tiene la función de limitar la violencia institucional estatal que de lo contrario progresaría incontrolablemente.

Podemos advertir, que el derecho penal mínimo se acerca más a nuestras ideas y posturas, ya que si bien establece la necesidad de que exista el Derecho penal, también hace referencia a las existencia y uso de medios alternativos que permitan encontrar una mejor solución a los conflictos derivados de la comisión de un delito y que permitan una mejor convivencia y restablecimiento del orden de ideas.

Es dable aclarar, que el garantismo penal es ubicado dogmáticamente en las ideas minimalistas del Derecho penal, pero sus ideas son de gran trascendencia que lo expondremos en el siguiente apartado.

²⁸⁹ González Rodríguez, Marta, “El Derecho penal desde una evaluación crítica”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, 2008, núm. 10-11, pp. 11:1-11:23. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-11.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 10-11 (2008), 18 ago].

“En las sociedades contemporáneas han surgido un preocupante fenómeno conocido como la judicialización de las relaciones sociales, manifestándose principalmente mediante la utilización exacerbada de la solución punitiva formal en los diferentes conflictos sociales; fenómeno que implica un desmesurado daño social, por cuanto el uso simbólico e instrumental excesivo del recurso penalizante provoca mayor deterioro social que el que se pretende solucionar. Las victimizaciones que provoca el Sistema Penal con su acción se producen en buena medida, por “la gravedad, pesadez y trascendencia del instrumento penal”, por ello, el Derecho Penal solo debe ser aplicado como respuesta reactiva cuando sea inexcusable como manifestación de una justificada protección personal social”.

3.1.6.- El Garantismo

El garantismo se considera una ideología jurídica, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el Derecho. Se establecen una serie de postulados en construcción que en su conjunto forman una teoría general que explica la lógica del Estado de derecho, existe una fuerte vinculación con la teoría del Estado constitucional (normativamente), y con el llamado neoconstitucionalismo (teóricamente).²⁹⁰

El poder (sea público o privado, nacional) no cumple espontáneamente los derechos, por tales razones se le debe limitar para que esté sujeto a vínculos jurídicos que acoten su actuación y preserven los derechos subjetivos, en especial los que tienen carácter fundamental. Respecto de la función del Derecho penal y la finalidad de la pena, afirma el garantismo la separación entre el Derecho y la moral, entre delito y pecado y entre validez y justicia.²⁹¹

²⁹⁰ Ferrajoli, Luigi, *La cultura jurídica de Italia del noventa*, Bari, Editores Laterza, 1999, pp. 112 y 113.

²⁹¹ Díaz Madrigal, Ivonne Nohemí, *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Juicios Orales, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013, pp. 15, 16 y 17.

“1, Garantía

En el centro de la teoría del garantismo encontramos el concepto de “garantía”. Ferrajoli la define como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”, puede entenderse como tal “toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, y considerar <<derecho subjetivo>> a toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”.

Distingue entre garantías negativas y positivas. Se trata de negativas si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de abstención por parte de uno o más sujetos; la garantía obliga a abstener de realizar ciertas conductas. Por otro lado, son positivas si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer, e implica tomar acciones o desarrollar comportamientos activos por parte de los sujetos obligados.

Otra categoría son las garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señalan por los derechos subjetivos garantizados. Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constata actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que violen las garantías primarias. Las garantías secundarias son dependientes, requieren para su activación y entrada en funcionamiento de, por lo menos, una presunta violación a las garantías primarias. Por su parte, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aun en ausencia de las garantías secundarias. Esta autonomía es fundamental para distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías”.

Cfr: Ferrajoli, Luigi, Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, trad. de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, p. 31.

El garantismo penal es una idea de Derecho penal que pretende establecer, estrictos y rigurosos, límites a las actuaciones del poder punitivo del Estado, por traducirse éste en un medio –violento– de control social.²⁹² La justificación del Derecho penal se fundamenta en una premisa de fundamentación negativa: 1) como medio de protección social para evitar que se cometan más delitos y, 2) como herramienta de protección de los sujetos frente al poder punitivo estatal.

El garantismo no es una teoría abolicionista, la idea de desaparecer, por completo el Derecho penal, se puede traducir en mayores males que los que se pretenden remediar, sobre todo si tomamos en cuenta los contextos sociales que

²⁹² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Valladolid, Editorial Trotta, 1995, pp. 103, 104 y 105.

“Llamo a estos dos extremos <<derecho penal mínimo>> y <<derecho penal máximo>> refiriéndome con ello bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y la calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas. Entre los dos extremos, se ha visto, existen muy diversos sistemas intermedios, hasta el punto de que deberá hablarse más propiamente, a propósito de las instituciones y ordenamientos concretos, de tendencia al derecho penal o de tendencia al derecho penal máximo. En los ordenamientos de los modernos estados de derecho, caracterizados por la diferenciación en varios niveles de normas, estas dos tendencias opuestas conviven entre sí, caracterizando una a los niveles normativos superiores y la otra a los niveles normativos inferiores, y dando lugar, con su separación, a una ineffectividad tendencial de los primeros y a una ilegitimidad tendencial a los segundos. Así veremos, en la cuarta parte, cómo en contraste con los principios garantistas del modelo SG estipulados de manera más o menos rigurosa en nuestra Constitución, nuestras leyes ordinarias, y todavía más nuestras prácticas judiciales y policiales, admiten de hecho figuras de responsabilidad penal sin una o varias de las garantías citadas.

*Es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto al arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza. Con ello resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos. Bajo este aspecto existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, incluso con los límites más arriba puestos de manifiesto, la <<verdad formal>>. Y una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio del **faver rei**, que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio in dubio pro reo, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía **in bonam partem**, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica. En todos estos casos tenemos, ciertamente, discrecionalidad. Pero se trata de una discrecionalidad dirigida no a extender sino a excluir o reducir la intervención penal en cuanto no motivada por argumentos cognoscitivos seguros.*

A la inversa, el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado. Es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Debido a estos reflejos, el sustancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad”.

vivimos hoy en día y la tendencia a la eliminación de garantías en los procesos penales. Se puede proyectar el garantismo penal en dos clases de garantías penales:

- a) **Garantías penales sustantivas:**²⁹³ Principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Estas garantías tienen el objetivo de la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutación en abstracto de las hipótesis de la acusación.
- b) **Garantías penales procesales:**²⁹⁴ Principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural.

Evidentemente el garantismo, y concretamente el penal, es un gran avance en el desarrollo del *ius puniendi* que limita el ejercicio del poder; pero de la vista rápida que hemos hecho (ya que los objetivos e intereses de la obra no permiten un análisis más extenso) podemos concluir que los aportes se centran –principalmente– en garantías hacia el imputado. No es nuestra intención desdeñar (ni somos quienes para hacerlo) las grandes aportaciones del garantismo penal, ni de su principal expositor, ni mucho menos decir que dentro de sus postulados no pudiéramos encontrar protección a los derechos fundamentales de la víctima, pero es evidente que la víctima no está contemplada como actora directa del proceso penal.

3.1.7.- El *ius puniendi* que necesitamos

Ha sido evidente que la función de ese derecho a castigar del Estado carece, en la actualidad, de toda legitimidad, que no cumple con los fines de la pena como lo son la prevención general y la prevención especial; además, que la visión adversarial del sistema de justicia, actualmente generalizada en el mundo occidental –y en

²⁹³ *Íbidem*, pp. 117, 118 y ss.

²⁹⁴ *Íbidem*, pp. 129, 130 y ss.

particular en Hispanoamérica— adjudica a las personas categorías y roles predefinidas por el propio sistema. Esta idea de litigio y enfrentamiento otorga recompensas a los profesionales del Derecho que actúan acorde a esos roles técnicos en donde sólo uno puede ser el vencedor.

Pero también es cierto que no podemos aplicar ideas radicales que tiendan a eliminar las construcciones legislativas, institucionales y dogmáticas (traducidas en un proceso penal acorde con un Estado Democrático de Derecho) que tanta sangre han costado. Es por eso que Elena I. Highton, Gladys S. Álvarez y Carlos G. Gregorio estiman que en los momentos actuales donde la delincuencia está desbordada y fuera de control, hay que buscar soluciones con nuevas alternativas, buscar soluciones creativas y llegar la revisión de los paradigmas conocidos en cuanto a cómo se concibe el acto delictivo y posible respuesta a éste.²⁹⁵

- Pasar de un modelo basado, exclusivamente, en el tratamiento, a uno que también atienda las causas, dirigido hacia las condiciones y ambiente en el que ocurren las conductas.
- Cambiar el modelo basado, también, en la “supra a subordinación” donde personal especializado (juez, fiscal o ministerio público y defensa) se apropia del conflicto, a uno donde existan modelos integrados de apoyo en la capacidad de las personas para dirimir sus conflictos, reparar el daño y restaurar la paz social.
- Se necesita que los operadores del sistema tengan cierta discrecionalidad y no apliquen las leyes de forma silogística, pudiendo aconsejar el uso de servicios flexibles que proporcionen a las partes respuestas acordes con sus necesidades.
- Que se dispongan de una amplia gama de servicios que sean comprensivos, informales, convenientes y adecuados en cuanto a tiempo, lugar y modo de hacer verdadera justicia.

²⁹⁵ Highton, Elena I., *et. al.*, *Resolución alternativa de conflictos...*, *op. cit.* Nota 287, pp. 97, 98 y ss.

- Orientación de los órganos e instituciones encargadas de las políticas públicas, y en especial de la política criminal, para el establecimiento de políticas a largo plazo.
- Cambio de mentalidad del sistema de la retribución a la reparación en sentido humano y no solamente material.
- El uso de la fuerza pública en un sentido preventivo mediante el uso de las técnicas de mediación,²⁹⁶ ya que son los policías los primeros en intervenir en una controversia, pudiendo influir en el manejo inicial del conflicto y, así, evitar tanto la escalada de violencia como la comisión de delitos.²⁹⁷

Es aquí donde tiene cabida la **Justicia Restaurativa**, movimiento ideológico que se inicia como un esfuerzo por replantear las necesidades, sobre todo de la víctima, generadas por la comisión de delitos y los roles implícitos en ellos. Existen necesidades que, como hemos visto, el proceso penal judicial no está atendiendo. La Justicia Restaurativa amplía el círculo de los interesados (personas con algún interés o rol directo en un caso o situación determinado) incluyendo al Estado, al ofensor, a la víctima e inclusive a otros miembros de la sociedad.

Existirá, entonces, la posibilidad de que el imputado (llamado ahora infractor) pueda encontrarse con su ofendido (víctima) pudiendo responsabilizarse de su conducta y sus efectos; se abre así, la opción de asumir compromisos y conductas valiosas para el futuro. También se abre la posibilidad para que la comunidad pueda

²⁹⁶ Véase: Cobler Martínez, Elena, Gallardo Campos, Rosa Ana, *et. al. Mediación Policial: Teoría para la gestión del conflicto*, Madrid, Editorial Dykinson, 2014, *passim*.

²⁹⁷ Highton, Elena I., *et. al., Resolución alternativa de conflictos...*, *op. cit.* Nota 287, p. 101.

“La policía generalmente entra en escena cuando los individuos involucrados están en el pico de sus diferencias, su capacidad de razonamiento es baja, sus emociones, sus emociones son altas y, para más, hay gente extraña presente.

Si estas disputas no se encaran adecuadamente, la escalada de la contienda se hace interminable, pudiendo llegarse a situaciones verdaderamente serias y peligrosas. Dada su posición, la policía puede ayudar a resolver muchas controversias. sea mediante la utilización directa de técnicas de intervención adecuadas a la situación o, por lo menos —especialmente si el desacuerdo es profundo—, por vía de un breve diálogo para calmar los ánimos y derivar a los interesados a un centro de resolución de disputas donde continuar la ulterior discusión.

Con entrenamiento específico, la policía puede mediar en situaciones de crisis menores y desavenencias corrientes: con un entrenamiento y experiencia mayor inclusive puede actuar con éxito en negociaciones de toma y liberación de rehenes u otros casos exigentes”.

administrar sus conflictos, para que exista una mejor resocialización o reinserción del imputado y la víctima a su entorno, pero siempre con el apoyo del Estado y sus instituciones para que en ningún momento se ponga en peligro el orden social ni el interés público.

Así, para concluir este punto, en cuanto al tipo de sistema de justicia que creemos debemos tener, son muy gráficas las palabras de Gabriela Rodríguez:²⁹⁸

“Se trata aquí de garantizar, mediante la participación social en todas las instancias, que la utilización de la herramienta penal sólo se llevará a cabo cuando el conflicto no pudo ser gestionado como tal en el seno social, cuando los involucrados en él no llegaron a pacificarse y pacificar a su entorno. Solamente así los catálogos prohibitivos y los preceptos permisivos dejarán de ser un conjunto de cristalizaciones inasibles para los procesos sociales. Solamente así la selección de los casos a tratar dentro del sistema de control social formal será algo más democrática”.

²⁹⁸ Rodríguez Fernández, Gabriela, “Sociedad, Estado, víctima y ofensor... *op. cit.* Nota 275, p. 28.

3.2.- JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL

Como un intento de respuesta, a la problemática anteriormente descrita, se ha venido desarrollando por parte de estudiosos, ONG's e instituciones gubernamentales, un creciente interés por modelos o sistemas penales alternativos y complementarios al sistema tradicional de justicia basado en el litigio. No debemos pensar que estos modelos alternativos se crearon de un día para otro o que aparecieron como una fórmula mágica, en su mayoría están basados en modelos de justicia de pueblos originarios de diversas partes del orbe.

Sin embargo, es a partir de la década de los 70's del siglo pasado que podemos hablar de una conceptualización, armonización e inclusión en las legislaciones occidentales contemporáneas.

3.2.1.- Los primeros pasos

Las primeras experiencias, reconocidas por la doctrina, sobre el uso de Justicia Restaurativa en el sistema de justicia penal lo encontramos en Ontario Canadá con los programas “*Victim Offender Reconciliation Program*” y “*Victim offender Mediation*”,²⁹⁹ con el tiempo, estas ideas se fueron expandiendo por varios

²⁹⁹ Neuman, Elías, *Mediación penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005, pp. 67 y 68.

“**20. Las experiencias pioneras de Kitchener. Los programas.**

El abordaje de la mediación penal más remoto se realizó en Canadá y, de manera coetánea, en alguna de las entidades federativas de los Estados Unidos.

*En Ontario, en 1974, se llevó a cabo la primera experiencia a cargo de Kitchener, quien intervino como mediador en un hecho delictivo múltiple realizado por dos jóvenes que causaron más de 20 víctimas en una sola noche. Según Bonafé Schmitt, Kitchener tenía experiencia en reuniones entre delincuentes y sus víctimas tratando de lograr la reconciliación o, al menos, la compensación reparatoria por el daño causado, En este caso dejaba que las partes fijaran el monto por sí mismas. Se trataba de casos judicializados en los que el Juez decidía la aplicación **probation**. Entonces se intentaba el acercamiento de las partes para el logro consensual del arreglo. Se advirtió que el sistema redituaba ventajas para ambos, para la justicia en abstracto y para la sociedad en concreto, desde que trataba de resarcir a la víctima y de bajar su ansiedad, y de hacer asumir el principio del **selfresponsability** al autor del delito, mediante el impacto que le causaban las consecuencias de sufrimiento que advertía en su víctima”.*

territorios de los Estados Unidos. En Europa se comenzaron a desarrollar estas ideas hasta la década de los 80's en países como Bélgica,³⁰⁰ Irlanda o Inglaterra.³⁰¹

La Justicia Restaurativa es un movimiento que busca instaurar un paradigma diferente dentro de los sistemas tradicionales de justicia penal, se traduce en un “hacer las cosas bien” (frase que abandera el movimiento), en donde se admite la condena a una pena al infractor, pero preservando en todo momento su dignidad. Se establece como posibilidad el encuentro cara a cara entre el victimario (con su familia) con la víctima y con la comunidad, esto podría ser más beneficioso para que aquel asuma su responsabilidad (juicio de reproche social y reinserción) que solamente estar encerrado y aislado purgando una pena de prisión.

Es común que al hablar de Justicia Restaurativa se piense solamente en una mediación, pero podemos hablar de varios modelos: el encuentro cara a cara víctima-infractor, las conferencias familiares y las conferencias comunitarias. Las conferencias familiares y las comunitarias implican la participación de un mayor número de personas (familiares y miembros de la comunidad) en donde se ha llevado a cabo la conducta y su resultado.

Estos modelos permiten la participación de miembros de la comunidad y expresar sus puntos de vista sobre lo sucedido, descubrir los contextos reales y sociales (barrio, vecindario, colonia, etc.). Existen dos modelos que han influenciado en la doctrina y en la práctica, a saber: el modelo Neozelandés y el Australiano.

El **modelo neozelandés** incorpora a su sistema de justicia los principios de resolución de conflictos del pueblo “*maóri*”, particularmente cuando el infractor es una persona joven. Este sistema se institucionaliza en 1989 en su Ley de Justicia Juvenil, el día de hoy se aplica al 80 % de los casos de delincuencia juvenil (entre 10 y 17

³⁰⁰ Dosseelaere, Denis Van, and Vanfraechem, Inge, “Research, practice and policy partnerships. Empirical research on restorative justice in Belgium”, in *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, edited by Inge Vanfraechem, et. al., Eleven International Publishing, 2010, pp. 57-94.

³⁰¹ Dignan, James, “Variations on a theme. Empirical research o restorative justice in England and Wales”, in *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, edited by Inge Vanfraechem, et. al., Eleven International Publishing, 2010, pp. 235-261.

años) pero también se aplica a casos de justicia para adultos. Se combinan elementos del modelo de justicia tradicional occidental con elementos del modelo de bienestar social. Este último se basa en políticas paternalistas y proteccionistas, en oposición al simple castigo.³⁰²

Los infractores son considerados como producto de su entorno por lo que su conducta es atribuida a elementos disfuncionales del entorno de la persona y, por lo tanto, la acción de la justicia va encaminada a identificar y tratar las causas sociales del delito, más que a imponer un castigo. Por su parte, el modelo de justicia ve a los individuos como agentes racionales y responsables, la tarea de la justicia es determinar el grado de culpabilidad y la pena acorde con la magnitud del daño causado.

En el proceso se incentiva la participación de los miembros de la familia del ofensor que puedan proporcionar un soporte emocional o que puedan ayudarle en el proceso de responsabilización (familia nuclear y otros familiares más lejanos en grado y amigos). La víctima y su familia son invitados a participar, así como aquellos profesionales que se estime puedan ser de apoyo. Como parte de la formalidad y, para no dejar fuera al Estado, ni violar ningún derecho, se invitan también al defensor y a un policía que actúa como un acusador informal. El grupo asume la tarea de tratar de llegar a un consenso en todos los objetivos esperados en la conferencia, no sólo se habla de la reparación material del daño causado, sino que también se incluyen la asunción de responsabilidades, la reparación simbólica y moral de las partes, así como la prevención de futuras conductas.³⁰³

³⁰² Romera Antón, Carlos, “*Conferencias comunitarias y justicia restaurativa*” en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, directores Margarita Carmen Pérez-Salazar Resano y Julián Carlos Ríos Martín, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 194.

³⁰³ *Íbidem*, pp. 194 y 195.

“El proceso de la conferencia comprende cuatro fases:

1. *La primera es la derivación al programa, que ha de hacerse con el consentimiento de las familias de ambas partes.*

Previo a la derivación se ha de valorar la capacidad y la situación de las familias para acudir a la conferencia.

2. *Se ha de preparar a las partes para su participación en la conferencia. Así, el coordinador explica el programa a los participantes e invita a que éstos elijan personas de apoyo al tiempo que invita a participar a*

Australia recoge la filosofía de las conferencias de Nueva Zelanda para realizar programas basados en estas ideas, pero sin copiar absolutamente el programa, desarrollando diversos modelos, normalmente, a nivel municipal. El programa más desarrollado es el del departamento de policía de Wagga Wagga y que ha tenido mayor difusión a nivel internacional. En Wagga Wagga, las conferencias son coordinadas por oficiales de policía uniformados o por personal escolar. Es evidente que el policía debe tener una capacidad adecuada para la derivación de los casos y, sobre todo, una capacitación y formación especializada en coordinación de grupos y resolución de conflictos.

El modelo australiano en comento, se basa en la teoría de John Braithwite³⁰⁴ denominada “*reintegrative shaming*” (vergüenza reintegradora), que hace hincapié en la posibilidad de cambio de comportamiento por parte del joven agresor. Las conferencias comunitarias permiten la posibilidad de que sea la vergüenza un elemento necesario para restablecer el daño hecho y evitar que se vuelva a repetir.

El proyecto Wagga Wagga se inicia en 1991 comenzando sólo con delitos menores y se fue expandiendo progresivamente a otras áreas, aplicándose por igual a jóvenes, adultos y menores en una amplia gama de delitos patrimoniales y de lesiones. En las conferencias pueden participar personas de instituciones policiales, escolares, de iglesias, departamentos de servicios sociales, departamentos de salud,

otras personas que se considere puedan ser de ayuda, tanto durante el proceso como en el momento de aportar soluciones.

3. *Esta fase es la conferencia propiamente dicha; donde se exponen los diferentes puntos de vista, se discuten y se trata de llegar a un acuerdo, desarrollando un plan de cumplimiento del mismo por parte de la familia del victimario. Este plan debe ser ratificado por la víctima y su familia. Las personas encargadas de la coordinación y facilitación de la conferencia deben asegurarse que los términos del plan son adecuados y no incluyen soluciones abusivas para ninguna de las partes.*

4. *Por último, se debe presentar el plan de cumplimiento del acuerdo por escrito a las autoridades judiciales, quienes archivarán el caso si no se oponen al plan logrado. Una vez aceptado el acuerdo, la asociación de la que forma parte el coordinador se encargará de implementar y monitorear el plan de cumplimiento, evaluando posteriormente si éste se ha cumplido según lo establecido. Si el plan no se cumple, previa autorización, se podría convocar a una nueva conferencia”.*

³⁰⁴ Braithwaite, John and Strang Heather, “Restorative justice and civil society”, in *Restorative justice and civil society*, New York, Cambridge University Press, 2008, p. 4.

“Some of the momentum for restorative justice has come from research suggesting that restorative justice programs do actually reduce crime. Reoffending in conferenced cases in the famous Wagga Wagga program of the early 1990s was 20 percent, compared to 48 percent in cases that went to court (Forsythe, 1995)”.

industrias, negocios privados, y un amplio etcétera; de esta manera se representan las diferentes dimensiones sociales y personales relacionadas. A diferencia de Nueva Zelanda, esta dimensión social australiana, no justifica su conducta (ni mucho menos exime de responsabilidad), sino que sirve para contextualizar el comportamiento dentro de un panorama familiar y comunitario.³⁰⁵

De manera sintetizada, Carlos Romera Antón expone las ventajas de estos programas:³⁰⁶

- Al participar los familiares del agresor y, en caso de existir un conflicto previo entre el joven y su familia, las conferencias presentan una oportunidad de diálogo dentro de la propia familia donde las distintas percepciones pueden

³⁰⁵ Romera Antón, Carlos, “*Conferencias comunitarias... op. cit.*”, Nota 302, pp. 197 y 198.

“Respecto a la valoración del éxito considerando la reincidencia como parámetro de efectividad, hay que concluir que si bien se esperaba que las conferencias tuvieran al menos el mismo índice de éxito que el sistema judicial, se están cumpliendo sobradamente las expectativas más optimistas, sobre todo en el caso de jóvenes que han cometido delitos menos graves.

La selección de jóvenes que participan en el programa la realizan los sargentos de policía encargados de la coordinación del proceso. El requisito imprescindible es que el joven que ha infringido la ley admita responsabilidad por el hecho. Una vez debidamente cumplimentado este requisito, que deberá ser una confesión voluntaria de culpabilidad, normalmente grabada o por escrito, y en presencia de los padres o de representante legal, cada caso deberá pasar por un panel de policías que decidirá la conveniencia o no de la CC”.

³⁰⁶ *Ibidem*, pp. 199, 200 y ss.

“Se pueden plantear algunas de las problemáticas que son detectadas por los investigadores y profesionales de este campo. Respecto a la preparación inadecuada del proceso, en la CC es fundamental preparar a las partes principales (víctima y victimario) antes de la conferencia para que ésta sea lo más fructífera posible. La persona encargada de la coordinación de la CC ha de valorar las necesidades y expectativas de cada parte y conocer algo más del crimen que lo que le llega por el informe policial. Estas entrevistas previas son fundamentales. Sin embargo, en Nueva Zelanda el coordinador sólo se entrevista personalmente con el ofensor y su familia, contactando telefónicamente con la víctima (perdiendo no sólo la comunicación no verbal, sino también la cercanía y la complicidad que puede dar el “cara a cara” cuando se está hablando de temas tan trascendentes).

Otro de los grandes problemas que suscitan estos modelos es la posible insensibilidad o coerción hacia las víctimas. Así, las conferencias enfatizan la importancia de las víctimas, sin embargo éstas son quizás las menos favorecidas por el proceso: primero se entrevista al victimario, incluso en el modelo australiano la CC comienza sólo con el grupo del victimario, y más tarde, ya se trae a la víctima y a su grupo, pudiendo crear situaciones de incomodidad. Además a la víctima se le pide que confíe en su agresor. Con todo ello, es posible afirmar que el modelo puede, inadvertidamente, ser un reflejo del sistema retributivo, el cual se centra directamente en el delincuente y no en la víctima. En este sentido, encontramos autores que consideran que el diseño actual de estos programas está casi exclusivamente basado en las necesidades y en los problemas de los victimarios, dejando un tanto de lado a las víctimas y su problemática. Así, si el grupo familiar del victimario es disfuncional o está dominado por personalidades poderosas, los intereses de las víctimas pueden no ser explícitamente examinados, o simplemente el acuerdo resolutorio puede no ser realizado buscando el mejor interés de la víctima, quedando ésta, en cierto modo, desprotegida. Morris and Maxwell en su evaluación de estos programas, detectaron un 25% de víctimas que se sentían peor una vez finalizada la conferencia”.

ser examinadas y se pueden cimentar las bases de resolución de conflictos intrafamiliares.

- Las conferencias se pueden traducir en oportunidades para aportar soluciones al conflicto mediante personas de apoyo y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales (asistencia como recursos laborales, o trabajos a favor de la comunidad).
- Al conseguir que las personas hablen sobre el impacto que en ellas ha tenido el delito, se genera una capacidad potencial de asistir y ayudar al victimario a reintegrarse y a la víctima a normalizarse.
- Sin ser el objetivo principal, pero estos programas descongestionan la gran carga de trabajo de los tribunales, cuestión de gran importancia, ya que la lentitud de los procedimientos penales se puede traducir en la doble victimización.
- Se posibilita la participación de la comunidad en el proceso y se democratiza más la justicia.

Una de las principales críticas hechas a las conferencias, sobre todo en el modelo australiano, es que participan directamente personal del sistema de justicia – policías–, lo cual puede convertirse en un medio de control social donde, mientras cada vez más personas participan, la policía podría ir identificando y etiquetando a dichas persona, una especie de “pre-fichaje” que iría en contra de la filosofía y objetivos de la Justicia Restaurativa.

3.2.2.- Justicia Restaurativa

Como hemos visto, los procesos en la actualidad sufren de una evidente falta de confianza y legitimidad de los gobernados, que agudizan aún más las heridas y los conflictos sociales en lugar de ayudar a sanarlos y transformarlos. Se piensa que el movimiento de la Justicia Restaurativa surge como una forma de tratar los delitos de menor gravedad (valoración que es errónea) y sobre todo de carácter patrimonial

sin violencia; al día de hoy, podemos encontrar programas que atienden casos donde existieron las formas más graves de violencia (delitos graves y crímenes), tales como: robos con violencia, asaltos, homicidios culposos bajo el influjo de sustancias tóxicas, delitos sexuales tan graves como a violación y, hasta homicidios.

Howard Zehr³⁰⁷ explica que los sistemas legales occidentales han remplazado o suprimido los procesos tradicionales de justicia y resolución de conflictos, la Justicia Restaurativa ofrece un modelo que permite reexaminar y, a veces reactivar estas tradiciones.³⁰⁸ Podemos traer a colación la experiencia de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica donde se desarrollaron iniciativas para aplicar modelos de Justicia Restaurativa a situaciones de gran violencia y, además, masiva.

Ante el uso, cada vez mayor de los modelos basados en ideas restaurativas, se debe tener cuidado –explica Howard Zehr– de no alejarnos de los principios centrales de esta filosofía, por ejemplo, que se convierta en un método que se enfoque más en el tratamiento a los ofensores, ya sea como una forma disfrazada de

³⁰⁷ Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, E.E.U.U., Good Books and Centro Evangélico Mennonita de Teología Asunción (CEMTA), 2010, p. 7.

³⁰⁸ Neuman, Elías, *Mediación penal...*, *op. cit.*, Nota 299, pp. 19 y 20.

Un muy buen ejemplo de esas formas tradicionales de impartir justicia y resolver conflictos es el descrito por Elías Neuman:

“En el archipiélago de las islas de San Blas, cerca de Panamá, los indios cunas siguen desarrollando, hoy como ayer, su secular ritual de modelo punitivo que recae contra quien haya violado el tabú, cualquiera que sea el delito (“delito” o “política criminal”) se utiliza aquí por comodidad de lenguaje).

El infractor es llamado y deberá comparecer ante el sacerdote y dos chamanes, uno de los cuales apelará a ritos matizados por la ingestión de hongos alucinógenos, en presencia de buena parte de la tribu. Se trata de alejar los manes negativos y de penetrar en la profundidad del espíritu del infractor. En su momento es llamado y, según ocurre casi siempre, confesará de viva voz la transgresión que lo involucra sin brindar detalles. Es el momento en que puede reconocer los hechos –por lo general, así ocurre– y pedir perdón a la víctima, a su familia y al grupo tribal.

La sentencia es similar en todos los casos. Deberá alejarse. Emigrar a una isla lejana por tiempo indeterminado. Un tiempo que queda en sus manos. Podrá viajar a esa isla solo o en compañía de su familia. Su vida continuará según ha sido desde siempre según ha sido desde siempre. Esa suerte de deportación penal interior no lo privará de continuar trabajando en las labores de la etnia: artesanías, agricultura o en la madera, participando del culto y sus rituales, deambulando con entera libertad, haciendo nuevos amigos, según le plazca, Desde el punto de vista físico, la pena que le impone importa un cambio absoluto de escenario.

Transcurrido el tiempo, cuando sienta en su interior que desea regresar, podrá hacerlo siempre que esté poseído de esa certeza tras un ejercicio de introspección profundo que muestre que su cisión ha cambiado, y por el que advierta en plenitud el mal causado, y por el que advierta en plenitud el más causado a la víctima y a la comunidad tribal y que, por ello, su culpa penal ha sido compurgada y no debe cumplir una parte inútil en el retiro impuesto. Siente que todo vuelve a armonizar en él y que su lazo con su mundo tribal volverá a ser normal y no agresivo”.

castigo, proteccionista de derechos sólo del imputado, o como una simple salida rápida del sistema.

Esos desvíos hacen que se confunda a la Justicia Restaurativa con otros modelos o que se piense que tiene funciones y objetivos que realmente no tiene; por ello, y de la mano del Padre de la Justicia Restaurativa – Howard Zehr–, explicaremos lo que no es la justicia restaurativa.³⁰⁹

La Justicia Restaurativa no se orienta al perdón ni a la reconciliación. Existe un rechazo a estos programas por pensar que el propósito es que la víctima perdone a su agresor, incluso que se le obligue a ello, pero la Justicia Restaurativa solamente proporciona un espacio a las partes para que puedan hablar de cómo les ha afectado el delito en sus vidas; si bien, ese espacio puede generar un grado de perdón y reconciliación que el contexto confrontacional del proceso penal no otorga, no es el objetivo principal.

La justicia restaurativa no es mediación. Los programas de justicia restaurativa se organizan en torno a la posible realización de un encuentro, no sólo entre víctima e infractor, sino también posiblemente con miembros de la comunidad. Pero muchas veces el encuentro directo no es lo más recomendable. No hay una mediación en sentido estricto donde el conflicto surge a partir de una desavenencia de dos partes en igualdad de condiciones, las víctimas de los delitos (pensemos en delitos como violación o inclusive un robo) no quieren verse como “litiigantes”. Normalmente las víctimas³¹⁰ se encuentran en un proceso de superar la tendencia a sentirse culpables por lo que les sucedió.

La justicia restaurativa no es una estrategia para disminuir la delincuencia. No debemos confundir los efectos que pudieran tener los programas de Justicia Restaurativa con sus objetivos. Las ideas centrales son atender las necesidades de las víctimas, que los ofensores sean motivados a asumir su

³⁰⁹ Zehr, Howard, *El pequeño libro...*, *op. cit.*, Nota 307, pp. 11, 12, y ss.

³¹⁰ Beristain, Antonio, *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, *passim*.

responsabilidad y que las personas afectadas por el delito tengan participación en el proceso, independientemente de que exista reincidencia. Un efecto secundario puede ser que, al restaurarse la paz social, se disminuya con el tiempo la reincidencia y disminuyan las tasas delictivas.

La Justicia Restaurativa no es un programa o proyecto específico. Los sistemas de justicia pueden incorporar programas que encuentren sustento en las buenas prácticas de otras ciudades o Estados, o bien, en modelos basados en algunas prácticas de su cultura, por lo que no hay un modelo específico ni que sea el mejor:

*“La justicia restaurativa no es un mapa, pero sus principios nos pueden servir como una brújula para saber hacia dónde dirigirnos. La justicia restaurativa siempre nos invita al diálogo y la exploración”.*³¹¹

No es, sólo o principalmente, para atención de delitos menores ni de primodelincuentes. Cuando la idea es crear un espacio de diálogo y comunicación, no adquiere relevancia las características del delito ni las del delincuente, de hecho, si se toman en serio los principios de la Justicia Restaurativa, tomar medidas restaurativas en delitos graves se torna una necesidad.

La Justicia Restaurativa no es nueva ni de origen estadounidense. En el apartado anterior expusimos los primeros ejemplos de adopción formal de Justicia Restaurativa (los casos de Nueva Zelanda y Austria); pero, como también vimos en la segunda parte de nuestro trabajo, las ideas sobre medios alternativos son mucho más antiguas. Si bien es cierto, que las comunidades menonitas de Estados Unidos han sido un gran ejemplo en sus prácticas, la justicia restaurativa tiene antecedentes más amplios y raíces mucho más profundas.

La Justicia Restaurativa no sustituye al sistema penal ni es la panacea. Las ideas restaurativas no pretenden sustituir al sistema de justicia penal (no encaja

³¹¹ Zehr, Howard, *El pequeño libro...*, op. cit., Nota 307, p. 15.

en el abolicionismo), sino que pretende complementarlo. No se pretende, como algunos piensan, privatizar la justicia penal, sino darle al delito una dimensión social, una dimensión más local y personal. Al ser un programa complementario al sistema de justicia, el interés público sigue protegido por el Estado, lo que se busca es apotrar una visión más equilibrada de lo que debe ser la justicia.³¹²

No es una alternativa al encarcelamiento. La justicia restaurativa no pretende sustituir la pena de prisión, pero en algunos casos se torna innecesaria, si atendemos a los fines preventivos de la pena, ya que, como hemos estado mencionando, el infractor asume –responsablemente– su culpa y repara el daño en todos los sentidos posibles, no se necesita la aplicación de una pena.

La Justicia Restaurativa no se opone necesariamente a la retribución. No debemos negar que es necesario que exista el *ius puniendi*, con objetivos e intereses de carácter público, y el complementar el sistema con un programa de Justicia Restaurativa no se traduce en impedir que el sistema jurídico cumpla con sus objetivos; De nuevo, debemos recordar que lo que se trata es complementar el sistema.

En este último sentido, no se trata de devolver, en absoluto, el conflicto a las partes –esto es imposible– ya que el conflicto penal no se da entre víctima y victimario solamente, ya que de alguna forma toda la sociedad esté afectada (bien común y orden social). La Justicia Restaurativa propicia, no sólo la reparación del daño a la víctima, sino darle a la justicia un efecto más humano; pero, por otro lado, sistema judicial tiende a evitar que la víctima potencia (de futuras conductas) se convierta en una víctima actual, por lo que no debemos negar la función de preventiva del *ius puniendi* ni de la pena.³¹³

³¹² *Ídem*, pp. 16 y 17.

³¹³ Del Moral García, Antonio, “La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Mercedes de Prada Rodríguez, España, NETBIBLO, 2010, pp. 50 y 51.

Podemos destacar como ventajas generales de los programas de la Justicia Restaurativa, como complemento al sistema de justicia, las siguientes:³¹⁴

1. Recuperación de la paz social alterada por el delito.
2. Humanización de la noción legal, formal y material del delito.
3. Devolución de la confianza de la víctima y la sociedad en el sistema de justicia.

Entender esta nueva visión o dimensión del delito implica saber que las relaciones sociales implican obligaciones y responsabilidades mutuas; por tanto, en este orden ideas se resalta que la realización de un mal conllevará como obligación reparar o enmendar el daño causado. Pero también debemos preocuparnos por la sanación de todos los involucrados: víctimas, ofensores y comunidad. Howard Zehr desarrolló una serie de principios de la justicia restaurativa y sus implicaciones, que el lector podrá encontrar y leer a detalle en el Apéndice, pero la idea de la Justicia Restaurativa se fundamenta en tres conceptos que el propio autor en comentario los denomina los “tres pilares” de la Justicia Restaurativa:

1. La Justicia Restaurativa se centra en el daño.
2. Las ofensas conllevan obligaciones.
3. La Justicia Restaurativa promueve el compromiso o la participación.

“Las principales bazas a favor de abogar por un relieve más acentuado de la mediación en el campo penal no son de corte utilitarista. Hacer pivotar en exceso las ventajas de la mediación en el aligeramiento de la carga de trabajo o en disminuir el exceso de población penitenciaria hace un flaco servicio a la filosofía favorable a ensanchar los ámbitos de la mediación. No son criterios pragmáticos los principales valedores de Lajusticia restaurativa. Aunque también pueden obtenerse consecuencias beneficiosas —no necesariamente— en ese ámbito”.

³¹⁴ Córdoba, Víctor Alfonso, “Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistema de resolución de conflictos”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 82.

PILARES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA³¹⁵

DAÑOS Y NECESIDADES	OBLIGACIONES	PARTICIPACIÓN
<p>El delito se concibe como un daño ocasionado a las personas y a las comunidades.</p> <p>Centrarse en el daño ocasionado implica una preocupación inherente por las necesidades y roles de las víctimas.</p> <p>Procurar reparar el daño dentro de lo posible, tanto de manera concreta como simbólica.</p> <p>Ocuparse de las necesidades de las víctimas aun cuando no se haya identificado ni detenido a ningún ofensor.</p> <p>Centrarse en el daño también implica preocuparnos por el daño sufrido por los ofensores y las comunidades.</p> <p>Se necesitan abordar las causas que dieron origen al delito.</p> <p>Generar una experiencia que sea sanadora para todos los involucrados.</p>	<p>Las ofensas conllevan obligaciones.</p> <p>Por lo tanto, la justicia restaurativa resalta la importancia de la responsabilidad activa del ofensor y de las obligaciones que ésta conlleva.</p> <p>No se trata de castigo sino de comprender y reparar el daño concreta y simbólicamente.</p> <p>La obligación le corresponde en primera instancia al ofensor, pero la comunidad y la sociedad en general tienen obligaciones también.</p>	<p>La participación implica que las partes que se han visto afectadas por el delito – víctimas, ofensores, miembros de la comunidad– puedan ejercer roles importantes en la impartición de justicia.</p> <p>Todas, y cada una de las partes afectadas debe tener acceso a la información acerca de las otras, así como participación en el proceso de decidir qué se necesita para hacer justicia en el caso concreto.</p> <p>Se pueden realizar diálogos directos entre las partes por ejemplo, las conferencias víctima-ofensor, donde se comparten experiencias y se puede llegar a un consenso acerca de las acciones a adoptar.</p> <p>La comunicación se puede hacer por contactos indirectos, el uso de representantes u otras formas de participación.</p> <p>El principio de participación implica un número mayor de partes que el proceso judicial.</p>

³¹⁵ Zehr, Howard, *El pequeño libro...*, op. cit., Nota 307, pp. 29, 30 y 31.

Respecto de la participación, la justicia reconoce generalmente, el modelo confrontacional para que las partes se comuniquen, pero también reconoce que el Estado tiene un rol importante. Se debe resaltar la participación de todos aquellos que tengan un interés directo en el delito, es decir, quienes hayan sido impactados por él, quienes tengan un interés legítimo; en palabras de Howard Zehr, es importante “el “*quién*” y el “*cómo*”.³¹⁶

Para ello, los programas pueden adoptar diversas modalidades: encuentros entre la víctima y el ofensor, una conferencia familiar o un círculo. Los encuentros víctima-ofensor les permite conocerse como personas, hacerse preguntas directamente el uno al otro y llegar juntos a un acuerdo acerca de cómo reparar el daño y enmendar la situación. Le permiten a la víctima explicarle al agresor como el delito impactó en su vida o le hagan preguntas al respecto. Los ofensores al escuchar empiezan a comprender los efectos de su comportamiento y asuman su responsabilidad por sus acciones. En ocasiones el encuentro directo puede no ser apropiado, en estos casos la comunicación se puede realizar mediante cartas, grabaciones de audio o video, o con el uso de intermediarios que representan a la víctima.

Las partes son, principalmente, las víctimas y los ofensores inmediatos, pero también los miembros de la comunidad pueden verse afectados, considerándose incluso, como afectados directos. En muchas ocasiones, los programas de Justicia Restaurativa se utilizan en micro-comunidades o “comunidades de peligro” donde las personas viven próximas y se relacionan entre sí.

Las preguntas clave de la Justicia Restaurativa son:

- ¿Cuáles son las personas de la comunidad que se preocupan por estos individuos o por esta ofensa?
- ¿Cómo podemos involucrarlas en el proceso?

³¹⁶ *Ibidem*, pp. 32, 33 y ss.

Así, a manera de resumen, podemos establecer que la filosofía de la Justicia Restaurativa tiene cinco principios clave:

- 1) Centrarse en los daños y en las consiguientes necesidades de las víctimas, pero también en las comunidades de los ofensores.
- 2) Atender las obligaciones que estos daños conllevan, tanto para los ofensores como para las comunidades y la sociedad.
- 3) Usar procesos incluyentes y colaborativos.
- 4) Involucrar a todos aquellos que tengan interés legítimo en la situación, lo que incluye a las víctimas, los ofensores, otros miembros de la comunidad y a la sociedad en general.
- 5) Procurar enmendar el mal causado.

Por su parte, Virginia Domingo explica que con independencia de la herramienta utilizada por los programas de Justicia Restaurativa (mediación penal, conferencias o círculos restaurativos) se deben reunir ciertas características para que sean consideradas restaurativas:³¹⁷

- Se debe ofrecer una oportunidad para el encuentro.
- Poner énfasis en la reparación del daño. Si no se pueden reparar, se puede aminorar o bien proporcionar satisfacción moral: disculpas, acciones que hagan ver a la víctima que será difícil que se vuelva a cometer un nuevo delito.
- Se debe tener como objetivo primordial reintegrar a la víctima y al infractor. Ambos necesitaran ayuda para reintegrarse de nuevo la sociedad. El infractor necesita ayuda para cambiar su comportamiento, así como aceptar que la reparación es una prestación socialmente constructiva. La víctima necesitara ser asistida para recuperarse del impacto que le provocó el delito.
- Se debe posibilitar la inclusión de la víctima y del infractor en todos los procesos restaurativos (encuentros indirectos).

³¹⁷ Domingo, Virginia, *Justicia restaurativa, mucho más que mediación*, Burgos, Criminología y Justicia, 2013, formato ePub., pp. 13 y 14.

Para la autora en comento, los pilares básicos de la justicia restaurativa son:³¹⁸ compensación, reintegración, encuentro y participación y tienen coincidencia con las características. La compensación coincide con el segundo principio de la reparación del daño, que podrá ser muy variada: disculpas, devolución, restitución comprometerse a no hacer algo. La compensación se da como reconocimiento del hecho delictivo y asumir la responsabilidad.

La reintegración coincide con el objetivo de reintegrar a la víctima y al infractor, lo cual se logra despojándose, cada uno, de su rol. La víctima debe superar el trauma y el infractor convertirse en un ciudadano de bien. El encuentro se corresponde con la característica de dar oportunidad para el encuentro, ya sea de manera directa o indirecta.

Participación como principio se vincula con la característica de posibilitar la inclusión, sobre todo de la víctima, se traduce en que la víctima pueda encontrar las respuestas que la formalidad del sistema judicial nunca le proporcione, que se busque una solución, concreta y acorde con su voluntad, que satisfaga sus necesidades, así como las del infractor.

En este mismo orden de ideas, Luis F. Gordillo establece como principios de los programas de justicia restaurativa los siguientes:³¹⁹

- La reparación nace del movimiento a favor de la víctima y la recuperación de su papel en el proceso penal.
- La reparación cumple no solamente una función individual del autor respecto de la víctima, sino también a un fenómeno pacificador propio del Derecho penal.

³¹⁸ *Íbidem*, pp. 15 y 16.

³¹⁹ Santana Gordillo, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Editorial Iustel, 2007, pp. 72 y 73.

“Como punto de partida, podemos afirmar que el modelo de Justicia Restaurativa es un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro. Las tres notas esenciales del mismo serían: la idea de proceso, la noción de partes y la existencia de acuerdos restauradores”.

- El acto de reparación implica no solamente la reparación de la víctima, sino también un acto de arrepentimiento del actor y con ello un paso de interiorización.
- La reparación no se puede concebir como un sistema donde los delincuentes se sustraigan a la justicia penal o donde los más ricos puedan <<reparar>> mejor que los más necesitados.
- La reparación penal no se puede confundir con la indemnización civil de las víctimas porque ambas no siempre coinciden y ni siquiera los criterios que rigen su ponderación son iguales.
- La voluntariedad en la reparación es un punto crucial y un cambio en los esquemas clásicos del sistema penal donde parece que punición y consentimiento son muy compaginables.
- La reparación es parte de una justicia negociada pero no por eso más rápida.

Para concluir este punto, y no podría ser de mejor manera, lo hacemos con la definición, y para entender mejor dicha definición, las preguntas guía de la Justicia Restaurativa expuestas por Howard Zehr:³²⁰

“La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.

...

Preguntas guía de la justicia restaurativa

1. ¿Quién ha dañado?

³²⁰ Zehr, Howard, *El pequeño libro...*, op. cit., Nota 307, pp. 46 y 47.

2. ¿Cuáles son sus necesidades?
3. ¿Quién tiene la obligación de atender esas necesidades?
4. ¿Quién tiene algún tipo de interés en esta situación?
5. ¿Cuál es el proceso más apropiado para involucrar a todas las partes en un esfuerzo por enmendar el daño?"

En este contexto, y para un mejor entendimiento, a continuación, exponemos la comparación entre la Justicia Restaurativa (formal/judicial) y la Justicia Restaurativa.³²¹

	RETRIBUTIVA	RESTAURATIVA
Delito	Infracción a la norma	Conflicto entre personas
Responsabilidad	Individual	Individual y social
Control	Sistema penal	Comunidad
Protagonistas	Infractor y el Estado	Víctima y victimario
Finalidad	Probar delitos Establecer culpas Aplicar castigos	Resolver conflictos Asumir responsabilidades Reparar el daño
Tiempo	Basado en el pasado	Basado en el futuro

3.2.3.- Los Medios Alternativos en el Derecho Internacional

En el ámbito Internacional podemos encontrar diversos instrumentos que intentan definir y promover los Medios Alternativos de Solución de Controversias o Conflictos y, por ende, la Justicia Restaurativa. De primera instancia, tenemos la Declaración de las Naciones Unidas *Sobre los principios fundamentales de justicia*

³²¹ Eiras Nordenstahl, Ulf, Christian, *Mediación penal... op. cit.*, Nota 273, p. 30. Cfr. Highton, Elena I., *et. al.*, *Resolución alternativa de conflictos...*, *op. cit.* Nota 287, *passim*.

para las víctimas de delitos y abuso de poder de 1985.³²² Establece la conceptualización de la víctima, los principios básicos que las legislaciones estatales deben seguir para su correcta protección y, particularmente a nuestro tema, las bases para una correcta restitución y/o reparación.

Si bien, no lo hace de manera expresa, estima que los procedimientos para la reparación del daño sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles; además de que los procedimientos judiciales y administrativos deberán adecuarse a las necesidades de las víctimas:

“5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

...

c) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sea presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia correspondiente”.

Por su parte, las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*,³²³ continúan esta idea de transformar el *ius puniendi* y que la comunidad sea más participativa en el sistema de justicia, y el sentido de responsabilidad social de los delincuentes:

³²² Resolución 40/34, *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder*, del 29 de Noviembre de 1985, disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/40/34&Lang=S>

³²³ Resolución 45/110, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio) del 14 de diciembre de 1990, disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=%20A/RES/45/110&Lang=S>

“1.2 Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad”.

Concretamente, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, con arreglo en lo dispuesto en las resoluciones 199/26, de 28 de julio de 1999, y 2000/14, de 27 de julio de 2000, del Consejo Económico y Social³²⁴, a partir de los trabajos del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa apoyaron la idea de promover medidas de Justicia Restaurativa en el ámbito de los sistemas de justicia penal; opinando que la Justicia Restaurativa es complementaria a la justicia penal y no su remplazo:

“I. Definiciones

1. Por “programa de justicia restaurativa” se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.

³²⁴ Resolución 2000/14 *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal* (E/2000/30), disponible en: <http://www.unisdr.org/files/resolutions/N0061037.pdf>

“Preámbulo

El Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa:

Recordando que en el mundo entero ha habido un significativo aumento de las iniciativas en materia de justicia restaurativa,

Reconociendo que esas iniciativas a menudo se basan en formas de justicia tradicionales e indígenas en las que el delito se considera fundamentalmente un daño a la persona,

Recalcando que la justicia restaurativa es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades,

Destacando que este enfoque permite a los afectados por el delito compartir francamente sus sentimientos y experiencias y tiene por objeto atender a sus necesidades,

Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia,

Observando que la justicia restaurativa da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y complementan esos sistemas, teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas, sociales y culturales,

Reconociendo que el uso de la justicia restaurativa no menoscaba el derecho de los Estados de perseguir a los presuntos delincuentes,

Recomienda que se establezcan los Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, anejos a la presente resolución, para orientar la elaboración y el funcionamiento de los programas de justicia restaurativa de los Estados Miembros”.

2. Por “proceso restaurativo” se entiende 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.

3. Por “resultado restaurativo” se entiende un 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 delincuente.

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

5. Por “facilitador” se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo”.

Así, encontramos las definiciones de: programa, proceso restaurativo, resultado restaurativo, partes y facilitador. Cabe destacar que de ninguna de las definiciones se desprende la idea de que se exima de la pena al delincuente por una negociación o transacción económica con la víctima, o que ésta lo tenga que perdonar.

3.2.4.- Cuándo es alternativa la Justicia Restaurativa

Al hablar de Medios Alternativos de Solución de Conflictos y, concretamente los programas de Justicia Restaurativa, nos surge la primera y mayor duda: ¿Qué debemos entender por “alternativo”? Gabriela Rodríguez explica que la alternatividad debe ser entendida, en nuestro caso, como la relación estructural entre los programas de Justicia Restaurativa y el sistema de procesamiento o enjuiciamiento penal.³²⁵

En este sentido, los programas de Justicia Restaurativa pueden ser alternativos al sistema penal, al proceso penal, a la pena en general y a la pena privativa de libertad. Serán alternativos al proceso penal cuando no se ha activado, de ninguna manera, el sistema de justicia (no se ha hecho denuncia, siempre y cuando no se trate de un delito grave o crimen, o querrela). Serán alternativos al juicio si al momento de la derivación del caso, éste ya se ha iniciado y no se haya sustanciado el juicio de culpabilidad (en el caso mexicano es hasta antes de la apertura de juicio oral, en el caso español sería mientras el fiscal no ha requerido válidamente la instrucción o cuando el Juez se ha abocado al conocimiento de un caso que ha llegado por prevención policial directa).

Serán alternativos a la pena cuando la derivación se dé después del juicio de culpabilidad, pero antes de la individualización de la pena y, por último, será alternativo a la pena privativa de libertad cuando el caso sea derivado una vez individualizada la pena pero se deje en suspenso su cumplimiento, a espera del resultado de algunas de las formas de Justicia Restaurativa.

³²⁵ Rodríguez Fernández, Gabriela, “Introducción. ¿Resolver alternativamente conflictos penales?” en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 6, 7.

3.2.5.- El conflicto penal

Recordemos, que de manera general (en la parte anterior de nuestra investigación), establecimos que el conflicto es inherente a la persona, que se podría traducir en un motor de cambio y crecimiento del individuo, dependiendo en la manera en que se afrontará.

En otras materias, también ya lo dijimos, los conflictos que le competen a la mediación son aquellos interpersonales o intersubjetivos, es decir aquellos en donde existe una relación entre las partes en las que ambas procuran la obtención de objetivos que pueden ser o son percibidos por alguna de las partes como incompatibles. Concretamente nos referiremos también a los conflictos que tienen o se traducen en una cuestión jurídica.

Pero en la materia penal, aunque en algunos casos pudieran darse conflictos derivados de la comisión de un acto delictivo con estas características, ésto no siempre es así; por ejemplo, los delitos que no tiene una víctima concreta o cuando no hay una relación previa entre víctima y victimario. Pero aún en estos casos se genera un conflicto, donde hay personas afectadas y con objetivos considerados como incompatibles entre ellos.

Independientemente del tipo de delito, el Estado (con la concepción de la acción pública) arrebató el conflicto a las personas que originalmente estuvieron involucradas. Dicha expropiación se da mediante la realización de procedimientos formales por parte de órganos extraños a la situación, capaces de dar respuestas que, muchas veces, son completamente “incomprensibles” o “ridículas” para el autor de la conducta y la víctima. La víctima lo es frente a su agresor y, también frente al Estado.³²⁶

La idea de protección de bienes jurídicos, derivada de las ideas contractualistas,³²⁷ estableció a favor del Estado facultades que deberían ser de la

³²⁶ Highton, Elena I., *et. al.*, *Resolución alternativa de conflictos...*, *op. cit.* Nota 287, p. 40.

³²⁷ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, 10 ed., México, Porrúa, 1996, p. 14.

víctima, convirtiéndose en titular del conflicto en la búsqueda y protección del bien común. Dicha noción de bien jurídico convirtió a la víctima en algo objetivo, donde la protección al bien jurídico fue más allá del daño real, material y moral provocado a la persona concreta, con el objetivo de preservar la paz jurídica.

El bien jurídico, a la luz de la teoría del delito, es el elemento rector de la interpretación del tipo, así como para la fijación de la punibilidad. El intervalo de punibilidad dependerá del valor –jurídico– del bien protegido; por lo que, hay una jerarquización de los bienes tutelados y, por ende, una jerarquización de las punibilidades. Toda esta jerarquización se hace con base en una abstracción legislativa que, de ninguna manera, toma en cuenta las circunstancias y entorno en que se comete la conducta.³²⁸

CAPÍTULO PRIMERO

La soberanía es inalienable

La primera y más importante consecuencia de los principios establecidos, es la de que la voluntad general puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común; pues si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de sociedades, la conformidad de esos mismos intereses es lo que ha hecho posible, su existencia. Lo que hay de común en esos intereses es lo que constituye el vínculo social, porque si no hubiera un punto en el que todos concordasen, ninguna sociedad podría existir.

Afirmo, pues, que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, jamás deberá enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se transmite, pero no la voluntad.

En efecto, si no es posible que la voluntad particular se concilie con la general, es imposible, por lo menos, que este acuerdo sea durable y constante, pues la primera se entiende, por su naturaleza, a las preferencias y a la segunda a la igualdad. Más difícil aún es que haya un fiador de tal acuerdo, pero dado el caso de que existiera, no sería efecto del arte, sino de la casualidad. El soberano puede muy bien decir: “yo quiero lo que quiere actualmente tal hombre, o al menos, lo que dice querer”; pero no podrá decir: “lo que este hombre querrá mañana yo querré”, puesto que es absurdo que la voluntad se encadene para lo futuro, y también porque no hay poder que pueda obligar al ser que quiere, a admitir o consentir en nada que sea contrario a su propio bien. Si, pues, el pueblo promete simplemente obedecer, pierde su condición de tal y se disuelve por el mismo acto: desde el instante en que tiene un dueño, desaparece el soberano y queda destruido el cuerpo político”.

³²⁸ Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis Lógico de los delitos contra la vida*, 5ªed., México, Porrúa, 2004, 32 y 33.

“Bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo penal.

El bien jurídico es el elemento básico en la estructura del tipo y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico-penal. La lesión que se le infiere o, al menos, el peligro a que se le expone, da lugar, excepto en los casos en que operan aspectos negativos, a la concreción de la punibilidad.

A partir del bien jurídico se derivan las conductas idóneas para producir su lesión. Asimismo, del bien jurídico depende la cantidad y las clases de elementos que han de incluirse en el tipo legal. La mayor o menor amplitud de la protección que se quiera dar al bien condicione el número y la clase de elementos. Para una protección amplia, una menor cantidad de elementos; y para una protección limitada, un mayor número de ellos”.

En este sentido, el conflicto quedó reducido a la relación Estado-súbdito y, procesalmente hablando, a la persecución del imputado por parte del Estado. La víctima fue alejada del proceso y del conflicto, ante el objetivo de protección abstracta de bien jurídico y no de la persona.

En un proceso penal existen cuestiones que no son tomadas en cuenta en el momento de juzgar, la conducta realizada puede tener en juego tensiones entre los diversos autores, que pueden influir en el comportamiento, pero que nada tienen ver con la concepción del delito desde la óptica de la dogmática jurídico-penal, ni con el proceso, pero que en un modelo de Justicia Restaurativa pueden ser más importantes que el llegar a un acuerdo.³²⁹

La Justicia Restaurativa es un intento por replantear las necesidades que generan las conductas delictivas, así como los roles implícitos en ellas, necesidades que el proceso judicial no atiende. Al ampliar el círculo de los interesados/afectados que tienen algún interés o rol directo en un caso determinado, lo cual incluye no solo al Estado y al ofensor, sino también a la víctima y a otros miembros de la comunidad. De esta forma, debe quedar claro que, no se trata de eliminar (privatizar) la pretensión punitiva del Estado, sino atender las necesidades de las personas y la comunidad, que se tenían en el olvido.

³²⁹ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal, ... op. cit.*, Nota 273, pp. 91 y 92.

“Dos causas se iniciaron simultáneamente. En una de ellas el dueño de una panadería denunciaba que un empleado lo había agredido y amenazado. En la otra, el referido empleado denunciaba al patrón por retener indebidamente efectos de su propiedad que estaban guardados en un armario del personal. Convocados a una audiencia de mediación, ambos concurrieron con sus abogados. A través de las entrevistas privadas el mediador pudo armar la historia. El patrón en todo momento decía que la otra parte era un excelente empleado, pero que debido a su adicción al alcohol llegaba permanentemente tarde y no cumplía con su trabajo. El empleado, por su parte, reconocía al otro como una muy buena persona, que inclusive había tomado a su hija como empleada de mostrador en la panadería, reconocía su adicción y su frustración al no poder sostener un tratamiento en alcohólicos anónimos. Había existido un episodio de violencia entre ambos, a resultas de una nueva llegada tarde del empleado. Este se retiró del lugar de trabajo y no regresó más. Manifestaba su angustia por la vergüenza que decía tener por lo sucedido. Entre las denuncias y la audiencia se habían cursado sendos telegramas laborales. Al pasar a la reunión conjunta, las partes volvieron a reconocer los aspectos positivos del otro y espontáneamente se disculparon mutuamente, comprometiéndose el Patrón a devolver los objetos que habían quedado en la panadería. El mediador propuso entonces a las partes la posibilidad de aprovechar el espacio y el buen diálogo a fin de resolver la cuestión laboral. Luego de consultar en forma privada con sus abogados, llegaron a un acuerdo respecto de la desvinculación laboral que quedó asentado en el acta para luego homologarlo en la sede del Ministerio de Trabajo”.

Howard Zehr, describe y explica cuáles son las necesidades, derivadas del conflicto producido por crimen o delito, que deben ser atendidas de la víctima, de la comunidad y del propio ofensor:³³⁰

NECESIDADES		
VÍCTIMAS	OFENSORES	COMUNIDAD
<p>Información. Se les debe dar respuestas a sus preguntas concretas (¿Por qué sucedió? ¿Qué ha sucedido después del hecho?). Necesitan información real, no especulaciones, ni tampoco informaciones técnicas-legales. Acceso a los ofensores que posean dicha información.</p> <p>Narración de los hechos. La posibilidad de poder relatar su historia a aquellas personas que les causaron el daño y poder mostrarles el impacto que tuvieron sus acciones.</p> <p>Control. Es frecuente el sentimiento de pérdida de control después de un delito (de sus bienes, cuerpos, emociones y sus sueños). La participación directa y activa puede contribuir a recuperar el sentido de control.</p> <p>Restitución o reivindicación. Se pueden restituir los bienes materiales, pero también, el reconocimiento simbólico representado en la restitución es igualmente importante. Cuando el ofensor hace un esfuerzo para reparar el daño</p>	<p>Se debe fomentar la responsabilidad activa del ofensor, pero la justicia retributiva (basada en el castigo) no es capaz de hacerlo entender las consecuencias de sus acciones ni que desarrolle empatía por la víctima.</p> <p>El proceso y el castigo, no implica una responsabilidad activa real antes, al contrario, exacerbaban la alienación social percibida por el ofensor.</p> <p>La responsabilidad activa implica motivarle para que comprenda el impacto de sus acciones (los daños ocasionados) e instarle para dar pasos concretos para reparar los daños en la medida de lo posible (pensando en las víctimas).</p> <p>Si queremos que los ofensores asuman sus responsabilidades, modifiquen su comportamiento y se conviertan en miembros útiles de la sociedad, se deberán atender también sus necesidades.</p>	<p>Si el Estado actúa a nuestro nombre se pierde el sentido de comunidad.</p> <p>Las comunidades también sufren el impacto del crimen, ya que –en muchos casos– tanto la víctima como el ofensor pertenecen a la misma.</p> <p>En este sentido, las comunidades también deben ser consideradas como partes interesadas en su calidad de víctimas secundarias.</p> <p>Las comunidades necesitan de la justicia:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ser reconocidas y atendidas como víctimas. • Oportunidades para desarrollar un sentido de comunidad y responsabilidad de los unos por los otros. • Motivación para asumir sus responsabilidades en pro del bienestar de todos sus miembros, incluidas las víctimas y los ofensores, y fomentar las condiciones para crear y sostener

³³⁰ Zehr, Howard, *El pequeño libro...*, op. cit., Nota 307, pp. 19, 20, 21 y ss.

causado, aunque sea de manera parcial. En cierto modo está diciendo: "Reconozco que yo soy responsable y que tú no tienes la culpa".		comunidades sanas.
--	--	--------------------

3.2.6.- Modelos de Justicia Restaurativa

Los principales modelos de Justicia Restaurativa tienen como característica en común un encuentro entre las principales partes involucradas, por lo menos la víctima y el ofensor. En el caso de que no fuera propicio el encuentro directo, se pueden realizar los encuentros a través de representantes o substitutos, en ocasiones el uso de cartas o videos sirven de preparación para el encuentro directo, en otras ocasiones esas mismas herramientas son de ayuda para descartar el encuentro directo.

3.2.6.1- Según los participantes

Howard Zehr explica que hay tres modelos que dominan en el ámbito de la Justicia Restaurativa: las conferencias víctima-infractor (normal y malamente conocidas como mediación penal), las conferencias familiares y los círculos. Los tres modelos ofrecen a los participantes la posibilidad de explorar hechos, sentimientos y resoluciones. Se les anima a expresarse y esforzarse por lograr resultados aceptables para todos; en otras palabras, se busca que se reconozca el daño, que se restaure la equidad, y que se discutan los planes y expectativas para el futuro.³³¹

Las conferencias víctima-ofensor se realizan con los directamente involucrados, se debe trabajar individualmente con cada una de las partes y, una vez dado su consentimiento, un facilitador capacitado organiza y dirige la reunión y guía el proceso. No es nada raro que se llegue a un acuerdo de restitución que,

³³¹ *Ibidem*, p. 55, 56 y ss.

dependiendo la legislación, podrá tener diversos efectos procesales. En algunos casos podrá intervenir la familia, pero sólo como respaldo a las partes.

En **las conferencias familiares** se incluyen los familiares y/u otras personas importantes para las partes directamente involucradas. En el caso del ofensor, la presencia de los familiares de éste, le ayuda a asumir la responsabilidad por sus acciones y a cambiar su comportamiento. En algunos casos se puede incluir en la conferencia a algún representante del sistema penal. Un elemento que tienen en común las conferencias familiares es la realización de un consejo familiar, donde el ofensor y su familia se retiran a otra habitación para conversar acerca de lo que ha sucedido y elaboran una propuesta que se presentará a los demás participantes, principalmente a la víctima.

En nuestra opinión, una de las esenciales funciones de las conferencias familiares es el que con la participación de la familia se puede lograr un plan completo para el ofensor, incluyendo no sólo las reparaciones a la víctima así como elementos de prevención y hasta sanciones.

*“Podemos decir, entonces que las conferencias familiares amplían el círculo de participantes, incluyendo a familiares u otras personas clave para los involucrados, y tal vez a funcionarios del sistema de justicia. Por lo menos en el modelo neozelandés, una conferencia puede incluir un consejo familiar, mientras que el facilitador puede ejercer un rol más amplio y tal vez menos “neutral” que en una conferencia víctima ofensor”.*³³²

En general **los círculos** (usados originalmente en las naciones aborígenes de Canadá) se utilizan para diversos fines: Círculos de sentencia para casos penales, círculos de sanación como preparación de un círculo de sentencia, círculos para resolver una gran gama de conflictos (laborales, comunitarios, escolares, etc.). Lo que se pretende es ampliar al máximo el espacio de participación.

³³² *Ibidem*, p. 61.

Las discusiones realizadas en los círculos son más abarcadoras en cuanto a su contenido, ya que la comunidad está involucrada. Se llegan a discutir las situaciones que están generando los delitos dentro de la comunidad, la necesidad de apoyo que tienen las víctimas y los ofensores, así como las obligaciones que la comunidad pueda tener.

3.2.6.2- Según la sede

Dependiendo de si los encuentros son practicados por instancias extrajudiciales o de carácter judicial, o bien se encuentran adscritas a órganos de dicha índole; así, se podrá hablar de encuentros (sobre todo mediación) derivados o retenidos. Será **mediación penal retenida**, si es realizada por facilitadores pertenecientes a los órganos de procuración e impartición de justicia, o inclusive por los propios funcionarios de estas instituciones. Una de las principales críticas a la mediación penal retenida cuando la realiza el propio Juez o Ministerio Público, es porque se rompe la “horizontalidad” entendida como ausencia de acto de autoridad; ya que, el funcionario judicial que hace las veces de facilitador conserva de forma implícita un poder sobre los mediados y pudiera ejercer un acto de autoridad. La mediación penal retenida también atenta contra la neutralidad, la voluntariedad y la confidencialidad.³³³

En caso de que la mediación sea realizada en dependencias ajenas a la procuración y administración de justicia será **mediación penal derivada**. Una vez finalizada, con independencia de que se haya llegado a un acuerdo o no, se le informa al órgano que les encomendó la intervención y ésta podrá, según sea el caso, archivar (Ministerio Público) o sobreseer el asunto (Juez). La mediación se podrá remitir a estructuras sociales tales como: centros de mediación, organizaciones de ayuda a la víctima, centros comunitarios, organizaciones estatales, instituciones privadas, e individuos particulares.

3.2.6.3- Por las consecuencias procesales

³³³ Esther Zayat, Valeria, “El modelo catalán: un ejemplo de sistema penal abierto”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 225 y 225.

Antonio del Moral hace una clasificación en virtud de los efectos procesales que pudieran tener los encuentros: como alternativa al proceso, como alternativa a la pena, la reparación concebida como pena y como mitigación a la pena.³³⁴

- **Como alternativa al proceso (desviación).** Con la firma de un acuerdo se sobresee el caso, condicionado al cumplimiento del mismo. Se requiere de una vigilancia del cumplimiento para que surta sus efectos. En algunas legislaciones se asocia (erróneamente) la figura del perdón del ofendido.
- **Como alternativa a la pena.** Después del juicio de culpabilidad, pero no individualizada la pena, ante la llegada de un acuerdo se puede conmutar la pena, también se requiere vigilancia del cumplimiento del acuerdo. En las legislaciones donde no está contemplada de manera expresa se asocia la figura del indulto.
- **Reparación concebida como pena.** Una vez establecida la pena, ante la llegada del acuerdo, se puede sustituir aquella, cuando se tenga por reparado el daño mediante trabajos a favor de la comunidad o, inclusive a favor de la propia víctima.
- **Como mitigación de la pena.** Como hemos visto, los programas de Justicia Restaurativa atienden las necesidades de los infractores, en ese sentido, un acuerdo firmado entre las partes puede ayudar a la reinserción social del ofensor, por lo que puede ser tomado en cuenta para acceder a una sustitución de penas, para la obtención de algún beneficio de pre liberación o la disminución de la condena, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos establecidos en la ley para cada caso.

3.2.6.4- Otras clasificaciones

Elena I. Highton, Gladys S. Álvarez y Carlos G. Gregorio³³⁵ nos ofrecen una de las clasificaciones más completas y detalladas de los tipos de programas de Justicia Restaurativa:

³³⁴ Del Moral García, Antonio, “La mediación en el proceso penal. ...” *op. cit.*, Nota 313, pp. 68 y 69.

³³⁵ Highton, Elena I., *et. al.*, *Resolución alternativa de conflictos...*, *op. cit.* Nota 287, pp. 203, 204 y 205.

- *“Por su relación con los tribunales:*
 - *independientes: fundan todo el proceso sobre bases totalmente voluntarias; voluntaria es la presencia de la gente, voluntario es el cumplimiento del acuerdo;*
 - *semi-independientes: el caso entra en el sistema, pero puede derivarse en cualquier estadio (policial, durante el proceso, durante el cumplimiento de condena) de forma incondicional al centro de mediación;*
 - *dependientes: son los tribunales los que remiten los casos al centro de mediación después de enjuiciarlos y antes de la condena, para intentar llegar a un acuerdo que, en el supuesto de no alcanzarse o de vulnerarse, dará pie a una nueva intervención del sistema penal formal.*
- *Por sus objetivos:*
 - *mejora las relaciones interpersonales, del entendimiento y la reconciliación entre los ofensores y víctimas;*
 - *indemnización de las víctimas y reforma de los criminales.*
- *Por los profesionales convocados:*
 - *mediadores estudiantes de derecho voluntarios;*
 - *mediadores voluntarios de vecindad;*
 - *mediadores agentes especializados (psicólogos, asistentes sociales).*
- *Por el tipo de delitos de casos abordados:*
 - *sin limitación de asuntos;*
 - *concentrados en delitos violentos (delitos contra consumidores, estafas, delitos laborales, vivienda, etcétera);*
 - *con admisión de casos violentos (en particular violencia doméstica);*
 - *centrados en delincuencia juvenil.*
- *Respecto del método de trabajo existen ciertos principios básicos:*
 - *la cuestión no reside en dirimir culpas ni culpables, sino en alcanzar una solución;*
 - *se admite que los conflictos son anormales, pero que la violencia no es, en ningún caso, aceptable;*
 - *el proceso por el que se puede llegar a un acuerdo cumple una función tan importante como el propio acuerdo.*
- *Más allá de estos principios, existe diversidad de métodos:*
 - *realización de encuentros cara a cara entre la víctima y el ofensor;*

- *reuniones entre diversos grupos de víctimas y ofensores;*
- *actuación de los mediadores como intermediarios, sin necesidad de realizar encuentros.*
- *Respecto de las medidas adoptadas acostumbra consistir en:*
 - *una disculpa al ofendido;*
 - *la reparación del daño causado a la propia víctima;*
 - *algún tipo de trabajo social.*
- *Respecto de la relación de la mediación con el sistema penal formal:*
 - *derivación como diversión, desviación o con efecto sustitutivo de proceso y de la pena;*
 - *derivación que no tiene efecto sobre el procedimiento penal si sobre la pena.*
- *Respecto de los criterios de evaluación. Debido a la diversidad de centros con su propia dinámica, es difícil establecer un criterio único. Sin embargo, los datos que se recogen habitualmente tienden a verificar:*
 - *cuánta gente acude;*
 - *cuantos acuerdos consiguen;*
 - *si quedan satisfechos víctimas y ofensores de la experiencia;*
 - *si se cumplen los acuerdos;*
 - *si importan los prejuicios y las racionalizaciones de las partes;*
 - *si sirven como alternativa al sistema penal; es decir, si consiguen derivar a los infractores hacia fuera del régimen formal.*

Es oportuno evidenciar que todas estas clasificaciones de no deben tomarse como números *clausus*; cada programa, en la práctica, maneja diferentes pautas que hacen que las clasificaciones se puedan combinar.

3.2.7.- Mediación penal

Uno de los modelos más utilizados y famosos, que inclusive sirve de referencia para englobar –erróneamente– a los programas de Justicia Restaurativa, es la mediación penal. Virginia Domingo define a la mediación penal como: “*un procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a*

*favor del ofendido o la víctima y cuando no sea posible realizarlo ante el ofendido se llevará a cabo ante la comunidad”.*³³⁶

Por su parte, Antonio del Moral concibe la mediación penal como: *“un sistema de gestión de conflictos donde una parte neutral (mediador) con carácter técnico y en posesión de conocimientos, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en un delito..., en calidad de víctima e infractor a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica”.*³³⁷

A través de este modelo se intenta rescatar la credibilidad y eficacia del sistema de justicia penal mediante la apertura hacia la diversidad. La paz y la justicia social se pueden alcanzar por otras vías complementarias al ámbito judicial; debemos crear una cultura para que las personas entiendan que la impartición de justicia no se limita, únicamente, a la impartición de sentencias. Para entender adecuadamente la mediación penal, debemos tener en cuenta los siguientes puntos.³³⁸

- Es un proceso;
- Voluntario;
- Gratuito;
- Confidencial;
- Complementario al sistema de justicia;
- Intervención de un tercero imparcial;
- Informal, pero con estructura;
- No privativo de derechos (las partes siempre pueden desistir de la mediación y optar por la vía judicial; y
- En algunos casos, puede descongestionar la carga de trabajo del sistema de justicia.

³³⁶ Domingo, Virginia, *Justicia restaurativa... op. cit.*, Nota 317, p. 17.

³³⁷ Del Moral García, Antonio, “La mediación en el proceso penal. ...” *op. cit.*, Nota 313, p. 51.

³³⁸ Domingo, Virginia, *Justicia restaurativa... op. cit.*, Nota 317, p. 18.

En este contexto, la víctima que tenga interés cuenta con la posibilidad de reunirse con el ofensor en un escenario seguro y estructurado, pudiendo hacer preguntas, recibir información y expresar sus sentimientos; así puede obtener un cierre del incidente, liberar su ira y cualquier otra emoción. Los infractores consiguen empatizar con sus víctimas y verlas como personas, tiene la oportunidad para responsabilizarse, reducir la vergüenza dañina y buscar la reparación del daño.³³⁹

Se debe asumir la mediación penal como un modelo preventivo de curación social que puede servir para difundir en la comunidad una nueva manera de solucionar los conflictos derivados de una conducta delictiva. También tiene un efecto propedéutico, ya que la mediación (en cualquiera de sus ámbitos) se traduce en una instancia de aprendizaje en sobre comunicación y cooperación, aprendizaje que acompañará a los individuos durante toda su vida y sus interacciones, con independencia de si se llegó, o no, a un acuerdo formal.³⁴⁰

La mediación penal resulta muy conveniente cuando en las conductas delictivas involucran a personas que tiene algún tipo de relación permanente (familiares, laborales, vecinales, etc.); en este caso, los delitos afectan a miembros de una misma familia, grupo o comunidad que nunca tienen algún tratamiento especial en la legislación procesal. Al destinar espacios destinados a la reflexión y modificación de conductas, puede permitir el restablecimiento de los vínculos entre las personas, ya que el futuro podría seguir compartiendo el mismo espacio (casa, oficina, club, barrio, etc.).

También la sociedad, en su conjunto, obtiene beneficios, en primer lugar, evitar la escalada de violencia. El simple hecho de denunciar, condenar o hacer cumplir una pena, logran calmar los ánimos, cerrar heridas o terminar con el conflicto. Para nadie es un secreto, que en muchos casos el proceso penal (y la sentencia) hacen crecer la violencia existente o precipitar a las personas a la realización de actos de venganza (individuales o de la comunidad).

³³⁹ *Ibidem*, p. 19.

³⁴⁰ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal, ... op. cit.*, Nota 273, pp. 35, 36 y 37.

Desde la perspectiva de la reinserción social, mediante el reconocimiento de sus responsabilidades (reparación activa), la empatía con la víctima y asumiendo compromisos a futuro, es más sencillo que el ofensor modifique su comportamiento, ya que es la misma comunidad la que le brinda esa posibilidad.

3.2.7.1- Modelos de mediación penal

Los autores Elena I. Highton, Gladys S. Álvarez y Carlos G. Gregorio, de manera enunciativa más no limitativa, indican que los modelos de mediación penal más populares son: la mediación pura, desarrollo del caso a través del trabajo social y el modelo humanista.³⁴¹

La mediación pura replica el modelo de la mediación civil, privilegia la eficiencia del sistema de justicia al concluir los asuntos de manera rápida y la efectividad al pedir que se produzcan los acuerdos. Una vez que se derivan los asuntos se contacta a las partes mediante cartas, se da seguimiento a las invitaciones por vía telefónica para hacer un análisis de la aptitud del caso. No hay reuniones previas individuales con las partes, éstas pasan a mediar sin preparación previa. Como críticas a este modelo se dice que pueden provocar una doble victimización ya que el mediador no está preparado para las posibles confrontaciones entre las partes. Utilizada para delitos y ofensas menores sin violencia.

El modelo de desarrollo del caso a través del trabajo social tiene como base el acercamiento de las partes después de un arduo trabajo preparatorio previo. Se involucra a todas las partes antes que puedan estar frente a frente. Hay un análisis previo del facilitador para analizar si el caso es admisible y pertinente para mediación. Este modelo tiene como objetivo establecer una relación inspiradora de confianza y exenta de actitud de juzgamiento en lo que atañe al ofensor. Si obtiene la confianza es más factible que las partes sean honestas el uno con el otro.

En este caso, el mediador ayuda a las partes a identificar los efectos de la ofensa y lo que puede ser significativo para ellas, sobre todo para la víctima. Los

³⁴¹ Highton, Elena I., *et. al.*, *Resolución alternativa de conflictos...*, *op. cit.* Nota 287, pp. 132, 133 y ss.

ofensores encuentran la manera de expresar sus sentimientos respecto del hecho cometido. El proceso de preparación ayuda a encontrar, asistir y resolver, a las partes necesidades previas (como ayuda psicológica) así como pensar si la mediación es beneficiosa o adecuada para ellos.

Por su parte, **el modelo humanístico de la mediación** intenta una aproximación de diálogo y ayuda mutua entre las personas. El énfasis del mediador será dar poder a cada individuo para que sea el dueño de su propio conflicto, discutir sobre el impacto en cada uno y asistirlos para que ellos determinen el modo más conveniente de resolución, que se puede traducir, o no, en un acuerdo por escrito. Este modelo tiende hacia un plano de armonía social y pacificación de las comunidades. Es de vital importancia la preparación previa y por separado con cada una de las partes.³⁴²

Este último modelo de mediación puede aplicarse a delitos graves, lleva más tiempo que otros, sobre todo para la preparación del encuentro (días, meses o años), por lo que es muy recomendable en la etapa de ejecución de la pena.³⁴³ Es totalmente voluntaria para ambas partes, normalmente es a solicitud de la víctima. La mediación del conflicto no es lo primordial de la reunión en los delitos graves, ya que puede haber poco o nada que reparar o restituir (por ejemplo, en un homicidio). En estos casos, el propósito es brindarle a la víctima un espacio seguro para tener un

³⁴² *Ibidem*, p. 137.

Respecto del modelo humanístico los autores en comento explican:

“Este modelo, dirigido hacia el diálogo, puede llevar mayor tiempo que otros, pudiendo durar las sesiones una hora o más. Estos programas tienen en contra los mayores costos de transacción con menores éxitos a la vista que otro tipo de intervenciones más eficientes. Por ello, estos programas son menos atractivos para las burocracias, ya que van despacio. Los que favorecen y creen en este criterio transformativo, opinan que quienes manejan los fondos y dictan las políticas no alcanzan a veces a entender el alcance de los servicios que pueden ofrecer, pues pocas profesiones dan valor a ciertas cosas como aprender a explorar las implicancias emocionales y los desequilibrios de poder en las relaciones. Las metas transformativas van más allá del modo en que muchos ven el mundo, donde se privilegia la eficiencia. Sobre la cual van sobre seguro. No obstante, reconocen que hay que tener cuidado en la mediación víctima-victimario de no pasar el límite hacia el otro lado y practicar terapia sin red.”

³⁴³ González Cano, Isabel, Ríos, Julián, *et. al.*, “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación”, en *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador, un programa para su regulación*, coord., Concepción Sáez Rodríguez, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2008, p. 316.

encuentro estructurado con el autor del hecho, como atención a su necesidad de facilitar el proceso de recuperación.³⁴⁴

3.2.7.2- Características

Las características que deben ser observadas en el encuentro víctima-victimario (mediación penal) son prácticamente las mismas que cualquier otra mediación o medio alternativo de solución de conflictos, pero con algunas peculiaridades debido a que la materia penal tiene sus complejidades:³⁴⁵

- **Voluntariedad.** Las partes siempre deben de tener la posibilidad de desestimar esta vía, por eso son importantes las reuniones previas por separado, para poder explicares el objetivo del encuentro, sus características, alcances y efectos. La voluntariedad debe ser material y no solo formal, ya que en caso de existir presión o imposición –indirecta– no podrá hablarse de diálogo que es la clave del encuentro; en otras palabras, no debe haber ninguna consecuencia negativa en caso de no aceptar el proceso de mediación penal, sobre todo para el imputado.³⁴⁶

³⁴⁴ Highton, Elena I., *et. al.*, *Resolución alternativa de conflictos...*, *op. cit.* Nota 287, pp. 144, 145 y 146.

Respecto a la mediación penal en delitos graves:

“Las causas de homicidio y otras ofensas criminales violentas tienen ciertas características distintivas:

- *intensidad emocional;*
- *extrema necesidad de una actitud que no implique juzgamiento;*
- *mayor preparación del caso por parte del mediador (6 a 18 meses);*
- *múltiples entrevistas o reuniones con las partes por separado previas a la sesión conjunta;*
- *múltiples conversaciones telefónicas;*
- *negociación con los oficiales del instituto penal de detención a fin de asegurar acceso al interno y poder llevar a cabo la mediación en la prisión;*
- *adiestramiento de los participantes en la comunicación de sentimientos intensos;*
- *clarificación de los límites del procedimiento (mediación versus terapia). Selección de casos”.*

³⁴⁵ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal...* *op. cit.*, Nota 273, p. 60, 61, 62 y ss.

³⁴⁶ Del Moral García, Antonio, “La mediación en el proceso penal. ...” *op. cit.*, Nota 313, p. 55.

Refiriéndose al modelo español, el autor indica:

“Eso acarrea que la negativa a someterse al proceso de mediación no debe comportar ninguna consecuencia negativa. Ni penal, ni extrapenal. La posición procesal o penal del imputado no puede verse agravada por su rechazo a un proceso de mediación. Esto en teoría está claro. En la práctica, no tanto. Cuando el número de asuntos derivados es relativamente bajo y manejable, el peligro se aleja. El sistema penal clásico opera con todos sus mecanismos de corrección. Pero si se consigue una mayor implantación del modelo, como sería deseable y a ello alientan los textos internacionales como se verá enseguida, se corre el riesgo, tal y como ha sucedido en relación al instituto de la conformidad, de dinamitar de hecho, que no oficialmente, muchos de los componentes del principio de culpabilidad y del derecho a un juicio justo. Trato de recrear esta idea que en una primera aproximación puede parecer casi iconoclasta. Lo diré de otra forma: acepto y considero plausible

- **Confidencialidad.** Implica que ninguna de las partes podrá utilizar lo ventilado en las conversaciones en posteriores presentaciones judiciales, que los abogados no podrán utilizar la información producida en las reuniones para demostrar, justificar o refutar argumentaciones dentro del proceso. Quedan exceptuadas de la confidencialidad aquellas manifestaciones que den cuenta de delitos cometidos contra personas de grupos vulnerables (niños, incapaces, etc.) o situaciones de riesgo inmediatas, debiendo el facilitador de denunciar estos hechos a las autoridades penales, también, quedan exceptuados cuando participen en actividades académicas siempre que se reserven las identidades de las partes. La confidencialidad implica tres momentos:
 - Las conversaciones que el mediador tiene con las partes en las reuniones privadas, previo o durante la instancia de mediación, respecto de lo que una parte cuente al facilitador y no quiera que la otra persona se entere.
 - Todo aquello que se manifieste durante las reuniones no podrá ser utilizado por ninguna de las partes posteriormente en ninguna instancia.
 - El facilitador guardará secreto de todo aquello que se le confíe en privado como de todo lo que se pudiera enterar en el desarrollo de las reuniones conjuntas.
- **Imparcialidad y neutralidad.** En otros ámbitos, la neutralidad se traduce en no favorecer a ninguna de las partes; pero en materia penal, si bien el facilitador debe guardar respeto por ambas partes y ayudar a construir un espacio de confianza y un clima de negociación, no debe olvidar que hay una persona que se considera víctima y que carga con una serie de males (físicos, sentimentales y morales), y otro al que se le acusa de infringir la ley y es el que produjo los males del otro.

una rebaja de pena a quien se declara culpable por lo que tiene de actitud noble, de asunción de responsabilidades, de primer paso para la rehabilitación; pero repudio la agravación para quien no lo hace así. No atenuar la pena no es lo mismo que agravarla. En la práctica solo con honestidad intelectual puede diferenciarse entre ambas cuestiones. Y, en la actualidad, las conformidades se han extendido en una medida tan insospechada hace unos años, no tanto porque se consiguen rebajas de pena como porque se evitan agravaciones a las que se sienten inclinados los operadores de justicia cuando alguien se “resiste” a entrar en ese sistema de pactos y componendas. También algo de caricatura puede haber en el cuadro que se dibuja. Pero no tanto. Los que se mueven entre bastidores en el proceso penal seguro que en su mayoría coincidirán con lo que digo”.

Existen características propias del encuentro víctima-victimario, en virtud de los objetivos propios del encuentro (interdisciplinariedad e informalidad) o del carácter público del Derecho penal (gratuidad y supervisión):³⁴⁷

- **Interdisciplinariedad.** Realizar una práctica interdisciplinaria implica la aplicación de técnicas, métodos y conocimientos de diversas ciencias necesarias para resolver un problema complejo, así como la posterior interacción de los especialistas; como hemos visto, un proceso de Justicia Restaurativa puede ayudar a las partes no solo en su conflicto, sino derivar a las partes con especialistas que los puedan ayudar en otro tipo de problemas (terapeutas, psicólogos, trabajadores sociales, etc.).
- **Informalidad.** Cada encuentro es diferente, porque las personas son distintas entre sí, como las conductas varían dependiendo el lugar, la cultura o los tiempos. El encuentro se caracteriza por su sencillez en la forma bajo un estilo consensuado de llevar cada proceso. Se trata de cambiar el ambiente estereotipado de los órganos públicos de procuración y administración de justicia por uno en el que el respeto mutuo, el diálogo y la búsqueda colaborativa de soluciones sean las pautas regulatorias.
- **Gratuidad.** La impartición de justicia es gratuita para todo gobernado, en virtud de que la persecución penal y la actividad punitiva están a cargo del Estado, no debe estar depositada esta función en manos privadas. Las mediaciones penales deberán gozar de la gratuidad al formar parte del sistema de justicia penal.
- **Supervisión.** Hablar de la supervisión de funcionamiento de los centros en donde se desarrollen los encuentros se puede dar en dos sentidos. En primer lugar, la supervisión del cumplimiento de los acuerdos, ya que algunos pueden tener un cumplimiento diferido en el tiempo. En segundo lugar, una supervisión en cuanto al ingreso, formación, actualización y condiciones físicas, mentales y emocionales de los facilitadores.³⁴⁸

³⁴⁷ Rodríguez Fernández, Gabriela, “Sociedad, Estado, víctima y ofensor... *op. cit.* Nota 275, pp. 12 y 13. *Cfr.* con: Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal...* *op. cit.*, Nota 273, pp. 67, 68, 69 y ss.

³⁴⁸ *Ibidem.*, p. 75.

- **Horizontalidad.** El facilitador debe comportarse con respeto como alguien sin poder sobre las partes, que obtiene su legitimación de actuación de la confianza de las partes en él. Este principio es lo que diferencia la Justicia Restaurativa del sistema judicial, donde el juez impone la sentencia.³⁴⁹

3.2.7.3- Diferencias con la mediación civil

Ya hemos visto los diferentes modelos que puede adoptar la Justicia Restaurativa, pero normalmente es asociada a las conferencias o encuentros entre víctima e infractor que, como hemos venido indicando, común y erróneamente se le denomina mediación penal; es precisamente, por esta denominación, que puede ser objeto de rechazo y críticas.

Cuando se desconoce acerca de la Justicia Restaurativa –y en general de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos– al escuchar la palabra mediación aplicada al sistema de justicia penal, nos puede venir la idea de que es en una mera transacción económica entre el imputado y su víctima, negociando la cuantificación de la reparación del daño para simplemente evitar el proceso, donde la víctima obtiene un beneficio económico y el imputado evita la aplicación de una pena.

Nada más alejado de la verdad, como también ya lo hemos dejado establecido, no se trata de buscar un acuerdo entre dos personas que tiene un

“Es sabido que aquellos profesionales que se dedican cotidianamente a la prestación de servicios en contacto directo con personas cuyas necesidades se encuentran insatisfechas (profesiones conceptuadas como “de ayuda”) y que por lo tanto están permanentemente involucrados en situaciones emocionales exigentes, tienen una mayor predisposición a padecer estados de agotamiento mental, emocional y físico, decepción y pérdida de interés, que pueden desembocar en cuadro de stress, o más aún en el llamado Síndrome de Burnout.

Recomendamos la modalidad de supervisión por medio de agentes externos, que en su plan de trabajo contengan como objetivos la evaluación de la demanda, la focalización de la dinámica institucional y grupal, la identificación de los obstáculos en la tarea...”

³⁴⁹ Rodríguez Fernández, Gabriela, “Sociedad, Estado, víctima y ofensor... *op. cit.* Nota 275, p. 11.

“Este principio aportará la imprescindible nota diferenciadora entre el sistema informal (RAC) y el sistema judicial de persecución pública, caracterizado por la figura fuerte del Estado (representado por el Juez o por el fiscal) que desplaza a la víctima de su lugar de dueño del conflicto. Si el facilitador asume un papel similar, el principio general de devolución del conflicto a las partes se romperá, surgiendo con toda fuerza un sistema de adjudicación disimulada, sin las garantías de la adjudicación explícita (defensa, inocencia, juicio justo, etc.); frente a la evidencia de un facilitador “directivo” las partes reasumirán el lugar de sujetos de la decisión del tercero, y con éste dirimirán sus pretensiones; a poco de andar, estaremos nuevamente en un sistema apropiador, donde víctima y ofensor jugarán, una vez más, al juego de los pedidos no satisfechos por el poder (mediador). Entonces, no habremos creado nada nuevo”.

conflicto derivado de tener diferentes percepciones respecto a algo, sino más bien complementar el sistema de justicia penal con una herramienta que facilita la comunicación, la empatía y la cohesión social.

En ese sentido, la mediación penal (encuentro víctima-infractor) tendrá grandes diferencias con la mediación civil. De inicio en la mediación penal, aunque no es una regla, no existe una relación previa entre las partes; también existe un desequilibrio de poder entre las partes (el equilibrio de poder es fundamental en la mediación penal) ya que, por un lado, se trata de una persona que ha recibido un menoscabo en sus bienes jurídicos más esenciales (y por ello protegidos por el Derecho penal) y por el otro la persona que lesionó o puso en peligro dichos bienes jurídicos.

Debemos entender que la mediación penal (encuentro víctima-victimario) pone énfasis en el diálogo y no en la obtención de un acuerdo (económicamente hablando), es mucho más importante que las partes puedan desarrollar empatía para atender las necesidades emocionales de los implicados y, así obtener, la asunción de responsabilidades del imputado y la reparación del daño de la víctima, reparación entendida en un sentido amplio.

La mediación penal es completamente diferente a la mediación civil, el mejor ejemplo es el de la **neutralidad del mediador**, en otros contextos de mediación la neutralidad se traduce en que de ninguna manera se debe favorecer a uno de los participantes, el mediador no toma partido y no juzga sobre el bien y el más en cuanto a las conductas de las partes en conflicto. En la mediación penal el concepto de neutralidad, aplicado al facilitador, no es apropiado, ya que –normalmente– la víctima necesita un mayor apoyo porque ha sufrido un mal, daño o menoscabo en sus bienes, pero sobre todo se siente temerosa y desprotegida.

En este contexto, el mediador será imparcial en cuanto a los individuos como seres humanos, dándoles igual respeto y estando ahí en beneficio tanto para la víctima como para el ofensor, pero no puede ser neutral en cuanto a la conducta (transgresión) cometida. Por estas razones la neutralidad en la mediación penal es

diferente, ya que el mediador tratará de hacer alianzas con ambos en lugar de con ninguno. La función del mediador penal se traducirá en los siguientes puntos:³⁵⁰

- A) En lugar de juzgar que se deben asignar culpas, entiende que se debe examinar el problema.
- B) En lugar de considerar que la persona culpable debe cambiar, estima que deben buscarse soluciones que abarquen todos los contextos (de la víctima y del infractor).
- C) En lugar de encontrar que el resto de la sociedad no necesita cambiar, cree que todos son responsables de encontrar la solución.

3.2.7.- Fases de la mediación penal

El procedimiento que se lleva en la mediación penal (y en casi cualquiera de los modelos de Justicia Restaurativa) no dista mucho, en cuanto a su estructura, del aplicado en otras áreas (como la civil, mercantil, labora, etc.), ya que la base de cualquiera es la comunicación y la reconciliación que también son las bases para la recuperación de la trama social.

En este sentido, abordaremos las fases de la mediación penal de la misma manera que lo hicimos en el Segunda Parte de nuestra investigación (véase el punto 2.5.- FASES) explicando –brevemente– las particularidades en materia penal; es decir las fases de la mediación penal son cuatro (aunque dependiendo del autor que las explique podrían diferir en número y nomenclatura): Premediación, el Encuentro, Acuerdo y Posmediación o seguimiento.

3.2.7.1.- Premediación

En primer lugar, el caso debe ser **derivado** por los órganos de procuración y administración de justicia, dependiendo de la legislación procesal serán estos los que determine si el tipo de delito admite la mediación penal, sobre todo pensando en si

³⁵⁰ *Ibidem*, p.68.

tiene efectos procesales. Es muy común que las legislaciones instauren como efecto de llegar a un convenio, dependiendo la etapa procesal, el sobreseimiento de la causa (en caso de delitos menores o también llamados de bagatela) o disminución de la pena.

En cuanto el equipo técnico del centro donde se llevará a cabo la mediación es el primer contacto con la causa, procederá a determinar quiénes son las partes a convocar; hay que tomar en cuenta, que no se trata de un estudio técnico jurídico penal (definir calificaciones, causas de justificación, responsabilidad penal, y un amplio etcétera), ya que muchas veces sólo se tiene la información de la calificación jurídica del delito y la denuncia de la víctima.³⁵¹

Una vez determinadas las partes, se les hace una **invitación** para la realización de entrevistas individuales y por separado, se les da una breve explicación del procedimiento de justicia alternativa y sus diferencias con el procedimiento penal, haciéndose énfasis en el carácter gratuito, voluntario, confidencial, neutral y horizontal del sistema.³⁵²

Estas sesiones sirven también para que el facilitador tome la decisión de admitir el caso y si las partes están dispuestas verdaderamente a participar; en el caso de la víctima, tiene que estar dispuesta a enfrentar la situación, a establecer un vínculo con el autor del hecho, estar dispuesta a hablar y manifestar sus ideas y

³⁵¹ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal...* op. cit., Nota 273, p. 85.

“Por lo tanto, el mediador debe si leer los datos preliminares para conocer la denuncia y discriminar entonces quienes serían las partes o interesados en la resolución. Este momento también el mediador podrá determinar si existe alguna causal que obligue a su excusación para seguir interviniendo, o si falta alguna medida investigativa que deba realizar la fiscalía a fin de contar con todos los elementos (por ejemplo, la identificación de las partes, individualización de sus domicilios, etc.). También servirá para decidir si convocar a ambas partes para una audiencia, o si es preferible mantener una entrevista con la víctima en primer lugar a fin de sondear las reales posibilidades de abordar el caso desde una instancia de mediación.

Una vez determinadas las partes, se les convocará a reuniones privadas a fin de proponer la intervención de la oficina, exponer los alcances del proceso de mediación y las características de los mismos”.

³⁵² Lerner, Martín, Maidana, Marcelo y Rodríguez Fernández, Gabriela, “Sistema de resolución alternativa de conflictos penales. El proyecto RAC”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 90.

“Nuestra experiencia mostró que este carácter era probablemente el que más desconcertaba a las partes, que venían predispuestas a una respuesta de tipo de la adjudicación y se sorprendían al escucharnos hablar de devolución del conflicto: la idea de solucionar la disputa directamente, sin abogados que hablen por ellos, ni jueces que petrificando el pasado den un contenido no deseado e ineludible”.

sentimientos, sin tener el objetivo de denigrar, insultar o maltratar a su ofensor. El victimario tiene que ser una persona susceptible de reinserción, mostrar cierto grado de arrepentimiento, en condiciones personales de hablar, escuchar atentamente y de establecer un diálogo (no podría estar sin tratamiento si es dependiente de drogas, por ejemplo), pero sobre todo que no tenga como única intención eludir el proceso y, por ende, la pena.³⁵³

El trabajo preparatorio puede ser muy trabajoso y puede llevar varias sesiones, se deben explorar los sentimientos, sobre todo con la víctima, hay que calmarla, que no sienta temor, que adquiere seguridad, ayudarla a que sepa que decir cuando sepa que querer decir cuando se encuentre frente a su victimario, a partir de esta labor es donde el facilitador adquiere legitimidad.³⁵⁴

3.2.7.2.- El encuentro

Cuando se da lugar al encuentro cara (o cualquiera de las modalidades de la Justicia Restaurativa) se suscita lo que Ulf Eiras denomina **el encuadre**, se trata de la presentación de los mediadores, de las partes, en su caso de los abogados de cada parte, y de cualquier tercero que tenga interés en la solución del conflicto y fue aceptada su presencia. En seguida el mediador realiza una **apertura**, donde realiza, nuevamente la explicación de la naturaleza del procedimiento, sus características y las cuestiones más fundamentales como el pacto de confidencialidad y las reglas de intervención de las partes y normas de conducta. Inclusive en algunos lugares estas

³⁵³ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal...* op. cit., Nota 273, p. 123.

³⁵⁴ Highton, Elena I., et. al., *Resolución alternativa de conflictos...*, op. cit. Nota 287, pp. 88 y 89.

“Es trabajo del mediador asistir a los participantes para reconocer sus necesidades. Pueden requerir el auxilio de otros profesionales antes de estar en condiciones de proceder de una manera que sea aprovechable. La víctima puede necesitar resolver cuestiones traumáticas con un terapeuta. Un infractor que niega haber dependido de las drogas puede requerir una evaluación antes de poder enfrentar a su víctima.

Muchas víctimas encuentran que el mediador puede ayudarlas a identificar los efectos de la ofensa y a ponderar qué puede ser significativo para paliar sus pérdidas. La mayoría de los autores se beneficia al explorar cómo mejor expresar sus sentimientos respecto del hecho cometido. Es característico de las confrontaciones víctima-victimario que sean más beneficiosas cuando los participantes entran al recinto donde se llevará a cabo la mediación luego de haber completado sus propios deberes de autoayuda, centrados en qué pretenden lograr y qué están dispuestos a contribuir al proceso de mediación.

Un meditado proceso de preparación también puede llevar a las partes a pensar que la mediación no es beneficiosa ni apropiada para ellos”.

cuestiones se plasman por escrito y deben ser firmadas como acuerdo entre las partes.

Al dar comienzo el dialogo y comunicación, el facilitador realiza una **exploración del problema** o investigación, después la escucha activa para que el facilitador trabaje con las historias construidas por las partes, sus perspectivas y la puntuación de los hechos que realizan. Aquí, cabe hacer mención, es el momento donde se aplican todas las técnicas y herramientas posibles (los diferentes tipos de preguntas, el reencuadre, el parafraseo, etc.).

Una vez que el mediador ha ubicado y reconocido la problemática (y el conflicto), podrá trabajar con las partes en la construcción de **la agenda**; en la mediación penal (sobre todo cuando el acuerdo puede tener efectos de sobreseimiento) nos encontramos con el problema de que el proceso penal se suspende por un plazo establecido en la ley, lo cual se puede traducir en una posible presión o limitante para la elaboración de la agenda. Se podrán llevar cuantas sesiones sean necesarias, dependiendo de las partes, de las cargas de trabajo del mediador y del centro de mediación, salvo por la limitante del plazo antes dicha.

Después se abre un periodo para la realización y análisis de propuestas de solución del problema, o los problemas, es una contribución de las partes a la resolución del conflicto, cabe aclarar, es evidente que el ofensor deberá tener una actividad mayor en cuanto a propuestas, recordemos que es esencial que asuma responsabilidades y, a partir de ello, sea proactivo en cuanto al intento de reparación del daño a la víctima.

3.2.7.3.- El acuerdo

Si bien hemos insistido que el modelo de encuentro que hemos estado siguiendo y proponiendo no tiene como finalidad la obtención de un acuerdo, sino atender las necesidades de las partes, se puede llegar a un acuerdo que puede tener efectos procesales como el sobreseimiento, la disminución de la pena o acceder a un

beneficio penitenciario, dependiendo de la etapa en que se derive el caso. Dicho acuerdo deberá estar aprobado por el facilitador y –dependiendo de la legislación– por el director del centro donde se lleve a cabo el encuentro. Algunas legislaciones, sobre todo para el sobreseimiento, faculta al Ministerio Público y/o al Juez –dependiendo de la etapa procesal– revisen que el acuerdo revista carácter de legalidad.

El facilitador deberá tener cuidado de no aprobar acuerdos donde el ofensor, con sólo la intención de cerrar la causa penal, realice ofrecimientos que no está en condiciones de cumplir. Debe haber una verdadera aceptación de responsabilidad por parte del infractor y voluntad de reparación del daño.³⁵⁵

La redacción del acuerdo deberá revestir las formalidades de un instrumento público, estará redactado generalmente en el idioma oficial del país, a menos de que las partes pertenezcan a un grupo originario se redactará también en su lengua materna en caso de ser diferente al idioma oficial.³⁵⁶ El acuerdo se instrumenta teniendo en cuenta los intereses y requerimientos de la víctima y las posibilidades reparatorias del infractor. Recordemos que no se trata simplemente de concluir los

³⁵⁵ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal...* op. cit., Nota 273, p. 96.

“Con los datos del expediente y la entrevista previa el mediador puede tener una idea de la situación socio-económica, familiar, y habitacional de las partes, y por ello su intervención debe estar dirigida a lograr resultados realistas. Resulta oportuno en estos casos reflexionar juntos acerca de las posibilidades de efectivizar las propuestas (por ejemplo pidiendo que coloque sobre papel los gastos que tiene en el mes y los recursos con los que cuenta).

Este comportamiento se evidencia frecuentemente en las causas iniciadas por incumplimiento de obligaciones alimentarias o impedimento de contacto de padres con hijos, en los que se trabaja en el restablecimiento del contacto, la fijación de cuotas alimentarias o regulación de un régimen de visitas. Los padres tratan en todo momento de mostrarse con la mayor disponibilidad para establecer acuerdos en los que perciben están logrando una ventaja sobre la otra parte. (Por ejemplo: una parte solicita un amplio horario de visitas y la otra interpone obstáculos referidos a esos horarios). En el fondo, esta actitud tendrá efectos contrarios en el futuro, ya que los obligados quizás no puedan sostener lo comprometido. La tarea del mediador entonces, como habíamos referido será la de analizar las propuestas reflexivamente con las partes para lograr un pacto sobre bases realistas y con posibilidades de efectivo cumplimiento”.

³⁵⁶ *Ibidem*, pp. 96 y 97.

“El mismo contendrá el lugar y fecha de realización; los datos personales de todos los participantes, incluyendo los abogados asistentes y el mediador; dejara constancia de la voluntad de participar de la instancia de mediación y del principio de confidencialidad que rigió durante todo su acto (en caso de no confeccionarse aparte un pacto referido al tema); todos los puntos acordados de manera clara y precisa, determinando las conductas que asumen cada una de las partes; la constitución de alguna garantía por lo acordado y las consecuencias que se convengan en atención a la posibilidad de incumplimiento, pudiendo agregarse cualquier otra constancia que las partes entiendan corresponder. Lo que es necesario aclarar es que en virtud del principio de confidencialidad no puede el convenio contener las propuestas no aceptadas, Ofrecimientos efectuados, ni dejar constancia de manifestaciones realizadas en el transcurso de la mediación”.

asuntos de manera rápida, sino de dar soluciones realistas y cumplibles y, además, el tipo de acuerdo puede ser muy amplio.

En base al principio de confidencialidad, en caso de no llegar a un acuerdo, o cumplido el plazo establecido en la ley sin llegar a un acuerdo, el caso se regresa al proceso sin que quede plasmado en los registros, ninguna anotación que pueda hacer pensar al juzgador que se llevó a cabo una conferencia víctima-victimario. Tampoco se podrá utilizar ninguna información obtenida en el encuentro ni citar como testigo al facilitador.

3.2.7.4.- Posmediación o seguimiento

Dado que muchos acuerdos pueden traducirse en obligaciones de cumplimiento diferido (pagos diferidos, realización de trabajos a favor de la víctima o la comunidad, terapias, dejar de hacer ciertas conductas, y una amplia gama de obligaciones como formas de reparación del daño), a diferencia de otras materias, el seguimiento al cumplimiento de los acuerdos es fundamental, particularmente para el dictado del sobreseimiento cuando proceda.

En caso de un incumplimiento no justificado, se devolverá el caso al proceso como si no se hubiera celebrado el encuentro ni elaborado el convenio donde se plasmó el acuerdo. Por otra parte, dentro del seguimiento es importante llevar un registro de las personas que han realizado convenios derivados de una mediación penal, y de aquellos que los han incumplido, algunas legislaciones establecen prohibiciones, para evitar la impunidad, de celebrar convenios de la misma naturaleza o de incumplimiento en un cierto de tiempo.

3.2.8.- La reparación del daño

Desde el punto de vista jurídico, el daño se puede clasificar en tres tipos: el causado en el patrimonio, en la integridad moral o en la integridad física de las personas:³⁵⁷

1. El daño patrimonial se define como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio (conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valuación económica) de una persona ya sea física o moral, ocasionado por un agente externo.
2. El daño moral, es la afectación de valores no apreciables en dinero, extrapatrimonial o de carácter no económico, Savatier, lo define como todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria, o un sufrimiento moral de origen diverso, en el que la víctima sufre principalmente en su reputación, en su autoridad legítima, en su pudor, en su seguridad, en su amor propio estético, en su integridad intelectual, afecciones, etc.³⁵⁸
3. Otra definición del daño moral importa una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial.
4. El daño físico: lesión o daño corporal sería, en su definición clásica, toda alteración anatómica o funcional causada por agentes externos, y desde un punto de vista médico-legal toda alteración física, mental o psíquica, causada por agentes mecánicos, físicos, químicos o biológicos, derivados de una causa exógena, tenga o no carácter doloso.³⁵⁹

³⁵⁷ Martín A. Frúgoli, “Daño: Conceptos, Clasificaciones Y Autonomías. El Punto Unánimemente Coincidente. Resarcimiento”, en *Derecho y Cambio Social*, Argentina, ISSN-e 2224-4131, Año 8, N°. 23, 2011, pp. 10, 11 y 12. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5500735>.

³⁵⁸ Cienfuegos Salgado, David, “Responsabilidad civil por daño moral” en *Revista de Derecho Privado*, México, año 9, No. 27, septiembre-diciembre, 1998, p. 56

³⁵⁹ Borrego, Aparici, Barquero Sánchez, Ibargüen, *et. al.*, “Concepto de daño corporal y antecedentes históricos” en *Revista Rehabilitación*, Vol. 42. Núm. 06. Noviembre 2008, España, <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-dano-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.

El concepto de Daño surge del Derecho civil y ha tenido un gran desarrollo teórico y dogmático en esta rama del Derecho. El Derecho penal toma éste concepto del Derecho civil con ciertas particularidades; en materia de daños, la responsabilidad penal y civil tiene diferencias importantes. La responsabilidad penal tiene como fuente la realización de conductas tipificadas, en cambio la responsabilidad civil puede surgir de cualquier daño causado, inclusive de la realización de una conducta delictiva. Respecto a la culpabilidad en el ámbito del Derecho penal es subjetiva o anímica del autor, lo que determina la pena; en cambio, la culpabilidad civil es objetiva.³⁶⁰

Históricamente se ha considerado que la víctima que ha sufrido un daño en sus bienes jurídicos tiene el derecho a solicitar su reparación; inclusive es obligación del Estado, a través de sus representantes (Ministerio Público) conseguir dicha reparación, con independencia de las acciones que pueda tener la víctima para obtenerla. La pena no es el único efecto del delito, aquel que comete un delito deberá reparar el daño causado; se habla de la responsabilidad civil derivada de un delito.

Dicha reparación se contempla como la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de daños y perjuicios materiales y morales, que tienen un claro y específico contenido patrimonial. Cuando la reparación del daño deba ser hecho por el delincuente tendrá el carácter de pena pública; en cambio, cuando la reparación debe exigirse a un tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará como incidente.³⁶¹

³⁶⁰ Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia, Banzason imprenta de la viuda de Don Joaquín Escriche, España, pp. 528 y 529.

³⁶¹ Esta distinción se encuentra plasmada en el artículo 34 del Código Penal Federal mexicano.

“Artículo 34.- La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.

Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.

En la actualidad, podemos encontrar en la doctrina y en la práctica tres modelos distintos de reparación del daño: como imposición de un tribunal, la suspensión del proceso a prueba o condicional y, por Justicia Restaurativa.

En cuanto a la reparación del daño, el Ilustre profesor mexicano Julio Hernández Pliego opina que, por regla general, la acción de **reparación de daños constituye una pena pública** en nuestro medio, al corresponderle su ejercicio obligatorio al Ministerio Público y el Juez no puede dejar de condenar a su pago. Solamente será cuestión accesoria al proceso si se promueve la reparación del daño contra algún tercero ajeno al inculpado, adoptando la forma de responsabilidad civil.³⁶²

Aunque considerada como pena pública, la reparación del daño al estar asociada la sanción pecuniaria, solamente contempla aspectos económicos, patrimoniales y monetarios. Aunque los códigos penales tengan previstos las indemnizaciones de todo tipo de atención médica y psicológica, rehabilitación, etc., se olvidan que hay muchas cosas que, solamente, el encuentro con su ofensor puede sanar. La víctima no tiene incidencia en cuanto a la forma y momento de reparar el daño.

La suspensión del proceso a prueba o suspensión condicional del proceso es una variante del anterior, ya que como requisito para dicha suspensión se requiere que se repare el daño o se garantice la reparación (es decir, se puede extender en el tiempo); se traduce, en un ofrecimiento de reparación de la defensa (imputado y defensor) que el juzgador puede admitir o no sin importar en mayor medida la opinión de la víctima.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente”.

³⁶² Hernández Pliego, Julio Antonio, “La reparación del daño en el CNPP” en *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, coord., Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, México, UNAM/ Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015, pp. 341-356.

La **Justicia Restaurativa** es un sistema que busca la reparación proporcional y a vez consensuada que trata de restablecer la confianza perdida entre dos o más personas, no solamente es el pago de una cantidad económica como pena o indemnización.³⁶³ Más que reparar el daño se trata de enmendarlo, ya que existen delitos que causan daños graves y son de difícil o imposible reparación (aunque se trate de un robo simple, la víctima puede tener un daño más allá de lo económico, sino la pérdida de la seguridad y tranquilidad que no se reparan con dinero).

Una actitud por parte del ofensor de empatía, de asumir sus responsabilidades, de intentar reparar el daño (material o económicamente), puede ayudar en el proceso de atención a las necesidades de la víctima, aunque nunca se restaure por completo su daño. Este modelo busca también tratar las causas del delito, la acción de enmendar el mal causado a la sociedad implica adoptar medidas para evitar que el ofensor siga con su conducta y que otros realicen conductas parecidas, recordemos que los modelos de Justicia Restaurativa amplían el círculo de interesados pudiendo intervenir los miembros de la comunidad.

³⁶³ Córdoba, Víctor Alfonso, “Apuntes preliminares...”, *op. cit.* Nota 314, pp. 79 y 80.

“Otro principio a tener en cuenta consistiría en la prohibición de cualquier intento de mediatización del ser humano. Tal como afirmaba Immanuel (sic) KANT en su célebre postulado, “No debe tratarse nadie a sí mismo, ni a los demás como simples medios, sino como un fin en sí mismo” La idea central es el respeto por el individuo y por la dignidad humana, considerando que el hombre debe ser tratado como el sujeto de las políticas y nunca como un objeto, como un medio que en tanto medio, pueda ser utilizado como moneda de cambio para objetivos posteriores, por muy loables que éstos sean. ¿Aspiramos a que los ciudadanos recuperen su autonomía? Comencemos pues, por respetarla desde los enunciados jurídicos, de ésta manera, podremos exigir de los mismos responsabilidad sobre sus actos. “La creencia en el significado de la autonomía individual presupone seres humanos capaces de regular su propio comportamiento. En muchas oportunidades, el argumento de la inexistencia del sujeto autónomo es esgrimido no para restar responsabilidades al individuo, sino para quitarle derechos. Es muy fácil (económico, práctico) enarbolar la bandera de las responsabilidades ante la sociedad cuando se utilizan para condenar a un desdichado marginal en mérito a la generación de un dudoso ejemplo de justicia que eventualmente serviría para evitar que se cometan nuevos delitos. El sujeto goza de autonomía a la hora de cargar con todo el peso de un castigo a causa del delito cometido, pero nadie recuerda a esa misma autonomía en el momento de respetar su individualidad, su carácter de no-objeto. Pareciera hasta anticuado repetirlo, pero como cada ser humano es un sujeto único e irreplicable, es imposible valorarlo en todas sus dimensiones, es inmoral utilizarlo como un escalón para lograr cualquier objetivo.

La apropiación del monopolio de la fuerza por parte del Estado en algún momento de la historia, legítima o ilegítimamente conseguida, cedida por la sociedad o expropiada por éste, hizo mella en la teoría de la retribución, orientándose cada vez más, en la medida en que la necesidad de un mayor control social lo hizo necesario, hacia las teorías de la prevención, dejando a estas últimas casi como único fundamento real de toda punición. De esta manera, tanto víctima como victimario pasaron a ser utilizados, el uno para fundamentar la necesidad y la justicia del castigo en mérito al sufrimiento producto del daño, y el otro como mero elemento ejemplificador de cara al resto de la sociedad, y sobre todo a aquellos grupos sociales pasibles de ser a su vez víctimas de la virulencia de la venganza estatal”.

Por todo esto, afirmamos que, el llegar a un acuerdo no es el objetivo primordial de la mediación penal dentro del contexto de la Justicia Restaurativa, pero en caso en que las partes lleguen a un acuerdo que se plasme en un convenio, éste podrá tener un contenido muy variado y no necesariamente económico o patrimonial (pedir disculpas o perdón, realización o abstención de ciertas conductas, prestación de servicios a la comunidad y un amplio etc.).

3.2.9.- La víctima

El Derecho penal considera a la víctima del delito solamente al sujeto pasivo del delito, pero la Justicia Restaurativa la entiende de manera diferente: toda aquella persona que padece violencia, acarreándole un sufrimiento individual, familiar o social; es decir, no solo el sujeto pasivo del delito sino también el grupo social afectado al que pertenece.³⁶⁴

Las consecuencias de un delito pueden afectar un gran número de personas: familia, amigos, vecinos, acreedores, instituciones, la sociedad en su conjunto; el proceso penal, no contempla a estas personas. En este sentido, de acuerdo con la victimología se pueden identificar tres tipos de relaciones entre víctima y victimario:³⁶⁵

1. Cuando las víctimas conforman el mismo grupo familiar con el victimario. Estas relaciones abarcan relaciones por consanguinidad y políticas. Y es precisamente éste parentesco los que pueden generar una escalada de violencia y derivar en más delitos.
2. Cuando las víctimas guardan algún tipo de relación ya sea laboral, vecinal o educativa; es decir, las víctimas conocen a su victimario.
3. Cuando la víctima y el victimario no se conocen.

³⁶⁴ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal,...* op. cit., Nota 273, p. 47.

³⁶⁵ *Ibíd.* p. 117

Cualquiera que sea el modelo de Justicia Restaurativa (lo cual dependerá del tipo de delito y, por consecuencia, del tipo de víctima), generará un espacio para que las partes puedan reconstruir el diálogo, escucharse para llegar a una adecuada comprensión del conflicto y, busquen juntos, la solución más adecuada a sus necesidades. La recomposición de los vínculos sociales es el objetivo.³⁶⁶

3.2.10.- El facilitador

El facilitador en materia penal, además del conocimiento general respecto a las técnicas y herramientas generales de los medios alternativos de solución de conflictos, debe tener una clara conciencia de las consideraciones éticas y legales implicadas en los casos penales, ya que están en juego, no sólo valores y principios como el debido proceso, sino también fuertes sentimientos y, en muchas ocasiones, deseos de venganza por parte de la víctima.³⁶⁷

³⁶⁶ Highton, Elena I., *et. al.*, *Resolución alternativa de conflictos...*, *op. cit.* Nota 287, pp.53 y 54.

“Ha comenzado una etapa de transición y avance hacia un sistema que atienda los intereses de quien más ha sufrido por el delito: la víctima. Ello lleva necesariamente a reivindicar la importancia del conflicto subyacente en cada ilícito penal. Donde los derechos del agraviado han sido avasallados por el victimario. Si la finalidad del sistema penal es la pacificación de la sociedad, y se entiende que la pena debe lograr repersonalizaciones positivas de quienes transitan por ella, es imprescindible. en muchos casos, revalorizar las situaciones interpersonales de los interesados anteriores y posteriores al delito. Debe atenderse a la víctima en una doble acepción. esto es dándole atención como servicio y prestándole atención al no prescindir de sus decisiones. Todo ello en un marco de adecuado trato.

...

Nuestro sistema penal exhibe algunas instituciones donde anida ese espíritu, tal como la condenación condicional o la suspensión del juicio a prueba. A ello puede agregarse la mediación penal como instrumento pacificador, aplicable aun en los supuestos en que el conflicto implique la comisión de un delito”.

³⁶⁷ Sánchez Álvarez, Ma. Pilar, “La entrevista individual. Técnicas de intervención”, en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, directores Margarita Carmen Pérez-Salazar Resano y Julián Carlos Ríos Martín, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 194.

Respecto a los conocimientos y actuación del mediador penal, la autora explica:

“El mediador no tiene por qué ser alguien meliflúo, acrítico, sino por el contrario alguien molesto. “Es molesto como todo buen crítico, es decir; alguien que no destruye sino que da que pensar; que nos hace pensar por nosotros mismos que el mediador ciudadano es un guía y está considerado como alguien inoportuno porque está allí pero se niega a dar de buenas a primeras una solución o la solución”. Con estos criterios, desde la primera entrevista, transmitiremos que la mediación es transformación, lo que implica cambiar no sólo las situaciones sino también a las personas y por lo tanto, a la sociedad y así poder satisfacer las necesidades frustradas de las personas (o inversamente aliviar el sufrimiento. Ej: recuperar la foto del esposo fallecido que iba en el monedero que le robaron, o transmitir a la otra persona la pena por su desaparición) e impedir la injusticia”.

Además, el facilitador penal deberá tomar siempre en cuenta los elementos culturales de las personas y de la zona donde se lleve a cabo la conducta y el encuentro. Las interacciones sociales están determinadas por las creencias e ideas de las comunidades, las cuales pueden variar de un lugar a otro. En el caso de conductas con un alto grado de violencia (real o tentativa), debe contar con conocimientos especializados;

Para atender a la víctima debe conocer el proceso de victimización, contar con destreza para tratar el dolor y el sentimiento de pérdida, entre otras. Por parte del ofensor, debe tener aptitud para relacionarse con perpetradores de delitos violentos.

Al igual que en otros ámbitos, la formación del facilitador en materia penal debe ser constante y continua, sin que sea necesario que cuente con alguna profesión específica, pero algunas profesiones pueden ayudar a los objetivos del sistema (psicología, trabajo social, sociología y derecho). Aunado a lo anterior, y vinculado al carácter gratuito del servicio por depender del Estado (para nosotros la forma ideal de instaurar un programa de Justicia Restaurativa), recomendamos que exista una capacitación inicial y completa que derive en una certificación a cargo del Estado.

3.3.- LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PROCESO PENAL

En este apartado analizaremos cómo están regulados los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en el proceso penal, con especial interés en la Justicia Restaurativa y la mediación penal.

3.3.1.- Oportunidad vs. Legalidad

El principio de legalidad es propio del sistema continental europeo, tiene dos vertientes; la primera dentro del Derecho penal al determinar y establecer los delitos y sus consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), la segunda, en el ámbito procesal al establecer límites a las autoridades de procuración y administración de justicia, así como perseguir absolutamente todos los delitos con la misma intensidad. Por su parte, el principio de oportunidad –normalmente asociados al sistema anglosajón, caracterizado por la *adversariedad*–, que permite prescindir de la pretensión punitiva del Estado cuando se verifican ciertas circunstancias de derecho y de hecho.

3.3.1.1. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad otorga atribuciones que autorizan a los órganos de persecución criminal, especialmente al Ministerio Público (o al Juez dependiendo del sistema procesal) a disponer, total o parcialmente, de la persecución del delito en determinadas situaciones; así como del deber de ejercicio y sostenimiento de la acción penal. La oportunidad supone el ejercicio de motivaciones, opciones o juicios de valor que no necesariamente tienen sustento en interpretaciones jurídicas o probatorias.³⁶⁸

³⁶⁸ Contreras Alfaro, Luis H., *Corrupción y principio de oportunidad, Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Salamanca, Ratio Legis, 2004, pp. 31 y 32.

Pueden ser varias instituciones procesales las que se puedan agrupar bajo el amparo del principio de oportunidad, cualquiera de ellas faculta al órgano encargado de la acusación pública para que, antes o durante el ejercicio de la pretensión punitiva efectúe una ponderación de las circunstancias, el momento y otros factores que puedan determinar la conveniencia de proceder, en su caso, si se cumplen los requisitos, puede dejar de ejercer sus obligaciones procesales esenciales (investigar y acusar) pudiendo poner fin a la investigación, suspender o poner fin a un proceso ya iniciado; para ello, deberá fundar y motivar su decisión en los siguientes casos:

1. Casos de poca reprochabilidad (insignificante o de mínima culpabilidad), traduciéndose en un mínimo o falta de interés público.
2. Cuando los objetivos de la prevención general y especial se pudieran alcanzar con una serie de condiciones o mandatos alternativos a la pena.
3. Que el conflicto pueda verse satisfecho por la reparación civil en aquellos delitos que lesiones bienes jurídicos de carácter disponible.
4. Por existir intereses estatales contrapuestos que se consideran de mayor relevancia que el bien jurídico lesionado por el delito.

La inserción de la oportunidad en el proceso es un aporte de los más novedosos sistemas acusatorios, pero es dable destacar que existen dos modelos de oportunidad: la oportunidad discrecional con facultades absolutas (propia del sistema anglosajón) y la oportunidad reglada.

El ejercicio del principio de oportunidad es una facultad del ejecutivo respecto a la aplicación de políticas públicas, y más concretamente de política criminal. En el caso de la oportunidad reglada, el poder legislativo establece en la ley límites y condiciones a la aplicación de la oportunidad; se trata, por tanto, de decisiones números *clausus* que impiden la arbitrariedad.³⁶⁹

³⁶⁹ Hidalgo Murillo, José Daniel, *La etapa de investigación en el sistema penal acusatorio mexicano*, México, Porrúa, 2009, pp. 155 y 156.

“La ‘oportunidad’ previamente determinada es, a la vez, una ‘oportunidad’ reglada. De ahí la importancia de que el código federal de procedimientos penales y los códigos locales de procedimientos penales puedan esclarecen (sic) con ánimo de facilitar la realización de la justicia y, sin minar la ‘seguridad ciudadana,

3.3.1.2. Legalidad en el proceso

El principio de legalidad, en su vertiente procesal tiene, históricamente, tres fundamentaciones:³⁷⁰

1. Garantizar la realización de la justicia sin consideraciones particulares de la persona.
2. Obtener la más completa satisfacción posible de la pretensión penal material y,
3. Ser el necesario correlato del monopolio de la acusación en manos de los órganos de persecución penal estatal.

El principio de legalidad se traduce en una dimensión de protección de derechos humanos y sus garantías, propio de un Estado Democrático y de Derecho, tanto de los imputados al no ser objeto de la venganza privada de la familia del ofendido o de la comunidad, sino objeto de un enjuiciamiento a cargo de órganos sometidos al imperio de la ley; así como las víctimas expropiadas de sus facultad de autocomposición.

Pero en opinión del autor Luis H. Contreras, no debemos confundir el principio de legalidad procesal con el respeto a la defensa genérica de la legalidad. Hablar de la defensa de la legalidad es entendida como orden jurídico (objeto), y el encargado de su defensa cuando el interés público debe ser protegido es el Ministerio Público; pero cuando se habla de sujeción del Ministerio Público al principio de legalidad, debemos referirnos a la forma o manera de entender la actuación del Ministerio Público, es decir, ante directrices de actuación y comportamiento.³⁷¹

Es el momento oportuno, para aclarar, que la aplicación de criterios de oportunidad tendrá connotaciones distintas, dependiendo del tipo de sistema

la paz social y la tranquilidad pública” (Cfr. Art. 23 CM), los casos y momentos procesales en que deben aplicarse reglas de “conveniencia” procesal.”

³⁷⁰ Contreras Alfaro, Luis H., *Corrupción y principio de oportunidad...*, op. cit., Nota 368, p. 45.

³⁷¹ *Ídem.*

procesal, más concretamente respecto de que órgano realice la investigación de la causa, tal como lo explica Luis H. Contreras:

“Finalmente, sabiendo que en términos genéricos el principio de legalidad procesal consiste en un deber del Ministerio Público para ejercer y sostener la acción penal pública, debemos distinguir desde ya aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales el Ministerio Público tiene el deber de conducir y desarrollar por sí mismo las investigaciones y demás diligencias de la instrucción, aquellos otros en los que la dirección de las investigaciones del sumario está a cargo de un Juez de Instrucción. Evidentemente en los primeros el principio de legalidad tendrá para la Fiscalía un contenido añadido: además de la promoción de la acción de la justicia y del deber de acusar, comprenderá la obligación de dirigir las diligencias de la instrucción.

Debemos dejar en claro, que el principio de oportunidad no es una oposición frontal al de legalidad, siempre y cuando sea una oportunidad reglada, ya que, a diferencia de la oportunidad discrecional, el uso de la oportunidad está autorizado por la legislación y se aplica sólo en supuestos taxativamente fijados por la norma y cumpliendo las condiciones que establece la ley para ello.

Recordemos que ningún principio es absoluto, al contrario, existen excepciones a todo principio de manera justificada; de tal forma, el principio de oportunidad surge como una manera de hacer flexible el principio de legalidad, donde le Ministerio Público deja a un lado la acción pública para disponer de medidas diversas al juicio penal tradicional: criterios de oportunidad *stricto sensu*, acuerdos reparatorios, suspensión condicional, justicia restaurativa y, procedimientos abreviados o rápidos.³⁷²

³⁷² Cfr. Neuman, Elías, *Mediación penal...*, op. cit., Nota 299, p. 104.

“Donde de modo concreto el principio de oportunidad adquiere primacía es cuando el fiscal (e incluso el juez, según el sistema procesal) decide trasladar o devolver el conflicto a sus protagonistas, al decretar la mediación penal, confiriendo sentido trascendente a la justicia restaurativa y a la convivencia pacífica a satisfacción de todos: víctima, victimario y la propia sociedad. Entonces, el principio de oportunidad amplifica su estructura y propósitos sobre la base de las necesidades de la persona humana, para no dilatar hasta tiempo inconcebibles, generando gastos igualmente inconcebibles, a la justicia.”

Mientras la facultad de aplicar el principio de oportunidad se encuentre debidamente legislada y reglamentada, no se traduce en una privatización de la justicia penal ni mucho menos un proceso de negociación fruto de las facultades dispositivas de las partes, similar al *plea bargaining*.

3.3.1.3. La adversariedad no es la base de la Justicia Restaurativa

En el mundo occidental podemos identificar dos grandes modelos procesales: el angloamericano y el continental europeo (latinoamericano).³⁷³ El sistema anglosajón es también conocido como adversarial por que se basa en la estructura de la decisión de un conflicto de partes, que tiene las siguientes características:

1. Juez imparcial y no participante, que supervisa el desarrollo del proceso pero que no participa en la decisión de culpabilidad.
2. La fiscalía como acusador y la defensa, llevan el procediendo como partes enfrentadas, pero con igualdad de derechos.
3. Juzgamiento de culpabilidad por parte de un Jurado.
4. La prueba depende de las partes.
5. Aplicación de la figura del *plea bargaining*, que básicamente es una negociación en donde hay una confesión de culpabilidad (*guilty plea*) a cambio de una reducción de pena, evitando así ir a juicio.

En oposición, el sistema continental europeo (aplicado, con variantes, en Latinoamérica) surgido del sistema inquisitivo, pero que en la actualidad se basa en la división de tareas entre tribunal y fiscalía como autoridad acusatoria, que tienen las siguientes características:

1. Distinción entre órgano que acusó y quien juzga.
2. Reconocimiento a la defensa de derechos propios.

³⁷³ Schüneman, Bernd, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en: *Jornadas sobre la <<Reforma del Derecho Penal en Alemania>>*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991, pp. 49 y 50.

3. La audiencia o vista se desarrolla formalmente como un procedimiento de partes, pero el Juez practica personalmente la prueba en la vista pública y tiene la responsabilidad de su corrección.
4. El Juez tiene la tarea de buscar la verdad material.
5. La práctica de la prueba y la determinación de la sentencia no pueden ser remplazadas por el reconocimiento formal de la culpabilidad del acusado.

Ha quedado claro que la Justicia Restaurativa es un complemento al sistema judicial, que de ninguna manera es solamente una transacción económica, ni tiene el objetivo de aminorar las cargas de trabajo de los tribunales; pero es muy común, encontrar en la doctrina y escuchar en los foros, oposiciones al uso de la Justicia Restaurativa (más específico de la mediación penal) en base a las diferencias entre el sistema adversarial y el continental europeo, ya que es en aquel donde las partes pueden negociar.

Se argumenta que en el sistema adversarial puede existir la negociación entre el fiscal y la defensa, el primero ofrece una reducción considerable de la pena, o alguna otra preventa, a cambio del reconocimiento de culpabilidad, lo cual es completamente falso; ya que la víctima no está incluida ni participa en las negociaciones para la aplicación de un *plea bargaining*. Recordemos que los programas de Justicia Restaurativa requieren de la participación absoluta de la víctima.³⁷⁴

³⁷⁴ Van Camp, Tinneke, *Victims of Violence and Restorative practices. Finding a voice*, London, Routledge, 1988, pp. 42y 43.

“Put differently, a structural inclination towards negotiation is not enough; it is essential. that victim and offender play an active role in negotiations for restorative justice to find a portal within the system, either as a diversionary or complementary approach.

Meanwhile, Landsman (2004) fears that restorative practices endanger the common law tradition. He argues that the privatization of conflict resolution, which is favoured in the restorative approach, implies that trials and consequently also precedents and casuistry will eventually vanish. Restorative practices will then cut away at the fundaments of common law. However, Landsman seems to assume that restorative practices serve to replace the adversarial regime, which is not necessarily the case and his might, therefore, be an illegitimate fear. Doak’s (2005) reflections on the incompatibility between the adversarial regime and restorative justice are more accurate. He warns that any type of victim-oriented change, including restorative reforms, could destabilize the adversarial regime since consideration for victim interests is not at its core. On the contrary, the adversarial regime is strongly ‘geared towards the protection of the public’s interest in denouncing and punishing unacceptable behaviour, and not the private interest of individual parties’ (Doak, 2005: 299). This could

3.3.2.- JUSTICIA RESTAURATIVA EN MÉXICO

Como hemos visto, a lo largo de nuestra investigación, el uso de los medios alternativos de solución de conflictos es producto de un movimiento social y académico que en base a prácticas y usos que, fueron introduciéndose, como alternativa al sistema que se encuentra en juicio; así mismo, han influido en su uso diversas organizaciones e instrumentos internacionales.

3.3.2.1. Antecedentes

Los medios alternativos de solución de conflictos fueron incluidos formalmente en México –excepto el arbitraje que ya se contemplaba en materia mercantil y laboral– con la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en 1994 que estableció como obligación a los países miembros (México, E.E.U.U. y Canadá) el tener una normativa legal *ad hoc* para la resolución de conflictos en materia de comercio.³⁷⁵

A partir de ahí hubo una serie de esfuerzos por introducir estas figuras jurídicas en el ordenamiento jurídico mexicano, los cuales se fueron cristalizando, poco a poco, en reformas constitucionales de varias entidades federativas. Quintana Roo fue el Estado punta de lanza al regularlos en su constitución. Otro ejemplo de buenas prácticas fue Nuevo León donde se creó el primer centro mediación en el país en 1999.³⁷⁶

explain why victim policies in Canada are concentrated on service rights, such as a right to victim support and compensation, rather than on procedural rights.

The lack of a formal position for victims within the criminal justice system might also hinder the advancement of restorative justice.”

³⁷⁵ Witker, Jorge, *Solución de controversias comerciales en el Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos*, Santiago, Chile-México, Lexis-Nexis-Universidad Central-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. *passim*.

³⁷⁶ Cabello Tijerina, París Alejandro, “Transformando México y España a través de la mediación como política social”, en *Estado del arte de la mediación, coord.*, Francisco Gorjón Gómez y Antonio López Peláez, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp. 228 y 229.

“El papel desempeñado por el Consejo para las Iniciativas Jurídicas de Latinoamérica de la American Bar Association —LLALIC-ABA—, 1ª Sección de Resolución de Controversias de la propia ABA, la organización no gubernamental Freedom House y la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional -USAID por sus siglas en inglés- fue muy fructífero, al lograr aumentar el uso de la mediación como instrumento idóneo para la solución de conflictos en México.

Como ejemplo de un gran esfuerzo, respecto a la implementación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en ese entonces Distrito Federal (ahora Ciudad de México) se pueden destacar las siguientes acciones:³⁷⁷

1. *Proyecto Inicial para la Inserción de los Métodos Alternos de Solución de Controversias en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para el periodo 2003. Propone la creación del Centro de Justicia Alternativa (CJA), encargado, en una primera etapa, de proporcionar servicio de mediación exclusivamente en la materia familiar a partir del 1o. de septiembre de 2003.*
2. *Reformas a la Ley Orgánica del Tribunal. Los cambios del artículo 200, incluyeron otorgar al Consejo de la Judicatura la facultad para "... expedir acuerdos generales... para el desarrollo de programas de soluciones alternativas de controversias...". Se publicaron el 1o. de abril de 2003.*
3. *Acuerdo 16-23/2003, que resuelve "... autorizar la aprobación y ejecución del Proyecto de Justicia Alternativa", emitido por el Pleno del Consejo de la Judicatura, facultado en términos del citado artículo 200 de la Ley Orgánica del Tribunal, del 7 de mayo de 2003. Los objetivos a alcanzar, previo a iniciar el servicio de mediación familiar, eran:*
 - *Establecer la normatividad que regiría su funcionamiento.*
 - *Contar con los mediadores que proporcionarían el servicio.*
 - *Determinar el presupuesto y la estructura organizacional necesaria.*
 - *Formalizar los acuerdos con aquellas instancias que funcionarían inicialmente como proveedoras de los casos materia de mediación.*
 - *Acondicionar el espacio físico en el que se instalaría nuestro servicio.*
4. *Expedición de las Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que entraron en vigor el 3 de septiembre de 2003.*
5. *Inicio de funciones del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (CJA) en forma experimental y su posterior apertura al público en*

El 28 de septiembre de 2001 se lanzaba el «Proyecto para la Mediación en México ABA-USAID» con la participación de 18 estados —comunidades autónomas en España- de la República que ya contaban o buscaban contar con procedimientos alternativos al proceso jurisdiccional, los estados partícipes: Aguascalientes, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, así como el Distrito Federal».

³⁷⁷ Díaz Madrigal, Ivonne Nohemí, *La mediación...*, op. cit., Nota 291, pp. 54 y 55.

materia familiar. Inició su servicio con cinco mediadores y el personal especializado, técnico y administrativo indispensable, contaba originalmente con cinco salas de mediación, una sala de convenios, una sala de mediadores, dos áreas de información especializada, recepción y una sala de juntas.

6. *En 2003 se crea el CJA como órgano del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal para administrar y desarrollar los métodos alternativos de solución de conflictos en el Tribunal, en particular a través de la mediación. Cinco años después y con motivo de las reformas a la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, de 2008, se convierte en una dependencia del propio Tribunal con autonomía técnica y de gestión.”*

3.3.2.2. La reforma del 2008

El 18 de junio de 2008 fue publicada “La Reforma Constitucional en Materia de Seguridad y Justicia”,³⁷⁸ la cual tiene tres ejes torales: la implementación de un Sistema Nacional de Seguridad Pública, la implementación del Sistema Acusatorio y Oral y, un Sistema de excepción para la investigación, procesamiento y juzgamiento de conductas de alto impacto como las de Delincuencia Organizada.

Se reformaron diez artículos constitucionales: siete artículos en materia penal (16 a 22), uno sobre las facultades del congreso (73), y uno sobre desarrollo municipal. Teniendo, la reforma, como objetivos ajustar el sistema de justicia penal a “*los principios de un Estado democrático de defender las garantías de víctimas y acusados y la imparcialidad en los juicios, así como implantar prácticas más eficaces contra la delincuencia organizada y en el funcionamiento de las cárceles. Asimismo, adaptar las leyes penales a compromisos internacionales*”.³⁷⁹

De manera general se ha entendido como medio alternativo a toda figura procesal que ponga fin a la pretensión punitiva, es decir, todo aquello que no sea una sentencia penal que no sea dictada por un tribunal (colegiado o unitario) de juicio

³⁷⁸ Diario Oficial de la Federación, publicado el 18 de junio de 2008.

³⁷⁹ Gobierno Federal, *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de consulta. ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*, México, Gobierno Federal, 2008, *passim*.

oral. En ese sentido, algunos piensan que los medios alternativos de solución de conflictos son:

1. Los criterios de oportunidad aplicados por el Ministerio Público.
2. La Justicia Restaurativa.
3. La suspensión condicional del procedimiento.
4. El procedimiento abreviado.

Precisamente la confusión puede provenir de una errónea interpretación del fundamento constitucional, introducido por la reforma en comento, al mencionar los mecanismos alternativos de manera general en el originalmente párrafo tercero del artículo 17 constitucional de la reforma:³⁸⁰

“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”

En primer lugar, podemos percibir que nuestra carta magna establece el uso de medios alternativos para cualquier materia jurídica (ambiental, laboral, familiar, civil, mercantil, electoral, propiedad intelectual, comercio y un amplio etc.); respecto a la materia penal establece, sin mayores especificaciones, que deben asegurar la reparación del daño y el establecimiento de los casos en que estos medios alternativos requieran de una supervisión judicial como control de legalidad.

En virtud de lo anterior, consideramos que debemos distinguir entre simples medios de descongestión o aceleramiento del sistema penal y verdaderas salidas alternas. Como medios de descongestión consideramos a la aplicación de criterios de oportunidad (art. 21, párrafo séptimo, CPEUM)³⁸¹ y el procedimiento abreviado

³⁸⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Hay que tomar en cuenta que un decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de julio de 2010 reformó el artículo 17 en comento introduciendo en párrafo (que nada tiene que ver con nuestro tema) y por lo que actualmente el fundamento de los mecanismos alternativos es el párrafo cuarto.

³⁸¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 21, párrafo séptimo:

(art. 20, apartado A), frac VII)³⁸²; por otro lado, podemos considerar como verdaderos medios alternativos de solución de conflictos en materia penal la suspensión condicional del procedimiento y la Justicia Restaurativa.

Los medios de aceleración o descongestión tienen, a nuestro criterio, las siguientes características:

- La reparación del daño no es un objetivo directo o principal (en los criterios de oportunidad es un requisito y en el procedimiento abreviado es parte de la sentencia).
- No se soluciona el conflicto entre las partes (los criterios de oportunidad son facultad del Ministerio Público basada en cuestiones de política criminal) y con respecto a la procedencia del procedimiento abreviado se le puede consultar a la víctima, pero su opinión no es vinculante.
- Al final, la terminación del proceso es a consecuencia de una decisión de una autoridad de procuración o administración de justicia.

En cambio, las características de los medios alternativos son:

- Es más importante la reparación del daño, no solo en sentido económico (recordemos que en la suspensión condicional, dentro de las obligaciones a imponer al imputado podemos encontrar abstenerse de realizar ciertas conductas, tratamientos de desintoxicación, etc.).
- Se busca la solución del conflicto entre las partes.
- El fin del proceso es a consecuencia de la voluntad de las partes (si bien debe haber una resolución por parte del Ministerio Público o del Juez, según

“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.”

³⁸² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

“Artículo 20. ...

1. De los principios generales.

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.”

corresponda, pero sólo es en carácter de revisión de legalidad y dotar de formalidad el acuerdo –mediación– o del cumplimiento de las obligaciones y reparación del daño –suspensión condicional–).

3.3.2.3. La mediación en el proceso penal mexicano

Debemos recordar que, por primera vez en la historia de nuestro país, una reforma constitucional de tal envergadura y trascendencia como la del 2008, fue impulsada por algunas buenas prácticas de varias Entidades Federativas, en otras palabras, esas entidades federativas comenzaron con la implementación del sistema acusatorio, y de la mediación en materia penal, años antes a la reforma constitucional de 2008. Sin ánimo de ser exhaustivos, únicamente para dar un contexto, repasaremos la regulación en materia de mecanismos alternativos de algunas entidades federativas.

A) Nuevo León

En el 2004, **Nuevo León** fue la primera entidad federativa en tratar de reformar su sistema de justicia penal al realizar algunas modificaciones al Código de Procedimientos Penales de Nuevo León. Podemos decir que es un intento limitado y que se queda corto, ya que únicamente se adiciona dos títulos al código procesal – vigente en ese entonces y de corte mixto inquisitivo– que regulaban los procedimientos de juicio oral penal y de juicio abreviado. Al no ser una reforma integral, a estos procedimientos se les conocía, coloquialmente, como eminentemente orales.

No fue sino hasta el 2011 que se realiza una reforma integral del sistema de justicia, incluyendo leyes secundarias, para la implementación del sistema acusatorio y oral. Concretamente, el Código Procesal para el Estado de Nuevo León (publicado el 5 julio de 2011)³⁸³ establece como protección a la víctima que el Ministerio Público deberá promover los acuerdos reparatorios y cualquier mecanismo que facilite la

³⁸³ Periódico Oficial del Estado de Nuevo León, de 5 de julio de 2011

reparación del daño (art. 11). El cumplimiento de los acuerdos, serán causa de extinción de la acción penal (art. 93).

En el Título Octavo se regulan los Modos Alternativos de Terminación del Proceso, entre los que se incluyen la Justicia Alternativa (Capítulo I), Los Acuerdos Reparatorios (Capítulo II) y la Suspensión Condicional del Proceso a Prueba (Capítulo III). Básicamente se distinguía la Justicia Restaurativa de los Acuerdos Reparatorios en capítulos diferentes ya que en el primero se recogía la doctrina respecto a los medios alternativos de solución de conflictos, en el segundo los efectos procesales que tenían los acuerdos reparatorios. Cabe aclarar, que procesalmente hablando, no importa la manera en que las partes han llegado al acuerdo.

No se establecen cuáles eran las formas de solución de conflictos, ya que remitía a la “Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado”. Dicha ley es anterior al código acusatorio, fue publicada el 14 de enero de 2005,³⁸⁴ por lo que solamente se indicaba que los Métodos Alternos únicamente serían aplicables a los asuntos que sean susceptibles de convenio, que no alteren el orden público, no contravengan alguna disposición legal expresa o afecten los derechos de terceros; por tal motivo, solamente lo referente a la reparación del daño sería sujeta a los métodos alternativos, en cualquier etapa del procedimiento (art. 3º).

Al no ser una ley especializada en métodos alternativos en materia penal no establecía en qué sede se llevarían a cabo aquellos (ministerial o judicial), lo cual generó una serie de confusiones en la práctica

Si bien, los acuerdos reparatorios no estaban legislados en el proceso, en la práctica se aplicaban los métodos alternativos a aquellos delitos de querrela y en los que permiten el perdón del ofendido, y en caso de tener éxito y las partes llegaran a un acuerdo, se aplicarían estas dos instituciones reguladas en el sistema procesal penal mixto vigente en aquel entonces.

³⁸⁴ Periódico Oficial del Estado de Nuevo León, de 14 de enero de 2005.

B) Chihuahua

El Estado de Chihuahua fue la primera entidad federativa en implementar de manera integral el sistema acusatorio mediante un paquete de reformas que fueron publicadas el 9 de agosto de 2006; además, la publicación de un nuevo Código de Procedimientos Penales, el paquete contenía reformas a diversos ordenamientos y la creación de nuevas leyes, entre otras:³⁸⁵

Reformas:

- Constitución del Estado,
- Ley Orgánica del Poder Judicial.

Legislación Nueva:

- La ley Orgánica del Ministerio Público del Estado,
- Ley de Atención y Protección a Víctimas u Ofendidos del Delito,
- Ley Estatal de Seguridad Ciudadana,
- Ley General de la Penitenciaria y Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad,
- Ley de Justicia Penal Alternativa, y
- La Ley de Justicia Especial para Adolescentes.

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua no reguló en un capítulo especial la Justicia Restaurativa, únicamente la introduce como un principio:

“Artículo 23. Justicia restaurativa.

Para la solución de las controversias materia del presente Código se adopta el Principio de Justicia Restaurativa, entendido como todo proceso en el que la víctima u ofendido y el imputado, o condenado, participan conjuntamente, de forma activa, en

³⁸⁵ Periódico Oficial del Estado de Chihuahua, de 9 de agosto del 2006.

la resolución de las cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la integración de la víctima y ofendido y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

El Ministerio Público utilizará como medios para lograr la justicia restaurativa, la negociación, la mediación y la conciliación, entre otras”.

Respecto de los acuerdos reparatorios, el código chihuahuense los contempla como una causa de extinción de la acción penal (art. 82 f. IV). El Título Séptimo, regulaba los Modos Alternativos de Terminación del Proceso, que contemplaba los Acuerdos Reparatorios (Capítulo I), y la Suspensión del Proceso a Prueba (Capítulo II):

Podemos hacer la crítica a este código, que comienza con la tendencia, que sigue hasta nuestros días, de no regular la Justicia Restaurativa, insistiendo en que la manera en cómo se llegue al acuerdo no es importante para el proceso, sino solamente los efectos, tal como se desprende de la simple lectura de la definición aportada por el propio código.³⁸⁶

“Artículo 196. Definición.

Se entiende por acuerdo reparatorio el pacto entre la víctima u ofendido y el imputa que lleva como resultado a la solución del conflicto a través de cualquier mecanismo idóneo que tiene el efecto de concluir el procedimiento.”

El 30 de diciembre de 2006 se publica La “Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua”, que, como su nombre lo indica, es una legislación especializada en los medios de solución de conflictos en materia penal. En su artículo 1 enuncia como medios alternativos a la mediación, la negociación y la

³⁸⁶ Código de Procedimiento Penales del Estado de Chihuahua.

conciliación, dejando la puerta abierta a otras formas (“entre otras” dice expresamente).³⁸⁷

Es en su artículo 2, donde se establece cuáles son los medios alternativos y los define:

“ARTÍCULO 2.- Para los efectos de la presente ley, se entenderá por:

III.- Medios Alternos.- El empleo de Técnicas de Mediación, Negociación, Conciliación y Juntas de Facilitación, para la solución de las controversias, adoptando el principio de Justicia Restaurativa;

IV.- Principio de Justicia Restaurativa.- Todo proceso en el que la víctima u ofendido y el imputado o condenado, participan conjuntamente, de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo.

V.- Resultado Restaurativo.- El acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la integración de la víctima u ofendido y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

VI.- Mediación.- Técnica que facilita la comunicación entre las partes en conflicto, con el propósito de que lleguen por sí mismos, a una solución que ponga fin a la controversia;

VII.- Negociación.- Proceso de comunicación y toma de decisiones entre las partes, en el cual se les asiste para elaborar el acuerdo que dé solución al conflicto o impulse un acuerdo satisfactorio entre las partes.

VIII.- Conciliación.- Proceso en el que se presentan alternativas de solución a las partes en conflicto para llegar a un acuerdo;

IX.- Juntas de Facilitación.- Proceso desarrollado entre las partes, con la participación de los afectados indirecta o mediata por un conflicto, para resolverlo de manera colectiva, mediante un acuerdo.

³⁸⁷ Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua.

...”

La ley establecía que los medios alternativos que procurara el Agente del Ministerio Público, estarían a cargo del Centro de Justicia dependiente de la Procuraduría, en el caso de que se aplicaran a instancia de los Jueces de Garantía y de los Agentes del Ministerio Público, se **podrían** tramitar con el apoyo del personal especializado del “Centro” de la Procuraduría (arts. 27, 28 y 29).

C) Oaxaca

El Código Procesal para el Estado de Oaxaca fue publicado el 9 de agosto de 2006 estableciendo una *vacatio legis* de un año,³⁸⁸ en El Título Séptimo Regulaba los Modos Simplificados de Terminación del Proceso: Capítulo I Conciliación, Capítulo II, Criterios de Oportunidad y Capítulo III, Suspensión del Proceso a Prueba. Como podemos ver, solamente establece la conciliación como un modo fácil de terminar el proceso.

La conciliación procedía en los siguientes casos (art. 191, párrafo primero).³⁸⁹

- Delitos culposos,
- Delitos perseguibles por querrela,
- De contenido patrimonial sin violencia,
- Los que admitan sustitución de sanciones o condena condicional,

Consideramos que se realizó una redacción desafortunada en cuanto a los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, al considerar la conciliación como un género de estos y no como la especie, ya que el código indicaba que procedía la conciliación entre víctima e imputado por cualquier medio idóneo. Por otra parte, se exceptuaba de su aplicación a los homicidios culposos (entre otros), lo cual refleja la visión, meramente de descongestión (terminar pronto los asuntos) y no una visión basada en Justicia Restaurativa.

³⁸⁸ Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, de 9 de septiembre de 2006.

³⁸⁹ Código Procesal para el Estado de Oaxaca.

En el caso de que las partes tuvieran la intención de conciliar, una vez que el juzgado ha conocido de la causa, el Juez convocaba a audiencia y podía, no era obligatorio, solicitar el asesoramiento y auxilio de personas o entidades especializadas en procurar acuerdos de las partes en conflicto, o podían los interesados designar a un amigable componedor; todo esto no debería realizarlo el Juez tratándose de delitos de carácter sexual cometidos en perjuicio de menores de edad. En el caso de que no se haya judicializado la investigación el Ministerio Público tenía, siempre, la obligación de auxiliarse de un facilitador certificado (art. 194).

La entidad federativa contaba, desde el 12 de abril de 2004, con la Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca, que, como podemos ver de la simple lectura de su nombre, solamente admite una de las varias formas de los medios alternativos de solución de conflictos.

En su artículo 2, impone al Estado la obligación de promover la mediación en todos los ámbitos de la vida social mediante el establecimiento de Centros de Mediación públicos o privados, en el artículo tercero se encuentra un catálogo de definiciones:

“Artículo 4.- Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

I.- Mediación: Método alternativo no adversarial para la solución de conflictos, mediante el cual uno o más mediadores, quienes no tienen facultad de decisión, intervienen únicamente facilitando la comunicación entre los mediados en conflicto, con el propósito de que ellos acuerden voluntariamente una solución que ponga fin al mismo total o parcialmente;

II.- Mediador: Persona física que interviene en la mediación facilitando la comunicación entre los mediados. Cuando intervenga más de un mediador se les denominará comediadores;

III.- Meditados: Personas físicas o morales debidamente representadas que deciden voluntariamente someter el conflicto existente entre de ellas a la mediación;

IV.- Centro de Mediación Judicial: Órgano Auxiliar del Poder Judicial del Estado a que se refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado;

V.- Centros de Mediación Públicos: Todas aquellas Instituciones Públicas Estatales y Municipales que presten servicios de mediación, que deberá ser gratuita;

VI.- Centros de Mediación Privados: Son todas aquellas personas que presten servicios de mediación con fines altruistas o de lucro; y

VII.- Terceros auxiliares de la mediación: En todos los asuntos y a petición de ambas partes podrá requerirse el apoyo de expertos en la materia objeto de la mediación, cuya elección y honorarios estarán a cargo de los mediados en partes iguales, salvo acuerdo en contrario.”

Respecto de la materia penal, consideramos que es una regulación muy escueta, solamente se hace referencia en el artículo 5 en su fracción II, en donde se permite el uso de la mediación en los delitos de querrela y que no sean considerados graves. Si la mediación se realizaba en la averiguación previa (recordemos que la ley es previa al sistema acusatorio) y el acuerdo se cumplía, el Ministerio Podía ejercer su facultad de no ejercicio de la acción penal; en cambio, si el asunto se encontraba en la etapa procesal ante el órgano jurisdiccional, el Centro de Mediación remitirá el convenio al Ministerio Público para que solicite al Juez el sobreseimiento con base al convenio.

D) Estado de México

De manera similar a Nuevo León, en el Estado de México su primer intento por un sistema de procesamiento oral se tradujo en reformas asistemáticas a su Condigo de Procedimientos Penales de corte mixto inquisitivo, introducción un Título Séptimo, con dos Capítulos: Capítulo Primero del Juicio Predominantemente Oral, y Capítulo Segundo del Procedimiento Abreviado.³⁹⁰

No sería hasta el 9 de febrero de 2009, que se publicaría el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, ya de corte acusatorio y oral;

³⁹⁰ Decreto No. 202 publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, de 2 de enero de 2006.

cabe decir que, a pesar de un código de esta naturaleza, jamás hemos considerado un buen ejemplo de sistema acusatorio al del Estado de México, ya que, desde la ley y en la práctica, se continúan realizando los vicios y críticas del sistema anterior, sólo por mencionar un ejemplo, el uso de una área de seguridad en las salas de audiencias, en prácticamente todos los casos, y no como excepción.

Respecto a nuestro tema, el código en comento contempló a la Justicia Restaurativa dentro del Título Primero (Disposiciones Generales), como un principio y/o un derecho de los gobernados:

“Justicia restaurativa

Artículo 25. *Se entenderá por justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima u ofendido y el imputado o sentenciado, participan conjuntamente en forma activa en la solución de cuestiones derivadas del hecho delictuoso en busca de un resultado resarcitorio, con o sin la participación de un facilitador.*

Se entiende por resultado resarcitorio, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.”

En el Título Cuarto Justicia Restaurativa, Contempla en tres Capítulos: Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, Suspensión Condicional del Proceso a Prueba, y la Acción para Obtener la Reparación del Daño. Los mecanismos alternativos considerados son la mediación, la conciliación, el arbitraje y cualesquiera otros que estableciera el código (art. 115).

Ante esta regulación, debemos decir que evidencia un completo desconocimiento y confusión de los conceptos; en primer lugar, el arbitraje no es aplicable en materia penal, segundo, se confunde la idea general de mecanismo alternativo con la de justicia restaurativa y, tercero, aberrantemente se iguala una acción de reparación del daño (acción civil) a una forma de justicia restaurativa.

En octubre de 2010 se publica la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México,³⁹¹ estableciendo en el artículo 1, entre sus objetos, los siguientes:

- Regular la mediación, la conciliación y la Justicia Restaurativa (frac. II).
- Regular al órgano encargado del Poder Judicial especializado en mediación, conciliación y Justicia Restaurativa (frac. V).
- Las condiciones a observar los procedimientos de mediación, conciliación y Justicia Restaurativa (frac. VIII).

El artículo 3 regula la Justicia Restaurativa como un derecho de las personas para la resolución de conflictos; habrá centros de mediación, conciliación y justicia restaurativa en sede judicial y en sede ministerial (art. 5). En materia penal permitía el uso de la Justicia Restaurativa en delitos culposos, en lo que proceda el perdón del ofendido, los patrimoniales sin violencia y los de pena con media aritmética menor a 5 años; pudiéndose combinar con los criterios de oportunidad o suspensión del procedimiento a prueba (art. 22). Cuando no proceda el perdón se puede aplicar Justicia Restaurativa para exclusivamente la reparación del daño y la restauración de las relaciones humanas y sociales por el delito (art. 23).

No es necesario hacer una larga crítica a estas disposiciones, simplemente podemos decir que el mencionar constantemente el concepto de Justicia Restaurativa no es regularla adecuadamente.

3.3.2.4.- Múltiples y muy diversas legislaciones

Después de la reforma de 2008 se impone la necesidad, por parte de las entidades federativas, de legislar en materia de medios alternativos y su aplicación en la materia penal. Pero ante las facultades estatales para legislar en esta materia, hubo muy distintas (y erróneas) maneras de hacerlo. No había un consenso en todo el país respecto de los siguientes temas:

³⁹¹ Decreto No. 251 publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, de 18 de octubre de 2010.

- Ley específica.
- Organismo regulador.
- Tipos de instituciones administradoras.
- Reforma integral o sólo ley de mecanismos alternativos.

Para tener una idea del gran galimatías, a continuación presentamos un cuadro de la regulación de los mecanismos alternativos en el México hasta el 17 junio del 2018:

MEDIACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

ESTADO	LEY	ACUERDO	REGLAMENTO
Aguas calientes	Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes - Publicada el 27 de diciembre de 2004. - Última Reforma 25 De Marzo De 2013.	Acuerdo mediante el cual se crean las Unidades de Mediación y Conciliación como Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Aguascalientes y se Emiten las Reglas de Organización Interna en Relación con los Procedimientos de Mediación y Conciliación de estos Mecanismos Alternativos - Publicado el 06 de Noviembre de 2014	Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes - Publicado en 05 de Diciembre de 2011
Baja California	Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California - Publicada el 19 de octubre de 2007 - Última Reforma 23 de Abril de 2010		
Baja California Sur	<i>*No existía formalmente una ley pero funcionaba el Centro de Mediación del Honorable Tribunal Superior de Justicia del Estado de Baja California desde 1996</i>		

Campeche			Reglamento Interior De La Procuraduría General De Justicia Del Estado De Campeche - Publicado el 21 de junio de 2005. Reglamento del Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Campeche - Publicado el 11 de enero de 2008.
Chiapas	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Chiapas - Publicada el 18 de Marzo de 2009 - Última reforma el 27 de noviembre de 2014		Reglamento de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Chiapas - Publicado el 8 de Septiembre de 2011
Chihuahua	Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua - Publicada el 09 de Diciembre de 2006 - Última reforma el 02 de octubre de 2010 Ley de Justicia Alternativa del Estado de Chihuahua - Publicado el 30 de Mayo de 2015		
Ciudad de México	Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal - Publicada el 08 de Enero de 2008 Ley de Justicia Alternativa en la Procuración de Justicia para el Distrito Federal - Publicada el 03 de Abril de 2012	Acuerdo A/022/2010 del C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal por el que se establecen los Lineamientos de Operación, Integración y Funcionamiento de la Unidad de Mediación en la Procuración de Justicia - Publicado el 25 de Noviembre de 2010	Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal - 10 de Diciembre de 2013

Coahuila	Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias para el Estado de Coahuila de Zaragoza - Publicada el 12 de Julio de 2005 - Última reforma el 17 de mayo de 2013.		
Colima	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima - Publicada el 27 de Septiembre de 2003 - Última reforma el 31 de mayo de 2014.		Reglamento de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima - Publicado el 26 de Octubre de 2005
Durango	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango - Publicado el 14 de Julio de 2005		Reglamento de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango - Publicado el 08 de Enero de 2006
Estado de México	Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México - Publicado el 22 de Diciembre de 2010		Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México - Publicado el 19 de Marzo de 2003 Reglamento de la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México - Publicado el 19 de Diciembre de 2011
Guanajuato	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato - Publicada el 27 de Mayo de 2003 - Última reforma el 21 de junio de 2011.		

Guerrero	*No tenía ley. (hubo iniciativas) sólo Centro de justicia alternativa en materia penal desde mayo 2016 ya con la Ley Nacional		
Hidalgo	Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo - Publicada el 21 de Abril de 2008 - Última reforma 22 de junio de 2009	Acuerdo por el que se crea el Centro Estatal de Justicia Alternativa, como órgano auxiliar de la Administración de Justicia, operado por el Instituto de Profesionalización e Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial con facultades para facilitar la resolución de controversias en procedimientos de mediación y ante los Juzgados Indígenas donde no se involucren derechos irrenunciables, indisponibles, que atenten contra la dignidad de las personas o del orden público (2006)	Lineamientos que regirán el funcionamiento del Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Hidalgo (2006)
Jalisco	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco - Publicada el 30 de Enero de 2007 - Última reforma 03 de diciembre de 2013 Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Jalisco - Publicada 04 de Diciembre de 2003		

Michoacán			Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del poder judicial del estado de Michoacán. *año pendiente (al parecer 2006/07)
Morelos	Ley de Justicia Alternativa en materia Penal para el Estado de Morelos - Publicada el 18 de Agosto de 2008 - Última reforma 10 de diciembre de 2014		Reglamento de la Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Morelos - Publicado el 28 de Septiembre de 2011
Nayarit	Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Nayarit - Publicada 23 de Abril de 2011 - Última reforma el 18 de agosto de 2014		
Nuevo León	Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León - Publicada el 14 de Enero de 2005 - Última reforma 26 diciembre 2011		Reglamento del Centro de Mediación de Guadalupe, N.L. - Publicada el 02 de Julio de 2010 Reglamento del Centro de Mediación del Municipio de General Escobedo, N.L. - Publicada el 18 de Junio de 2010
Oaxaca	Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca - Publicado el 12 de Abril de 2004		
Puebla	Ley del Centro Estatal de Mediación del Estado de Puebla - Publicado el 30 de Diciembre de 2013	<i>*Existía una Acuerdo de Pleno de Creación del Centro de Mediación y Conciliación del 13 de diciembre de 2011</i>	Reglamento Interior del Centro Estatal de Mediación del Honorable Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla - Publicado el 06 de Junio de 2014

Querétaro	*Había un modelo de Medios Alternos para el Estado de Querétaro (proyecto en 2006) que no se localizó		Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro Arteaga - Publicado el 21 de Septiembre de 2007 Reglamento Del Centro Municipal De Mediación de Corregidora, Querétaro - Publicado el 15 de Marzo de 2013
Quintana Roo	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo - Publicada el 07 de Abril de 2014		
San Luis Potosí	Ley de Mediación y Conciliación para el Estado de San Luis Potosí - Publicada el 15 de Abril de 2014		
Sinaloa	Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Sinaloa - Publicada el 15 de Mayo de 2013	Acuerdo número 03/2014.- se crean las Unidades Regionales del Centro Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias Penales en la Región Centro-Norte del Estado de Sinaloa - Publicado el 13 de Octubre de 2014 Acuerdo número 03/2016. Se crean las Unidades Regionales del Centro Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias Penales en la Región Sur del Estado de Sinaloa Publicado el 08 de Enero de 2016 Acuerdo Número 07/2015.- Se crean las Unidades Regionales del Centro Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias Penales en la Región Norte del Estado de Sinaloa - Publicado el 29 de Mayo de 2015	

Sonora	Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Sonora - Publicada el 07 abril de 2008	Acuerdo General Número 3/2003, que crea el Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Sonora 03-04-2003 Acuerdo General No. 02/2008, que crea el Juzgado Octavo de Primera Instancia de lo Penal del Distrito Judicial de Hermosillo, Sonora, así como un Centro de Justicia Alternativa - Publicado el 03 de Julio de 2008	
Tabasco	Ley de Acceso a la Justicia Alternativa para el Estado de Tabasco - Publicada el 29 de Agosto de 2012		
Tamaulipas	Ley de Mediación para el Estado de Tamaulipas - Publicada el 21 agosto de 2007		Reglamento de Mediación para el Poder Judicial del Estado de Tamaulipas - Publicado el 25 noviembre de 2008
Tlaxcala	Ley que regula el sistema de mediación y conciliación en el estado de Tlaxcala - Publicada el 13 de Abril de 2007. Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Tlaxcala - Publicada el 10 de Diciembre de 2012 Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Tlaxcala - Publicada el 10 de Febrero de 2016		

Veracruz	Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos Para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave - Publicada el 2 de agosto 2005 Ley Número 834 de Medios Alternativos para la solución de conflictos del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave - Publicada el 10 de Mayo de 2013	Acuerdo por el que se establece que la Unidad Regional del Centro de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos contará con un coordinador, tres Medidores-Conciliadores, dos secretarios de la Unidad de recepción y un auxiliar administrativo - Publicado el 25 de Junio de 2010	Reglamento de la Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave - Publicado el 08 de Abril de 2014
Yucatán	Ley de mecanismos alternativos de solución de controversias en el Estado de Yucatán - Publicada el 24 de Julio de 2009		Reglamento de la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en el Estado de Yucatán - Publicado el 10 de Febrero de 2011
Zacatecas	Ley de Justicia Alternativa del Estado de Zacatecas - Publicada el 31 de Diciembre de 2008 - Publicada el 23 de marzo de 2013		Reglamento de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Zacatecas - Publicado el 18 de Noviembre de 2009

3.3.2.5. Código y Ley Ncional

Ante la diversidad de las legislaciones y criterios utilizados en todas las entidades federativas, y en un intento de unificación (nosotros pensamos que es más un regreso al centralismo como acto de dominio y de poder), se realiza una reforma constitucional al artículo 73 respecto de las facultades del Congreso de la Unión, publicada el 2 de junio de 2015:³⁸¹

“Artículo 73. El Congreso tiene facultad: I a XX. ...

XXI. Para expedir:

a)

b) ...

*c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común. ...
... XXII. a XXX. ...”*

A) Código Nacional

En este tenor, se busca la existencia de un sólo Código de Procedimientos Penales así como una única Ley sobre medios alternativos. El 5 de marzo de 2014, es publicado el Código Nacional de Procedimientos Penales, con el objetivo de dar una respuesta única a la implementación del sistema acusatorio en México, y así evitar malas prácticas locales que se suscitaban a partir de la legislación de algunas entidades federativas.

No obstante, de la buena voluntad de la reforma, la realidad nos enfrenta a un código con infinidad de antinomias, lagunas, malas interpretaciones y, lo peor,

³⁸¹ Diario Oficial de la Federación del 2 de junio de 2015.

errores de redacción; aquello que quería corregir errores locales, se convirtió en un error generalizado.³⁸²

Respecto al tema que nos atañe, El Código Nacional menciona, por primera vez, los mecanismos alternativos de solución de controversias en el Título V, Sujetos del Procedimiento y sus Auxiliares, Capítulo II, como derecho de la víctima u ofendido a participar en éstos (art. 109, frac. X), como obligación del defensor a promoverlos (art. 117, frac.) y, obligación del Ministerio Público a promoverlos (art. 131, frac. XVIII).

En el Libro Segundo del Código Nacional, encontramos reguladas las soluciones alternas y las formas de terminación anticipada:

“LIBRO SEGUNDO

DEL PROCEDIMIENTO

TÍTULO I

SOLUCIONES ALTERNAS Y FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 183. Principio general

En los asuntos sujetos a procedimiento abreviado se aplicarán las disposiciones establecidas en este Título.

En todo lo no previsto en este Título, y siempre que no se opongan al mismo, se aplicarán las reglas del proceso ordinario.

³⁸² Benavente Chorres, Heshbert e Hidalgo Murillo, José Daniel, *Manual de derecho procesal penal mexicano para conocer y utilizar el código único*, México, Flores Editor/INMEXUS, 2014, pp. X, XI.

“No son pocos los escoyos que el Código Nacional ha puesto a este camino llano y andadero que es el proceso acusatorio. Quizá el mayor ha sido querer destrozarse esa actividad técnica y científica que nuestra policía realiza en la escena del crimen. Confundir una institución con otra, ha sido, igualmente, una (sic) defecto para intuir los procedimientos. No es posible que un sistema acusatorio que elimina las fases de negociación para la solución del conflicto; que distingue entre la conciliación y la mediación como las formas de reparación del daño y que asemeja en la suspensión condicional del proceso los mecanismos de solución de controversias.”

Para las salidas alternas y formas de terminación anticipada, la autoridad competente contará con un registro para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, los procesos de suspensión condicional del proceso, y el procedimiento abreviado, dicho registro deberá ser consultado por el Ministerio Público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder, respectivamente, alguna forma de solución alterna del procedimiento o de terminación anticipada del proceso.

En lo relativo a la conciliación y la mediación, se estará a lo dispuesto en la ley en la materia.”

Se puede observar a simple vista que, en la redacción del Código Nacional, alguien, aunque sin mucha idea, quiso incluir como formas de Justicia Restaurativa en mediación y conciliación; sin embargo, la conciliación y la mediación solamente son mencionadas en el último párrafo del artículo en comento y remitiendo para el tema en la ley de la materia. Curiosamente, como veremos a continuación, no se vuelve a mencionar, contemplar, regular, legislar o pensar en la Justicia Restaurativa en ninguna de sus formas.

En el artículo 185 del Código Nacional establece como formas de solución alterna: 1) El acuerdo reparatorio y, 2) la suspensión condicional del procedimiento. Los acuerdos reparatorios son definidos de la siguiente manera:

“CAPÍTULO II

ACUERDOS REPARATORIOS

Artículo 186. Definición

Los acuerdos reparatorios son aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del proceso.”

Evidentemente la redacción no está haciendo alusión a la idea de un medio alternativo de solución de conflictos, mucho menos a la Justicia Restaurativa, ya que sólo habla de acuerdos entre víctima e imputado para efectos de concluir el proceso y, como hemos visto, los medios alternativos son una idea mucho más amplia que

sólo un acuerdo (normalmente económico) para terminar un proceso. Pareciera que al redactar el código se pensó en alternatividad solamente como algo distinto a sentencia.

Misma crítica realizada al Código de Chihuahua, puede ser aplicada al Código Nacional, es decir, que la regulación de los acuerdos reparatorios es única y exclusivamente en cuanto a procedencia, trámite y efectos de un documento redactado y firmados por las partes y que al final, sí cubre los requisitos, extingue la pretensión punitiva, sin importar la manera en que se llegó al acuerdo.

Veamos un ejemplo muy sencillo: imaginemos un caso de daño en propiedad ajena culposo, por conducción de vehículo automotor, en donde las aseguradoras de los vehículos negocian con respecto de la responsabilidad económica y el monto de la misma, se firma un acuerdo y se extingue el proceso. En este ejemplo de ninguna manera se puede afirmar que se haya aplicado un medio alternativo, propiamente dicho, en ningunas de sus formas (mediación, conciliación, conferencias o círculos).

“Artículo 187. Control sobre los acuerdos reparatorios

Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes:

I. Delitos que se persiguen por querrela o requisito equivalente de parte ofendida;

II. Delitos culposos, o

III. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.

No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza jurídica, salvo que hayan transcurrido cinco años de haber dado cumplimiento al último acuerdo reparatorio, o se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas.”

El artículo anterior indica el tipo de delitos en los que proceden los acuerdos reparatorios, en el último párrafo se regulan excepciones de procedencia, una de

ellas es en los casos de violencia familiar; nuevamente, estamos frente a un garrafal error, se piensa que al prohibir la procedencia de los acuerdos reparatorios a delitos de violencia familiar se está contribuyendo a combatir un grave problema que nos aqueja en nuestros días que es la violencia de género contra las mujeres, pero quienes afirman esto desconocen que los delitos de violencia familiar se pueden suscitar entre distintos tipos de parentesco y, en nuestra opinión, utilizar modelos de Justicia Restaurativa sería la mejor herramienta para resolver este tipo de conflictos.³⁸³

Los acuerdos reparatorios procederán hasta antes que se decrete el auto de apertura de juicio oral, pudiendo el Juez suspender el proceso hasta por treinta días para que las partes puedan concretar el acuerdo con la ayuda de la autoridad competente (art. 188). Podemos vislumbrar una mínima referencia a la Justicia Restaurativa al establecerse la posibilidad que cualquiera de las partes puede solicitar la continuación del procedimiento y, recordemos, que los procesos de Justicia Restaurativa se rigen bajo el principio de voluntariedad.

Los acuerdos pueden ser promovidos por el Ministerio Público en la investigación inicial o por el Juez de control una vez iniciado el proceso. El cumplimiento de los acuerdos puede ser de manera inmediata o de cumplimiento diferido, en el primero de los casos surten sus efectos de inmediato; en caso de ser de cumplimiento diferido las partes podrán pactar el plazo, pero el código no dice cuanto puede ser ese plazo máximo pactado entre las partes; solamente establece que el plazo será de un año si las partes no fijan el plazo.

En caso de incumplimiento de las obligaciones el Ministerio Público debe hacerlo del conocimiento del Juez para que ordene reanudar el proceso, lo cual se hará como si no se hubiere celebrado acuerdo alguno; la información generada por

³⁸³ El Código Penal Federal tipifica la violencia familiar de la siguiente manera:

“Artículo 343 Bis. Comete el delito de violencia familiar quien lleve a cabo actos o conductas de dominio, control o agresión física, psicológica, patrimonial o económica, a alguna persona con la que se encuentre o haya estado unida por vínculo matrimonial, de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, concubinato, o una relación de pareja dentro o fuera del domicilio familiar.

A quien cometa el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo, se le sujetará a tratamiento psicológico especializado.”

los acuerdos no será utilizada, en perjuicio de las partes, dentro del proceso, lo cual podemos interpretar, como el principio de confidencialidad. Caso contrario, es decir, el cumplimiento de lo acordado hará las veces de sentencia ejecutoriada (art. 189).

Cuando los acuerdos se den en etapa de investigación inicial, el Ministerio Público revisa y aprueba los acuerdos, si es después de vinculación lo hará el Juez de control; en ambos casos, lo que se hace es una revisión de legalidad e igualdad, en otras palabras, revisar que los acuerdos no contengan obligaciones notoriamente desproporcionadas, que las partes estuvieron en igualdad para negociar, ni recibieron intimidación, amenaza o coacción (art. 189).

En virtud de la redacción ambigua y desafortunada del código, desde la óptica de la Justicia Restaurativa, se volvió más que necesaria una ley específica en la materia.

B) Ley Nacional

El 29 de diciembre de 2014, se expide la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, que, como su nombre lo indica, es una ley especializada; teniendo por objeto establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos —específicamente— en materia penal previstas en la legislación procedimental. La ley nacional aporta una definición general y finalidad de los mecanismos alternativos:³⁸⁴

“Artículo 1. Objeto general

...

Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal tienen como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en lo oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.”

³⁸⁴ Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

Se contemplan como mecanismos alternativos la mediación, la conciliación y la junta restaurativa (art. 3, frac. IX); de inicio, podemos ver que al establecer los mecanismos alternativos se habla de mediación y conciliación, no así de encuentro víctima-victimario desde la óptica de la Justicia Restaurativa. La Ley Nacional establece que los mecanismos alternativos tendrán los siguientes principios:

“Artículo 4. Principios de los Mecanismos Alternativos

Son principios rectores de los Mecanismos Alternativos los siguientes:

I. Voluntariedad: La participación de los Intervinientes deberá ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación;

II. Información: Deberá informarse a los Intervinientes, de manera clara y completa, sobre los Mecanismos Alternativos, sus consecuencias y alcances;

III. Confidencialidad: La información tratada no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de los Intervinientes dentro del proceso penal, salvo que se trate de un delito que se esté cometiendo o sea inminente su consumación y por el cual peligre la integridad física o la vida de una persona, en cuyo caso, el Facilitador lo comunicará al Ministerio Público para los efectos conducentes;

IV. Flexibilidad y simplicidad: Los mecanismos alternativos carecerán de toda forma estricta, propiciarán un entorno que sea idóneo para la manifestación de las propuestas de los Intervinientes para resolver por consenso la controversia; para tal efecto, se evitará establecer formalismos innecesarios y se usará un lenguaje sencillo;

V. Imparcialidad: Los Mecanismos Alternativos deberán ser conducidos con objetividad, evitando la emisión de juicios, opiniones, prejuicios, favoritismos, inclinaciones o preferencias que concedan u otorguen ventajas a alguno de los Intervinientes;

VI. Equidad: Los Mecanismos Alternativos propiciarán condiciones de equilibrio entre los Intervinientes;

VII. Honestidad: Los Intervinientes y el Facilitador deberán conducir su participación durante el mecanismo alternativo con apego a la verdad.”

Hasta ahora, podría pensarse que la Ley Nacional recoge la ideología y doctrina de la Justicia Restaurativa, ya que, define correctamente los mecanismos alternativos, contempla las juntas restaurativas y regula los principio que los rigen de manera como lo indica la doctrina. Pero esta idea inicial es borrada en el momento que solamente procederán los mecanismos alternativos en los casos previstos por la legislación procedimental (art. 5. Procedencia), y que la oportunidad será hasta antes del dictado del auto de apertura a juicio oral (acusatorio) o previo a las conclusiones (mixto inquisitivo).

Como podemos ver, La Ley Nacional contempla los mecanismos alternativos preferentemente, como una herramienta para evitar el juicio, para terminar el proceso anticipadamente, no como lo hemos visto, como un complemento a la justicia penal en la cual las formas de Justicia Restaurativa y los acuerdos pudieran tomarse en cuenta en la sentencia para la sustitución de la pena o para individualarla, o inclusive, en etapa de ejecución para cumplir con los fines de la pena (prevención especial y general positivas).

En otras palabras, la Ley Nacional asume que los mecanismos alternativos sólo funcionan en delitos no graves, y que en los delitos graves una sentencia penal resuelve conflictos y repara integralmente el daño a la víctima; visión que consideramos muy limitada.

El Título Segundo, de Los Mecanismos Alternativos, está dividido en cinco capítulos; el primer capítulo se refiere a las Disposiciones Comunes.

Los derechos de los intervinientes se encuentran regulados en el artículo 8, las obligaciones en el artículo 9 y la forma de solicitud e inicio del mecanismo en el artículo 10, destacándose que puede realizarse por escrito o de manera oral. Durante la etapa de investigación inicial, el Ministerio Público fomentará la aplicación de los

mecanismos alternativos y, en caso, de la aceptación de las partes, los derivará al Órgano adscrito a las procuradurías o fiscalías. Después de la vinculación a proceso será el juez quien derive el asunto, pero serán las partes quienes podrán elegir entre el órgano adscrito a la procuraduría o al tribunal, si lo hubiere (arts. 10 y 11).

Se realizarán sesiones previas de carácter informativo y explicativo, en caso de que las partes acepten, su manifestación se hará constar por escrito, en las sesiones podrán contar con la presencia de sus abogados, siempre y cuando estén presentes los de ambos, pero no podrán intervenir (arts. 16 a 19). La participación en un mecanismo alternativo puede incidir en el proceso, ya que ameritará que cuando se encuentre detenido en flagrancia sea puesto en libertad por el Ministerio Público o, la revisión de la medida cautelar si se encuentra en prisión preventiva.

Los tercer y cuarto capítulos regulan la mediación y conciliación, que únicamente se diferencian, según la ley, en la facultad del facilitador de poder presentar alternativas de soluciones diversas, esta inútil distinción no sería necesaria si se hubiera introducido la idea de un encuentro víctima victimario, recordemos que los modelos de justicia restaurativa propician el encuentro de las personas, pero no existen reglas fijas en cuanto al modo de llevar éstos, el facilitador, en cada caso concreto, decidirá las técnicas, herramientas y pautas a seguir.

“CAPÍTULO II

DE LA MEDIACIÓN

Artículo 21. Concepto

Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta. El Facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes.

...

CAPÍTULO III

DE LA CONCILIACIÓN

Artículo 25. Concepto

Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados.

Además de propiciar la comunicación entre los Intervinientes, el Facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas.

Artículo 26. Desarrollo de la sesión

La conciliación se desarrollará en los mismos términos previstos para la mediación; sin embargo, a diferencia de ésta, el Facilitador estará autorizado para proponer soluciones basadas en escenarios posibles y discernir los más idóneos para los Intervinientes, con respeto a los principios de esta Ley.

El Facilitador podrá proponer la alternativa que considere más viable para la solución de la controversia.”

Tanto las sesiones de la mediación como la conciliación deben ser orales, solamente se deberá registrar por escrito el acuerdo alcanzado. Esta idea trata de fortalecer el principio de confidencialidad, pero en realidad revela el desconocimiento de los redactores de la ley sobre temas de justicia restaurativa, recordemos que existen algunas herramientas, tales como cartas o videos, que pueden facilitar la comunicación entre las partes para el intercambio de información.

En el Capítulo Cuarto encontramos la Junta Restaurativa, la cual difiere de los encuentros antes descritos, en que no solamente tiene como objetivo la resolución del conflicto entre dos partes mediante la comunicación y el entendimiento mutuo; sino también, incluyen a la comunidad afectada; se busca que el acuerdo atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social (art. 27); teniendo, es estos casos, el acuerdo los siguientes alcances:

“Artículo 29. Alcance de la reparación

La Reparación del daño derivada de la junta restaurativa podrá comprender lo siguiente:

I. El reconocimiento de responsabilidad y la formulación de una disculpa a la víctima u ofendido en un acto público o privado, de conformidad con el Acuerdo alcanzado por los intervinientes, por virtud del cual el imputado acepta que su conducta causó un daño;

II. El compromiso de no repetición de la conducta originadora de la controversia y el establecimiento de condiciones para darle efectividad, tales como inscribirse y concluir programas o actividades de cualquier naturaleza que contribuyan a la no repetición de la conducta o aquellos programas específicos para el tratamiento de adicciones;

III. Un plan de restitución que pueda ser económico o en especie, reparando o reemplazando algún bien, la realización u omisión de una determinada conducta, la prestación de servicios a la comunidad o de cualquier otra forma lícita solicitada por la víctima u ofendido y acordadas entre los Intervinientes en el curso de la sesión.”

Las reglas generales aplicables a los mecanismos alternativos se encuentran reguladas de los artículos 30 a 32; los requisitos, contenido, revisión, cumplimiento y efectos de los acuerdos están regulados del artículo 33 al 35. Recordemos que existen acuerdos de cumplimiento diferido, por lo que, en caso de un cumplimiento parcial, éste será tomado en cuenta, en su caso, para la reparación del daño.

Los órganos encargados de los mecanismos alternativos deberán dar seguimiento en el sentido de monitorear e impulsar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados mediante:

“Artículo 36. Área de seguimiento

...

I. Apercibimiento a los Intervinientes para el caso de incumplimiento del Acuerdo;

II. Visitas de verificación;

III. Llamadas telefónicas;

IV. Recepción o entrega de documentos, pagos, bienes u objetos;

V. Citación de los Intervinientes y demás personas que sean necesarias;

VI. Envío de correspondencia o comunicación, pudiendo usar medios electrónicos, y

VII. Cualquier otra medida necesaria para el cumplimiento del Acuerdo de conformidad con los principios y disposiciones establecidas en esta Ley.”

El Título Cuarto contempla Las Bases para el Funcionamiento de los Mecanismos Alternativos, estableciendo como obligación a las procuradurías y a las fiscalías el contar con órganos especializados en mecanismos alternativos de resolución de controversias con independencia técnica y gestión; por su parte, será opcional para los tribunales el contar con dichos órganos (art. 40).

Los programas de capacitación deberán ser estandarizados en todos los órganos, así como contar con facilitadores certificados en la materia y personal interdisciplinario (arts. 41 y 42). Los poderes judiciales, locales y federal, que cuenten con órganos de mecanismo alternativos conformarán un Consejo de certificación en sede judicial (art. 46); Dicho consejo, junto a la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, emitirán los criterios mínimos de certificación de los facilitadores y tendrán las siguientes funciones (art. 47):

“I. Establecer los criterios mínimos para las capacitaciones orientadas a cubrir los requisitos de certificación o renovación de la misma, de acuerdo a los estándares establecidos en esta Ley;

II. Determinar las normas y procedimientos técnicos para la evaluación y certificación de los Facilitadores;

III. Establecer los lineamientos para la construcción de las bases de datos a las que se refiere esta Ley, y

IV. Las demás que se acuerden para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

La Conferencia y el Consejo podrán celebrar convenios de colaboración para los efectos del presente artículo.”

Por su parte, los requisitos para ser facilitador son los siguientes:

“CAPÍTULO II

DE LOS FACILITADORES

Artículo 48. Requisitos para ser Facilitador

Los Facilitadores deberán:

I. Poseer grado de Licenciatura afín a las labores que deberán desarrollar, con cédula profesional con registro federal;

II. Acreditar la certificación que establece esta Ley;

III. Acreditar las evaluaciones de control de confianza que establecen las disposiciones aplicables para los miembros de instituciones de procuración de justicia;

IV. No haber sido sentenciados por delito doloso, y

V. Los demás requisitos que establezca esta Ley y otras disposiciones que resulten aplicables.”

Para ser facilitador se deberá contar con 180 horas de capacitación teórico-práctica, se deberá renovar su certificación cada tres años y cumplir mínimo con 100 horas de capacitación durante ese periodo para permanecer en funciones (art. 50).

Las obligaciones de los facilitadores están regulados en el artículo 51, y los impedimentos y excusas en el artículo 52.

C) Toma de postura

Hemos visto que el uso de los mecanismos alternativos no necesariamente va aparejados, al sistema acusatorio, las entidades federativas que inician la implementación del sistema acusatorio previo al Código Nacional, e inclusive previo a la reforma de 2008, implementaron los mecanismos alternativos. Si bien es cierto que la reforma les dio fundamento y los códigos acusatorios impulsaron su utilización al ampliar el catálogo de los tipos de delitos aplicables, pero pensando únicamente en el efecto de sobreseimiento; es decir, no es un programa de Justicia Restaurativa, sino de terminaciones anticipadas o rápidas del proceso.

También es cierto que los Estados no lograron establecer un estándar de legislación, ni de buenas prácticas, respecto del uso de los mecanismos alternativos –ni del sistema acusatorio– por lo que se tomó la decisión de estandarizar la regulación y aplicación de los mecanismos alternativos –y del sistema acusatorio– mediante un código y ley única.

El Código Nacional regula los acuerdos reparatorios y remite a la ley especializada en la materia, los acuerdos extinguen la pretensión punitiva del Estado, lo que nos confirma la idea de terminaciones rápidas, basadas en economía procesal y no en restaurar la paz social.

Por su parte, la Ley Nacional aunque tiene algunos tintes de filosofía restaurativa, contempla los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos pero con idea de economía procesal, ideas que no necesariamente van de la mano. Aunado a lo anterior, contempla como dos de los tres mecanismos, a la mediación y a la conciliación, las cuales se diferencian entre sí solamente por la facultad del facilitador de proponer alternativas de solución; esta última distinción no sería necesaria si se hubiera contemplado la idea de la conferencia víctima victimario, y que fuera el facilitador, en cada caso concreto y sin necesidad de tasarlo en la ley,

que determinara su actuación según las circunstancias generales del hecho y las particulares del caso.

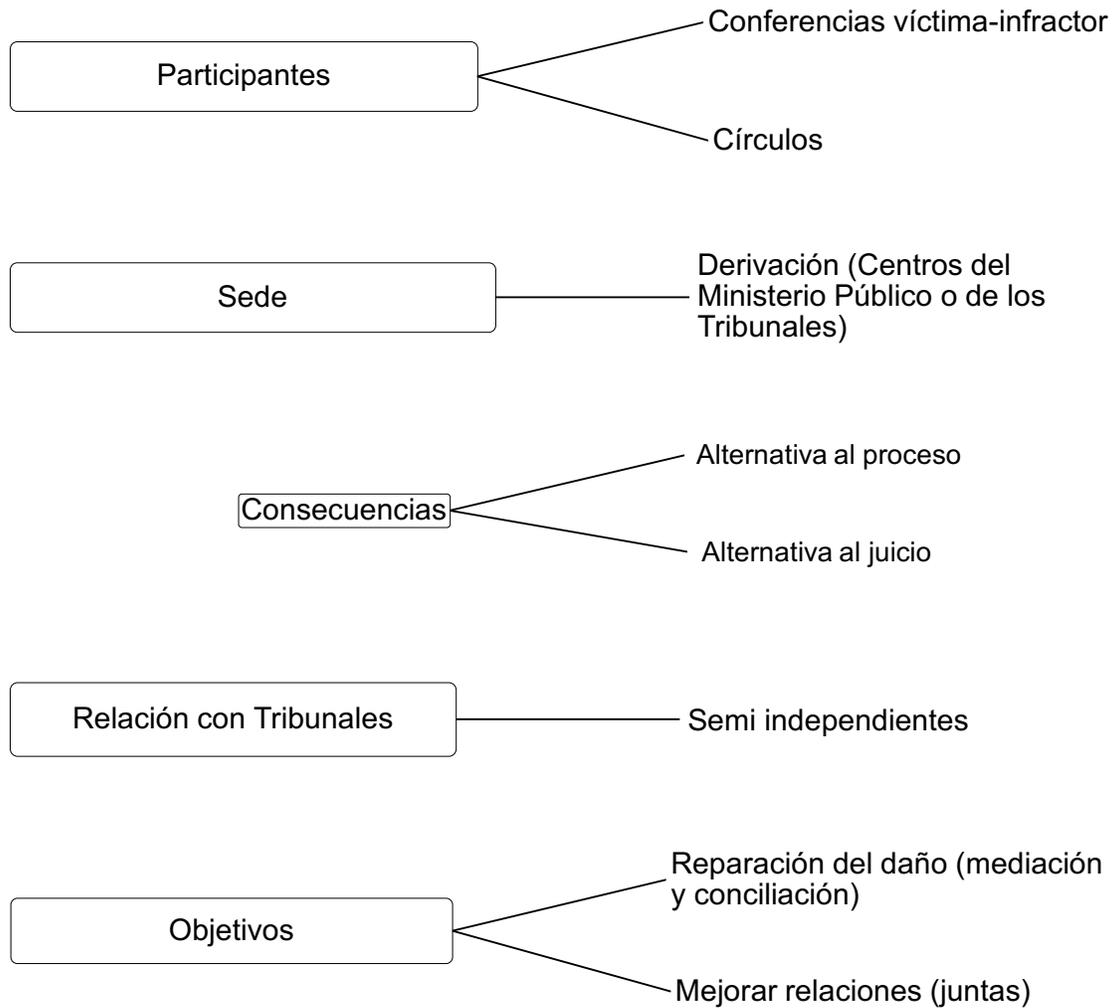
El tercer mecanismo alternativo es la junta restaurativa que contempla la participación de la comunidad para la resolución del conflicto, en busca que el acuerdo atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social. En estas condiciones, podemos afirmar que la Ley Nacional no contempla uno de los modelos esenciales de la Justicia Restaurativa a saber, las conferencias familiares.

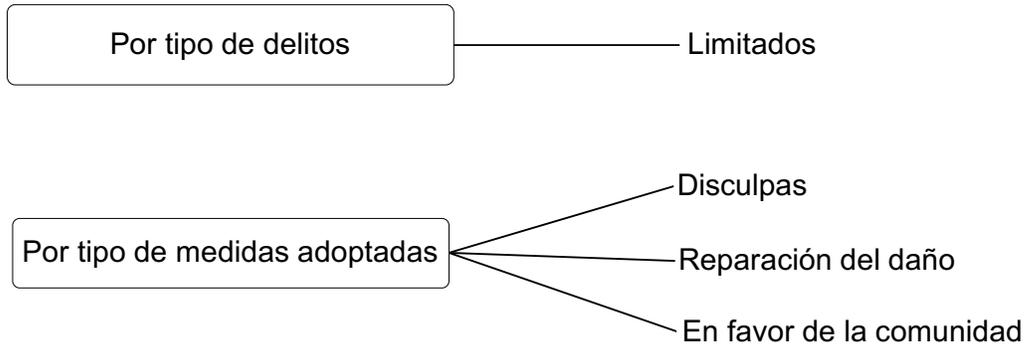
Es claro que los mecanismos alternativos de la Ley Nacional tienen una óptica procesal y no tanto de atender los intereses individuales de las partes ni las colectivas, tan es así que exige que las sesiones sean orales y con la presencia de las partes, esto es pensando más en las formalidades en caso de llegar al acuerdo que propiamente en las necesidades.

Solamente en la junta restaurativa –no así en la mediación ni conciliación– se contempla la idea del reconocimiento de responsabilidad, la disculpa a la víctima y el compromiso de no repetir la conducta por parte del infractor, pero al final se regresa a la idea de restitución económica. Si pensamos en que el Ministerio Público o el Juez (según el momento procesal) tienen que aprobar los acuerdos para que surtan sus efectos, quienes tienen una mentalidad jurídica de legalidad y formalidad, se corre el peligro (ya ha sucedido) de no aprobar los acuerdos a los que han llegado las partes, por no entenderlos.

Dentro de lo aplaudible de la Ley Nacional, es que dentro de los requisitos formales para ser facilitador es simplemente contar con estudios de licenciatura en un área a fin, por lo que corrige el error de algunas legislaciones de exigir que el facilitador fuera Licenciado en Derecho; además de prever una capacitación, actualización y supervisión continua a los facilitadores para su permanencia.

Con todo esto, desde nuestra concepción, en México no se cuenta con un programa de Justicia Restaurativa, solamente con un sistema de mecanismos alternativos que buscan la economía procesal y descongestionar el sistema de justicia. Por último, para finalizar este punto y con fines meramente didácticos, en el siguiente cuadro expondremos las diferentes clasificaciones del sistema de mecanismos alternativos en los que puede ubicarse al sistema de mexicano:





3.3.3.- JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA

España tiene un largo y afianzado desarrollo teórico práctico del proceso en lo general y, concretamente, del penal, basado en la distinción y pugna entre los modelos procesales: adversarial (*common law*) vs. continental europeo; este último con la influencia de países como Alemania y Francia. Es de tal trascendencia que, incluso, dicho desarrollo se extendió hasta el continente americano, vía la conquista, pero que aún ahora, es innegable a pesar de las múltiples reformas de las últimas décadas.

3.3.3.1.- El proceso

Para entender el proceso en España, hay que hacerlo desde la Constitución, como una rama del Derecho público cuyas normas jurídicas tienen por objeto regular el ejercicio de la función jurisdiccional; es decir, instrumenta la función jurisdiccional, a la realización del Derecho al caso concreto. Podría pensarse que la función de los Jueces y Tribunales es la de dirimir conflictos; pero en realidad, afirma la profesora española Pilar Peiteado, es la de tutelar de manera eficaz el derecho objetivo.³⁸⁵

Dicha tutela se diferencia, por ejemplo, de la que realiza el poder ejecutivo, en cuanto que el poder judicial es imparcial, independiente y con desinterés objetivo, teniendo todo ello como consecuencia la determinación irrevocable del derecho. El monopolio estatal de la jurisdicción española se encuentra regulado en el Título VI, Del Poder Judicial (arts. 117 a 122), de la Constitución Española.

En la doctrina, así como en la práctica española, se sustenta la función jurisdiccional –y se confía en ella– con base a una serie de principios y derechos de los gobernados que regirán la actuación del poder judicial, a continuación,

³⁸⁵ Peiteado Mariscal, Pilar, *Explicaciones de clase. Procesal civil I*, Segundo Curso (2º Semestre), Grado en Derecho 2015-2016, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

Con motivo de una estancia de Investigación, tuvimos la oportunidad de asistir a las clases de grado (licenciatura) para poder tener una visión más completa del proceso penal español, cabe mencionar que la clase denominada “Procesal Civil I” para nosotros los mexicanos sería más como una clase introductoria de teoría general del proceso.

describiremos algunos de ellos que incidirán directamente, como veremos más adelante, en el tema de la Justicia Restaurativa y la mediación penal.

Uno de los principales derechos fundamentales en materia de impartición de justicia, es el Derecho a la **Tutela Judicial Efectiva**, por medio del cual toda persona puede ejercer libremente la defensa de sus derechos e intereses legítimos ante la jurisdicción, de manera que en ningún caso se pueda producir indefensión. Aunado a lo anterior, tenemos el Derecho fundamental al **Juez Ordinario Predeterminado por la Ley**; éste último, se traduce en que, en un proceso concreto, un asunto concreto, el Juez debe estar previamente establecido por y en la ley, además, debe tener competencia atribuida previamente, así como la manera de integrarlo.

Estos derechos, son de vital importancia en cualquier proceso, pero adquieren vital importancia en el proceso penal español porque, a diferencia del proceso penal mexicano, quien realiza la investigación es un miembro del poder judicial, el Juez de Instrucción.³⁸⁶

Veamos la regulación constitucional:

“Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

³⁸⁶ Gross de Graz, Hanns, *Manual del juez*, trad., Máximo de Arrendondo, Madrid, La España Moderna, s.a., pp. 23 y 24.

“MISIÓN DEL JUEZ INSTRUCTOR

Si estudiamos detenidamente la forma en que el Juez ha de llenar la misión que se le encomienda, nos convenceremos de que su fin principal, es el feliz resultado de la investigación sumarial. Claro es que para alcanzar buen éxito en ella, tendrá el funcionario judicial que concentrar sus facultades intelectuales, sin darlas un momento de reposo, valiéndose de toda clase de medios lícitos, y empelando tal perseverancia, que desde luego podemos afirmar, que las personas dotadas de carácter poco constante, y faltas de tenacidad, harían bien en no dedicarse al cargo de Jueces de instrucción; pues es eficiente que para éstos, no hay términos medios: ó llevan la investigación a feliz término, ó es inútil é infructífero el trabajo empleado. Ahora bien: entiéndase que para nosotros el éxito no se redice al efectismo del relumbrón, y existe no tan sólo en las investigaciones en que la verdad resplandece, sino también en aquellas otras en que, habiéndose dirigido la instrucción acertadamente y empleado todos los medios racionales conducentes al esclarecimiento del hechos, este propósito no se logra, por las deficiencias humanas, que no nos es dable vencer.”

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

3.3.3.2.- Principios del proceso

Existe una divergencia esencial entre el proceso civil y el proceso penal, y es la existencia del interés público en éste último. A pesar de ello, existen principios que rigen por igual a cualquier proceso y principios jurídico-técnicos que regirán dependiendo del proceso. Por un lado, los Principios Naturales se traducen en postulados de justicia, por el otro, los Principio Jurídico-técnicos son alternativos y se traducen en premisas de eficacia.³⁸⁷

Los principios jurídicos naturales son el principio de audiencia, el principio de contradicción y el principio de igualdad de partes:

- **Principio de audiencia y contradicción.** De manera histórica y coloquial se ha dicho que “nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio”. Se ha de dar a las partes oportunidad de hacer valer sus pretensiones, pudiendo alegar, introducir hechos y proponer la práctica de las pruebas que consideren oportunas. En el proceso penal, este principio es mucho más estricto, en el proceso civil basta con la posibilidad de comparecer, alegar y probar; en cambio, en el proceso penal se exige físicamente su presencia.³⁸⁸
- **Principio de igualdad de partes.** Dado que las partes tiene intereses en contrario, deben contar con las mismas posibilidades a la hora de alegar, probar o impugnar. Este principio se respeta totalmente en las vistas orales y, principalmente, en la audiencia de juicio oral, pero no así en la etapa de

³⁸⁷ Oliva Santos, Andrés de la, *et. al.*, *Curso de derecho procesal civil I. Parte General*. 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2013, *passim*.

³⁸⁸ Tomé García, José Antonio, *Curso de Derecho Procesal Penal, op. cit.*, Madrid, COLEX, 2016, pp. 36 y 37.
 “Existe, no obstante, excepciones a dicha regla y, como veremos más adelante, nuestro proceso penal también admite la posibilidad de juzgar en ausencia al acusado siempre que concurren una serie de requisitos que tratan de asegurar que la ausencia del acusado al juicio sea voluntaria y siempre que la pena pedida no exceda de dos años de privación de libertad (vid. art. 786.1º II LECrim).”

instrucción (investigación en el sistema jurídico mexicano) donde el Juez que dirige la investigación y el Ministerio Fiscal que colabora, tienen facultades de actuación que el investigado o encausado no tienen.³⁸⁹ En otras palabras, no debemos confundir la igualdad procesal con la igualdad material.

En cuanto a los principios jurídico-técnicos tenemos el principio dispositivo, el principio de oficialidad (derivado del de legalidad) y el principio de oportunidad:³⁹⁰

- **Principio dispositivo.** Rige los procesos donde los intereses o situaciones son de naturaleza privada, el proceso inicia a instancia de parte y el objeto del proceso lo fijan las partes; en este sentido, las alegaciones y las pruebas se realizan por aportación de parte. El enjuiciamiento se fundará sólo en lo alegado y probado por las partes, lo que se traduce en congruencia con la sentencia; por último, las partes pueden poner fin al proceso en cualquier momento.
- **Principio de oficialidad.** Derivado de la presencia del interés público, el objeto del proceso penal está determinado por las normas jurídicas, los hechos y las pruebas son introducidas por el tribunal, así como por las otras partes. Por regla general, la voluntad de las partes no puede condicionar el fin del proceso y, la sentencia debe responder al objeto configurado por la norma (la verdad material) y no a lo pedido por las partes (verdad jurídica).
- **Principio de oportunidad.** Conforme a este principio, el Ministerio Fiscal tiene facultades para que, ante determinado hecho punible, pudiera no promover la iniciación del proceso, o no formular acusación, o acusar por un delito distinto del que corresponda legalmente, o pedir una pena inferior a la señalada en el Código Penal. Las manifestaciones de este principio en el proceso penal español son: la conformidad, la conformidad por reconocimiento de hechos, el proceso por aceptación, la posibilidad de que los jueces puedan sobreseer procedimientos a petición del Ministerio Fiscal por falta de interés

³⁸⁹ Chozas Alonso, José Manuel, *Explicaciones de clase. Procesal penal*, Segundo Curso (2º Semestre), Grado en Derecho 2015-2016, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

³⁹⁰ Banacloche Palao, Julio y Zarzalejos Nieto, Jesús, *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*, 2ª ed., Madrid, La Ley, 2011, pp. 25, 26 y 27.

público, las contempladas en la responsabilidad del menor, y la mediación penal.

Mas adelanten veremos que las principales críticas y objeciones a la Justicia Restaurativa en España, pero sobre todo a la mediación penal, se basaran en éstos principios.

3.3.3.3.- Marco normativo europeo

En el caso de España, su sistema jurídico se encuentra directamente relacionado con Instituciones y normatividades de carácter supranacional, en virtud de su situación geográfica y económica; en este sentido, no podemos olvidar que la nación española forma parte de la Unión Europea y, por ende, tiene que acatar y aplicar la normatividad y recomendaciones que deriven de ésta.

En este contexto, la primera referencia a la mediación, en general, fue el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (convenio de Roma, adoptado por el Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1950 donde se admite como procedimiento para el propio funcionamiento de su sistema de garantías en la Comisión instituida para dirimir conflictos entre un Estado infractor y el demandante, víctima de violación de derechos.³⁹¹

De manera concreta, el Consejo de Europa ha emitido varias resoluciones que invitan los Estados miembros a introducir en sus legislaciones la mediación y la reparación, así como otorgar y garantizar a los ciudadanos un mayor protagonismo e injerencia en los procedimientos judiciales penales mediante la resolución de

³⁹¹ Perulero García, Diana, “Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal”, en Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, *coord.* Soletto Muñoz, Técno, Madrid, 2011, pp. 459 y 460.

conflictos penales en los que se vean involucrados;³⁹² así dentro de las Recomendaciones del Consejo de Europa tenemos:³⁹³

- *Recomendación R (83) 7* de 23 de junio de 1983, orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales que tiendan a prevenir la criminalidad y facilitar la indemnización y la reparación de las víctimas, como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad.
- *Recomendación R (85) 11* de 28 de junio de 1985, referente a la posición de la víctima en el marco del proceso penal y del Derecho penal, que recomienda a los gobiernos revisar la legislación y las prácticas, teniendo presente que las decisiones de la justicia se habrán de tomar en consideración la reparación del daño sufrido por la víctima y todo el esfuerzo hecho seriamente por el autor del delito en este sentido.
- *Recomendación R (87) 18* de 17 de septiembre de 1987, sobre la simplificación de la justicia penal, recomienda a los gobiernos potenciar la aplicación de principios de descriminalización y de intervención mínima; tomar medidas que faciliten la simplificación de los asuntos menores; y evitar, siempre que sea posible, la intervención judicial. Recomienda llegar a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima y evitar la infracción penal, si el sujeto cumple las condiciones que se acordaron.
- *Recomendación R (87) 21* de 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, recomendando a los gobiernos de los Estados miembros favorecer el uso de la mediación penal entre víctima e infractor, en ámbitos nacionales o locales, y evaluar los resultados para verificar el beneficio a los intereses de la víctima.
- *Recomendación R (92) 16* de en cuanto a la reglas europeas sobre sanciones y medidas aplicadas en la comunidad considera que las sanciones y medidas

³⁹² Martínez Arrieta, Andrés, “La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal”, en *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, España, Fundación AGAPE, 2010, pp. 78 y 79.

³⁹³ Iniciativa del Reino de Bélgica con vistas a la adopción de la Decisión del Consejo por la que se crea una red europea de puntos de contacto nacionales para la justicia reparadora, disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52002IG1008\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52002IG1008(01)), fecha de consulta: 25 de enero de 2016.

que se cumplen en la comunidad son modos importantes para combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión.

- *Recomendación R (99) 19* de 15 de septiembre de 1999 que establece los principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal, indicando:
 - Los Estados miembros tienen cada vez más la tendencia al uso de la mediación penal como complemento o alternativa al procedimiento penal tradicional, como una opción flexible basada en la resolución del problema y la implicación de las partes.
 - Existe una imperante necesidad de posibilitar la participación personal activa en el procedimiento penal tanto de la víctima, del delincuente y de todas las personas que están implicadas (la comunidad).
 - Reconocimiento al legítimo interés de la víctima para poder expresar las consecuencias de su victimización, comunicarse con el delincuente para obtener información de él y en cuanto a sus razones, explicaciones y una reparación en el sentido amplio.
 - La importancia de reforzar el sentido de responsabilidad de los delincuentes y darles la oportunidad de rectificar.
 - La mediación penal puede contribuir a la justicia penal con resultados más constructivos.
- *Recomendación R (2006) 8* de 14 de junio de 2006, sobre la asistencia de las víctimas de las infracciones, para tener en cuenta los beneficios de la mediación penal, destaca la importancia de velar para que las partes puedan manifestar de manera libre su consentimiento, la importancia de la confidencialidad, la voluntariedad y la profesionalización del mediador.

En este mismo sentido, el Consejo de la Unión Europea emite una decisión Marco del 15 de marzo de 2001 /2001/2207/JAI), relativo al Estatuto de la Víctima en el proceso penal, que establece que los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en los procesos penales debiendo poner en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado el 22 de marzo de 2006 (arts. 10 y

17).³⁹⁴ Los operadores (juzgados, fiscales y mediadores) deberán ir elaborando un procedimiento para que se vaya perfeccionando y corregirlo. Entre sus disposiciones destacan las siguientes.³⁹⁵

“Artículo 1

Definiciones

...

e) *«mediación en causas penales»: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente.*

Artículo 10

Mediación penal en el marco del proceso penal

- 1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida.*
- 2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.*

...

Artículo 17

Aplicación

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco:

³⁹⁴ Martínez de Aguirre Aldaz, Manuel, “Espacios para la mediación en nuestro ámbito penal. Una reflexión a partir de la experiencia francesa”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Mercedes de Prada Rodríguez, España, NETBIBLO, 2010, p. 82.

³⁹⁵ Decisión Marco del Consejo de 15 de Marzo de 2001, Relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:es:PDF> fecha de consulta: 25 de enero de 2016.

— en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006,

— en lo que se refiere a los artículos 5 y 6, a más tardar el 22 de marzo de 2004,

— en lo que se refiere a las demás disposiciones, a más tardar el 22 de marzo de 2002.”

De esta manera, y en opinión de Belén Ordoñez, la instauración de un sistema de mediación penal en adultos, es una propuesta de modernización de la justicia, una necesidad del sistema penal, así como un imperativo de la Unión Europea.³⁹⁶

Por su parte, el Parlamento Europeo, emite una directiva el 21 de mayo de 2008, “sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”,³⁹⁷ estableciendo que el modelo de mediación para estas materias se debe basar en:

- El principio de acceso a la justicia.
- Simplificar y mejorar el acceso a la justicia, mediante soluciones extrajudiciales.
- Que las partes que recurran a la mediación cuenten con un marco jurídico predecible, es decir, una legislación marco.
- Utilizar nuevas tecnologías de comunicación en los procesos de mediación.
- No debe hacerse obligatorio el uso de la mediación o someterla a incentivos o sanciones.

3.3.3.4.- Ley de mediación civil y mercantil

El 6 de marzo de 2012 se publicó el Real Decreto 5/2012,³⁹⁸ con el que el legislador puso fin al incumplimiento del plazo de transposición fijado en la Directiva

³⁹⁶ Ordoñez Sánchez, Belén, “Proyecto sobre la aplicación de la mediación penal. Oficina de Asistencia a las Víctimas (OAV) en España”, en *Ámbitos relevantes de la mediación con víctimas y transgresores en España y en México*, Murcia, Diego Marín, Librero-Editor, 2005, p. 295.

³⁹⁷ Directiva 2008/52/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos Aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>, fecha de consulta: 25 de enero de 2016.

³⁹⁸ Boletín Oficial del Estado.

20008/52/CE, donde se establecen como base de la mediación tres ejes principales:³⁹⁹

- La voluntariedad y la libertad de las partes para intentar alcanzar un acuerdo gestionando el conflicto con el auxilio de un mediador. El mediador deberá contar con una formación específica, impartida por instituciones acreditadas, para el ejercicio de su actividad.
- Desformalización legislativa, se establecieron sólo las bases principales del procedimiento de mediación, con una sencilla tramitación. Los plazos de prescripción y caducidad de las acciones se suspenden desde el momento en que se inicia la mediación. Es de relevancia el respeto a la confidencialidad.
- La ejecutividad del acuerdo, siempre que se eleve a escritura pública. Cuestión criticable por provocar molestias y consecuencias económicas a las partes.

3.3.3.5.- Mediación penal para adultos

En España, no existe una regulación expresa y específica de la Justicia Restaurativa (ni de cualquiera de sus modalidades); por tal motivo, se ha concebido al uso de la mediación como algo fuera de la ley; pero debemos tomar en cuenta que la ley no impide que el Ministerio Fiscal o los Jueces y Tribunales; puedan tomarla en cuenta, en el momento de aplicar ley vigente, los resultados que se hayan alcanzado en los procesos de mediación extrajudiciales y, a su vez, les reconozcan efectos previstos en la ley.

Para ello, se debe tomar en cuenta el principio de aplicación judicial progresiva de las leyes de acuerdo a la realidad social. Los operadores deben considerar las nuevas sensibilidades que emergen de esta realidad social, como la creciente identificación con los intereses y los derechos de las víctimas y la concepción de la justicia como servicio público orientado a la resolución de los problemas. Aunado a lo

³⁹⁹ Gonzalo Quiroga, Marta, “Situación actual del marco normativo de la mediación en España” en *Estado del arte de la mediación*, coord., Francisco Gorjón Gómez y Antonio López Peláez, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp. 54 y 55.

anterior, se tiene la obligación de interpretar las normas nacionales de conformidad con las normas internacionales, especialmente las que son de cumplimiento obligado, como las decisiones marco, en específico, la de 15 de marzo de 2001 (/2001/2207/JAI).⁴⁰⁰

Si bien el proceso penal español está regido por los principios de legalidad y oficialidad, también lo es que el propio ordenamiento jurídico contempla tres modalidades para la persecución de las infracciones penales y que se relacionan con las facultades de disposición de la víctima en cuanto al proceso penal:⁴⁰¹

- a) Las infracciones de carácter público se persiguen de oficio, con independencia de la acción particular que pueda ejercer la víctima o perjudicado.
- b) Las infracciones semipúblicas tienen como requisito de procedibilidad, para su persecución pública, la denuncia o querrela de la persona agraviada, convirtiéndose en ese momento en indisponibles.
- c) Las infracciones privadas exigen para su persecución la actividad del perjudicado, pudiendo disponer el particular, de la propia acción penal en cuanto a la sustanciación del procedimiento.

Ante este panorama, y aún con la falta de legislación específica, existe un fuerte movimiento que apunta al uso de la mediación penal en el proceso penal; como ejemplo de ello, el Consejo General del Poder Judicial ha apostado por potenciar la mediación como el método más adecuado para la solución de determinados conflictos, patrocinando un programa piloto de mediación penal al que se han adscrito múltiples Juzgados de Instrucción y de lo Penal. Dicha labor se realiza mediante el Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial de la misma institución.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Tamarit Sumalla, Josep, “La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal”, en *La justicia restaurativa: Desarrollo y aplicaciones*, coord. Josep Tamarit Sumalla, Granada, Editorial Comares, 2012, p. 68.

⁴⁰¹ Perulero García, Diana, “Mecanismos de viabilidad...”, *op. cit.* Nota 391, p. 462.

⁴⁰² *Hoja de Ruta para la Modernización de la Justicia*, apartado 6, disponible en: www.poderjudicial.es, fecha de consulta: 2 de febrero de 2016.

En opinión de Ma. Ángeles Cano Soler, la fiscalía también se decanta como partidaria del uso de la mediación penal, por lo que ha participado en los diversos programas de que desarrollan para su estudio e implementación. Las distintas Fiscalías de cada Comunidad actúan en colaboración con otros organismos y asociaciones para suscribir protocolos o convenios de fomento y regulación de la mediación penal.⁴⁰³

Existen dos ejemplos de implementación de programas piloto en las Comunidades de Cataluña y Valencia.⁴⁰⁴ Cataluña se considera pionera en la aplicación *de facto* de la mediación penal para adultos de manera ininterrumpida, porque, aunque Valencia realizó la primera experiencia desde 1993 no ha sido constante en su aplicación.

Otro gran impulso al movimiento de la mediación penal es la Ley Orgánica 5/200, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores que, aunque no la menciona expresamente, le da entrada de cierta manera, a través del principio de oportunidad y del reconocimiento de efectos a la conciliación o reparación del daño a la víctima; en aras del principio de intervención mínima, y después de un proceso de mediación penal,⁴⁰⁵ puede dar lugar a la no incoación o

⁴⁰³ Cano Soler, Ma. Ángeles, *La mediación penal*, Pamplona, Junta de Andalucía/ARANZADI, 2015, p. 111.

“Esta situación, si bien es cierto que está ayudando a impulsar u desarrollar la mediación en España, lo cierto es que también provoca que la implantación de la mediación sea desigual y no se aplica en todas las Fiscalías del territorio nacional; incluso en éstas, la valoración sobre su eficacia es dispar. Así, mientras en algunas consideran que la mediación presenta escasa eficacia, otras, por el contrario, la valoran positivamente al considerar que reduce la litigiosidad, concilia a las partes y da satisfacción a la víctima de forma menos traumática, evitando la doble victimización que supone someterse al procedimiento penal.”

⁴⁰⁴ González Cano, Ma. Isabel, “La mediación en el proceso penal, especial consideración de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI)” en *Estudios sobre significado e impacto de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes Ámbitos jurídicos?*, director. José Francisco Etxeberria Guridi, España, Universidad del País Vasco/ARANZADI, 2012, pp. 310.

“La Oficina de Valencia fue la primera de esta naturaleza en España, dependiente de la Dirección de <justicia de la Generalidad valenciana. El modelo incluía dos límites, que eran, en primer lugar, el hecho de que los infractores no fueran reincidente y, en segundo lugar, que los mismos reconocieran previamente los hechos imputados. A partir de aquí, la mediación incluía una serie de fases, que sinterizamos a continuación:

1. *Valoración informal por el juez.*
2. *Comunicación a la Oficina, con los datos sobre el infractor, la víctima, y una copia de la denuncia o atestado.*
3. *Apertura por el mediador (miembro de la Oficina) de un expediente del caso.”*

⁴⁰⁵ Pavarini, Massimo, “Decarcerrizzazione e mediazione nel sistema penale minorile”, en *La mediazione nel sistema penale minorile*, coord. Lorenzo Picotti, Milan, CEDAM, 1998., p. 92.

sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, predominando los criterios educativos y resocializadores, como lo expresa la exposición de motivos de la Ley.⁴⁰⁶

En *contrario sensu*, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004⁴⁰⁷ hace alusión a la mediación para prohibirla expresamente; pero si bien se prohíbe la mediación en estos casos, quiere decir que el Estado español reconoce y acepta la mediación penal en otros casos.⁴⁰⁸

“Se un orientamento politico criminale che sia attento ad aspetti di mediazione non si pone in contrasto con le esigenze realmente percorribili di ordine general preventivo, esso è del pari in grado di recuperare il significato critico-propulsivo dell’idea rieducativa, che va oltre la tradizionale utilizzazione di tale idea a fini giustificativi delle pene esistenti.

D’altra parte, prima ancora di esigere una certa caratterizzazione contenutistica delle sanzioni, l’indirizzo rieducativo sancito dalla Costituzione sembra indicare una scelta precisa fra le possibili strategie politico criminali: una scelta fondata sulla consapevolezza del fatto che la forza dei precetti penali dipende soprattutto dal livello più o meno elevato della loro capacità di imporsi al consenso dei cittadini —perfino al consenso di chi li abbia trasgrediti— per ragioni che vadano al di là di quelle legate alla mera dimensione coercitiva.

In questo senso, appare fondato ritenere che l’intervento penale realizzi al meglio le sue complessive finalità di prevenzione —consolidando l’autorevolezza dei precetti normativi e contribuendo alla chiusura dei posti di lavoro criminale— allorché ottenga anche dall’agente di reato una autonoma e fattiva adesione al rispetto delle regole precedentemente violate.”

⁴⁰⁶ Aguilera Morales, Mariem, “La mediación penal: ¿Quimera o realidad?”, en *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español*, directores: Pedro M. Garciaandía González y Helena Soletto Muñoz, Rioja, Universidad de la Rioja/ARANZADI, 2012, pp. 325 y 326.

“Las palabras transcritas —extraídas de la Exposición de Motivos de LORPM— son claramente reveladoras del motivo por el que el legislador español, en sintonía con la mayoría de sus homónimos extranjeros, decidió dar marchamo de legalidad a la mediación penal en el ámbito del enjuiciamiento penal de menores. Tal motivo no era otro que la supremacía que, en el contexto del enjuiciamiento de menores de edad penal, cobra la finalidad educativa y resocializadora (o, si se nos permite el esnobismo, <<responsabilizadora>>) frente a la clásica finalidad retributiva y de prevención general del sistema penal. Aquella supremacía permitía, en efecto, experimentar con ciertas políticas criminales permeables al principio de oportunidad, así como validar legalmente lo que, con anterioridad, había sido puesto en práctica a través de diversas experiencias y programas de mediación.”

Cfr. González Pillado, Esther, “La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores”, en *Mediación con menores Infractores en España y los países de su entorno*, coord. Esther González Pillado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, *passim*.

⁴⁰⁷ Boletín Oficial del Estado.

⁴⁰⁸ Cfr. Manzanera Samaniego, José Luis, “La mediación en España”, en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, director Raquel Castillejo Manzanera, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, *passim*.

En cuanto al Código Penal, no regula de manera expresa o menciona la mediación penal, pero sí prevé el otorgamiento de determinados beneficios jurídicos al infractor que repare el daño en los siguientes casos:⁴⁰⁹

- El artículo 21, 5ª, establece como una atenuante la reparación del daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, siempre que se haga antes del juicio oral. En la práctica es utilizada la mediación penal en adultos y, en una interpretación amplia del precepto, los Fiscales y Jueces admiten el acuerdo llegado como una reparación; el problema es que quienes desconocen acerca de la mediación, exigen una reparación económica y, muchas veces, la víctima no requiere una reparación económica.
- También puede aplicarse la mediación en algunas de las atenuantes específicas regulados en los diversos tipos penales de la parte especial.
- En los delitos perseguibles, solamente, por denuncia de la persona ofendida, la mediación puede ayudar a la obtención de un acuerdo, dándose la víctima por reparada y el Juez o Tribunal pueda archivar la causa.

En opinión de Rosa María Freire, una interpretación amplia y flexible de diversos artículos del Código Penal permiten, según sea el caso, la aplicación de la mediación penal como una herramienta que facilite la efectiva reparación del daño, la rehabilitación del infractor, así como la obtención de otros beneficios jurídicos.⁴¹⁰

- Las penas que no excedan de un año de prisión se pueden sustituir por el arresto de fin de semana o multa, cuando la naturaleza del hecho, las circunstancias especiales del reo, su conducta y, especialmente su esfuerzo para reparar el daño lo permitan (art. 88).
- La posibilidad de condicionar la suspensión de las penas privativas de libertad no mayores a dos años al cumplimiento de determinados deberes que se consideran convenientes para la rehabilitación social del condenado, siempre

⁴⁰⁹ Diz, Fernando, *La mediación: Sistema...*, op. cit., Nota 142, pp. 82 y 83.

⁴¹⁰ Freire Pérez, Rosa María, “La mediación penal y penitenciaria en España”, en *Estado del arte de la mediación, coord.*, Francisco Gorjón Gómez y Antonio López Peláez, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp. 228 y 229.

que se cuente con su consentimiento y se cumplan los requisitos del artículo 81 (art. 83.1.5).

- La ejecución de penas, en el Estado español, responde al modelo progresivo o de individualización científica, por lo que la ejecución de la pena privativa de libertad se divide en etapas. El avance de etapas dependerá de la evolución favorable del interno, y se traduce en la concesión de beneficios. Pensemos en una reparación voluntaria, producto de una mediación, se puede traducir en una prueba concreta de la evolución positiva y en un intento de reinserción a la comunidad, facilitando el cambio de clasificación a un grado superior.
- -Para la obtención de la libertad condicional, el artículo 90 exige que el preso esté en tercer grado de tratamiento penitenciario, buena conducta y un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Si se aplica una mediación penal, la implicación voluntaria del preso, el intento por reparar el daño (en sentido amplio), y la realización de ciertos compromisos con la comunidad, se pueden traducir en una buena conducta (concepto indeterminado); además, la voluntad y la reparación pueden facilitar la emisión de un pronóstico favorable de reinserción social, objetivos de la prevención especial.
- Inclusive en el indulto, como expresión del Derecho de gracia inspirado en el principio de humanidad y sus fundamentos de política criminal, hace referencia al principio de necesidad de la pena, un infractor que después de haber participado en una mediación penal y se obtuviera una reparación voluntaria del preso, a favor del perjudicado, de manera voluntaria, podría representar un argumento sólido para demostrar la no necesidad de la pena, la resocialización del penado y así fundamentar la solicitud del indulto.

También, se pueden aprovechar diversas instituciones que se encuentran hoy en día vigentes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ejemplo.⁴¹¹

⁴¹¹ Perulero García, Diana, “Mecanismos de viabilidad...”, *op. cit.* Nota 391, pp. 463 y 464.

- Los delitos de injurias y calumnias requieren de un intento de conciliación entre querellante y querellado, como requisito de procedibilidad (arts. 278 y 804).
- La renuncia, desistimiento o perdón del ofendido en los casos previstos por la ley. En los delitos de carácter privado el perdón del ofendido se puede realizar mediante la renuncia de la acción penal (art. 106), siendo una causa de extinción de la responsabilidad criminal (arts. 130.5º, 215.3 y 639 del Código Penal). Que mejor manera de convertir la figura del perdón del ofendido en una verdadera herramienta de pacificación y restablecimiento del orden social, y no un simple acto procesal obtenido mediante transacciones sin posibilidad a seguimiento.
- La conformidad privilegiada del artículo 801 en cuanto a enjuiciamiento de ciertos delitos. Cumplidos ciertos requisitos el acusado puede prestar su conformidad con la acusación ya formulada, dictándose –de manera inmediata– sentencia con la pena solicitada por el Fiscal reducida en un tercio. Dicha conformidad puede ser establecida después del proceso de mediación.
- La conformidad con los hechos del procedimiento abreviado del art. 779.1.5, remitiéndose a la conformidad descrita antes, el imputado puede reconocer los hechos (siempre que esté fase de diligencias previas) en presencia judicial, siempre que los hechos tuvieren pena comprendida en el ámbito del art. 801 de la misma Ley, se tramitará como juicio rápido. Este reconocimiento de hechos también podría derivarse de un adecuado proceso de mediación.
- En cualquier caso, se le puede dar efectos a la mediación penal e introducirse al proceso mediante la conformidad ordinaria, en las distintas modalidades y etapas del proceso (procedimiento ordinario, procedimiento abreviado y Tribunal del jurado).

Por último, la Ley del Estatuto de la víctima del delito 4/2015, de 27 de abril,⁴¹² reconoce como derecho de las víctimas el acceso a los servicios de justicia

⁴¹² Chozas Alonso, José Manuel, “El estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal”, en *Los protagonistas del proceso penal*, coord., José Manuel Chozas Alonso, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 193-261.

restaurativa, en concreto, a la mediación penal, como un derecho de la víctima y fija, en líneas generales, los requisitos esenciales que han de reunir el procedimiento de mediación y los mediados.⁴¹³

“Artículo 15. Servicios de justicia restaurativa.

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;

b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

c) el infractor haya prestado su consentimiento;

d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación,

“La Exposición de Motivos indica que el Estatuto tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, partiendo de un concepto amplio de víctima, y regulando la protección y el apoyo a la víctima tanto en su dimensión procesal como extraprocesal (respuesta social), en aras de una salvaguarda integral de la misma. Las actualizaciones, dice la EM, han de estar siempre orientadas a las personas, lo que exige una evaluación y un trato individualizado de toda víctima, sin perjuicio del trato especializado que exigen ciertos tipos de víctimas, incluidas las que no residen en nuestro país habitualmente. La efectividad de estos derechos hace necesaria la máxima colaboración institucional implica no sólo a las distintas Administraciones Públicas, al Poder Judicial y a colectivos de profesionales y víctimas, sino también a las personas concretas que, desde de su puesto de trabajo, tienen contacto y se relacionan con las víctimas y en último término, al conjunto de la sociedad. Por ello, es necesario dotar a las instituciones de protocolos de actuación y de procedimientos de coordinación y de colaboración.”

⁴¹³ Cano Soler, Ma. Ángeles, *La mediación penal... op. cit.* Nota 403, p. 31.

estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.”

3.3.3.6.- Toma de postura

Nos queda claro que, en España, la Justicia Restaurativa y la mediación penal, no cuentan con una debida normatividad ni regulación, pero que, a pesar de ello, ha habido múltiples y fructuosos ejercicios para utilizarla, aprovechando instituciones contempladas en las normas vigentes (sustitución y suspensión de las penas, la progresión de grado, libertad condicional, el indulto y la conformidad). También hemos visto que la mediación penal puede ser alternativa al sistema de justicia, al proceso penal y a la pena de prisión. Cabe aclarar, que no existen instituciones o centros de mediación oficiales o estatales que lleven a cabo los procesos de mediación

A pesar de los avances doctrinales, así como en la implementación y aplicación de la mediación penal en adultos, es muy difícil hacer frente a las críticas realizadas en contra de ésta:

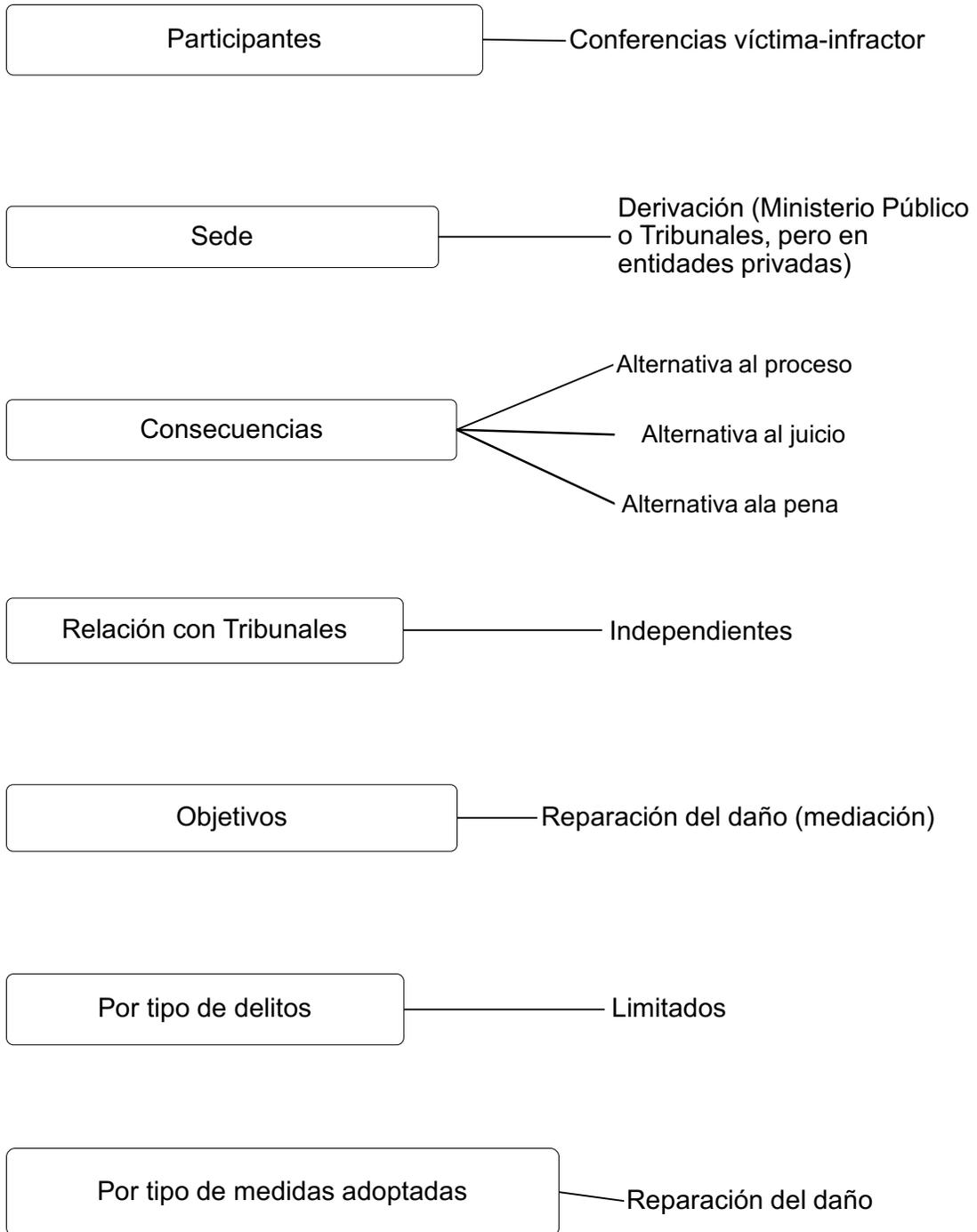
- No se puede debatir la inconstitucionalidad de la mediación, mientras no se realice una reforma constitucional que flexibilice el principio de oficiosidad del proceso penal, se tendrá que hacer, lo que hasta ahora, aprovechar instituciones vigentes pero que no admiten o reflejan la filosofía de la justicia restaurativa.
- Mientras el servicio sea prestado por una entidad o institución privada, se seguirá pensando que se está privatizando el *ius puniendi*.
- Al depender su uso, de la voluntad política de los gobiernos de las Comunidades Autónomas y del humanismo de Fiscales, Jueces, Tribunales, genera problemáticas, tales como:

- Falta de certeza a los usuarios en cuanto a sus derechos y obligaciones al participar en una mediación penal.
- Falta de certeza en cuanto a los casos y personas a los que es aplicable.
- No tener definido los requisitos para ser mediador.
- Problemas en la capacitación y actualización de los mediadores, en cuanto a calidad y uniformidad.
- No contar la posibilidad de suspender el proceso para llevar a cabo el proceso o para el cumplimiento de los acuerdos alcanzados.
- No dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos.
- A pesar de que el Estatuto de la víctima menciona literalmente la Justicia Restaurativa, solamente regula la mediación penal, quedándose corta en cuanto a las otras formas o modelos (reuniones familiares y juntas restaurativas).

En virtud de lo anterior, consideramos que es necesario contar con todo un marco normativo que regule el objeto, ámbitos de aplicación, características, tramitación, procedencia, derivación, institución que la realice y, efectos de la mediación penal. Dicha regulación debe partir de una ley específica, pero además, modificar la legislación procesal y penitenciaria.

Para finalizar, podemos decir, que la doctrina española pretende la implementación de programas de Justicia Restaurativa que se puedan aplicar encuentros (cualquiera de sus modalidades) en cualquier parte del proceso e, inclusive, en la etapa de ejecución de la pena; pero lamentablemente, los pocos avances legislativos en la materia, solamente reflejan hasta ahora, la mediación penal con efectos procesales, es decir, mecanismos alternativos de economía procesal y descongestión del sistema de justicia.

Para finalizar, nuevamente con fines didácticos, en el siguiente cuadro exponemos las diferentes clasificaciones de la mediación penal en los que puede ubicarse el sistema español:



CONCLUSIONES

PRIMERA. La legitimidad del orden público dependerá de garantizar el mínimo de bienestar para los sectores sociales menos favorecidos; dar respuestas a las necesidades de la sociedad civil debe ser parte fundamental de la agenda pública, donde el análisis de las políticas públicas consiste en examinar una serie de objetivos de medios de acciones definidos por el Estado para transformar parcial o totalmente a la sociedad, así como sus resultados y efectos. Se trata de una interacción entre el poder estatal y la ciudadanía.

SEGUNDA. La política criminal es aquella parte de las políticas públicas que se ocupa del fenómeno social llamado delincuencia y criminalidad, que se ocupa de su prevención y tratamiento; entendida, ya sea como actividad propia del Estado, o como disciplina científica. En tal sentido, la política criminal realiza el estudio y análisis de elementos jurídicos y extrajurídicos para el tratamiento delictivo, lo cual se traduce en la determinación, técnica jurídica, de las conductas que deban ser consideradas como delitos para después establecer los medios que resulten adecuados, posibles, eficaces y necesarios para su prevención.

En este contexto, podemos decir, que el *ius puniendi* no es la única, ni la mejor, manera de combatir el delito, la política criminal busca el mantenimiento de la coexistencia social, no solamente a través de la protección de bienes jurídicos, sino haciendo valer ciertas ideas o intereses para hacer posible la convivencia humana, y desarrollando estrategias y directrices de lucha contra el fenómeno delictivo. Las reglas de convivencia serán las encargadas de planificar el uso adecuado de los instrumentos y herramientas de la política criminal, es la manera de racionalizar los medios para alcanzar los fines; por eso, la Justicia Restaurativa y su regulación dentro del proceso penal van acorde con una política criminal de un Estado democrático y de Derecho.

TERCERA. La culpabilidad es entendida como el juicio de reproche social, derivado de la mala formación de la voluntad del individuo; siendo aquella, la base y límite de la sanción (pena), pero de acuerdo con Roxin la base de la culpabilidad es la reprochabilidad, el individuo que no se deja motivar por la representación del “deber ser” pese a la exigibilidad es reprochable, siendo esta exigibilidad el fundamento de la imputación de la culpabilidad y, por lo tanto, se le hace responsable de su actuación.

Pero a pesar de que una persona es reprochable, existen consideraciones de prevención general y especial que pueden aconsejar, tanto al legislador como al juzgador, la renuncia o no a la sanción, pudiendo una persona culpable no ser castigada por esas consideraciones. La culpabilidad deberá sustentarse en principios político criminales de la teoría de la pena; por lo que, se debe atender a los requerimientos mínimos de prevención general para que la pena, sea aceptada y suficiente para poder restablecer la paz jurídica.

Por tales razones, desde el punto de vista de la culpabilidad, en caso de delitos menores (por baja cuantía, sin violencia o grave o mínima intervención) donde el sujeto no necesita de resocialización; la prevención especial quedaría excluida; aunado a lo anterior, ante la mínima o nula alarma social no se necesitaría sanción alguna para confirmar la observancia de dicha norma por el resto de la sociedad, es decir, también se excluye la prevención general negativa. Por tanto, es perfectamente válido, jurídico y dogmática penalmente hablando, el no inicio o sobreseimiento de un proceso penal mediante un acuerdo reparatorio derivado de la aplicación de alguna de las formas de Justicia Restaurativa.

TERCERA. El Derecho penitenciario y las teorías de la pena tiene como fin la realización de un ideal de justicia; por otro lado, la función general del Derecho penal es servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento del orden social, por lo que la imposición de una pena sólo se puede determinar mediante el cumplimiento de dichas funciones; en este sentido, la imposición de una pena debe consumir los

finés del Derecho penal. Dichos fines se alcanzan, de la menor manera mediante la prevención especial positiva y la prevención general positiva.

CUARTA. La reparación del daño puede ser la tercera vía o respuesta del *ius puniendi* como consecuencia de la comisión de una conducta delictiva. La reparación, en determinados casos, puede cumplir los fines de la pena en cuanto a la prevención especial y general positivas.

La reparación mediante la obtención de un compromiso o acuerdo, entre el delincuente y su víctima, motiva al infractor a enfrentarse con el delito y sus consecuencias sociales, éste aprende a admitir como justa la reparación y ve en ello una prestación socialmente constructiva (prevención especial positiva). En estos casos, se le exime a la persona de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la privación de la libertad, dándole la impresión de que vuelve a ser aceptado por la sociedad; logrando así, una mayor resocialización que con un largo, costoso e inútil encierro.

Facilita a los demás ciudadanos una actitud afirmativa frente al orden jurídico por parte de la administración de justicia y la ley penal (prevención general positiva); aunado a lo anterior, en esta tercera vía el delincuente recibe un trato más humanitario y la víctima recibe una ayuda más eficaz. La reparación puede ser sustitutiva o, por lo menos, moderadora de la configuración y duración la pena, ya que no es una figura extraña al *ius puniendi*, sino una más de las posibles reacciones estatales con base al principio de subsidiariedad.

Por todo ello, los programas de Justicia Restaurativa (y en particular la medicación penal) deben ser consideradas como una herramienta del sistema de justicia penal que ayuda a alcanzar los fines del Derecho penal.

QUINTA. Hoy en día, los sistemas formales de impartición de justicia (sin importar la materia) no han podido satisfacer, de manera rápida y completa, las pretensiones de los miembros de la sociedad, convirtiéndose los procesos judiciales en una carga anímica y económica de las partes en un litigio. En la

actualidad, y desde hace unas décadas atrás, existe un movimiento impulsor de Medios Alternativos de Solución de Conflictos que busca, no solo difundir una cultura de paz, sino también que los sistemas de justicia formales los acojan y regulen en aras de un mayor acceso a la justicia para las personas. La mediación, como su principal herramienta, no es precisamente nueva, la resolución pacífica (no adversarial o litigiosa) ha estado –histórica y tradicionalmente– influida por diversas tradiciones culturales y espirituales.

Ya que los conflictos se encuentran omnipresentes en la vida social de las personas, será la manera en que se aborden que podrán ser un motor de cambio para las personas, los colectivos y las instituciones o, empantanar o paralizar dicho cambio y desarrollo. Por ello, la mejor manera de afrontar un conflicto es en el sentido de la colaboración (asertivo y cooperativo = ganar/ganar), ya que las partes en conflicto, en vez de aceptar la imposición de un tercero, entienden la importancia de los objetivos propios como su relación, encontrando los medios para alcanzar dichos fines con una solución mutuamente beneficiosa, con la ayuda de un tercero que facilita la comunicación entre ellos.

SEXTA. La mediación es una fórmula amistosa y razonable que permite desarrollar las situaciones de conflicto apoyándose en la voluntad y buena fe de las personas, en donde el mediador ofrece a las partes auxilio para replantear el conflicto, generen las partes una negociación de carácter colaborativo para que la toma de decisiones se realice con base en suficiente y adecuada información.

Aunque existen varios modelos de mediación, no debemos pensar que un modelo excluye a los demás, ya que en la vida real un conflicto puede tener orígenes diversos y las partes tener diferentes personalidades, culturas, emociones y capacidades para comunicarse, por lo que, en vez de excluirse, los modelos pueden complementarse.

SEPTIMA. La mediación se construye a partir de cuestiones discursivas, comunicacionales, y conversacionales, por lo que las relaciones entre las partes se reparan, conservan y transforman, según sea el caso; también puede

ayudarnos a desarrollar competencias culturales que promuevan actitudes de los miembros de nuestra sociedad más empáticas hacia las significaciones socioculturales y referentes axiológicos diversos, es decir, tener un reconocimiento y legitimación de nuestras diferencias.

OCTAVA. La sociedad, en general, ha perdido la confianza en la procuración y administración de justicia, la prevención del delito no funciona y la percepción de inseguridad va incrementando día a día, en otras palabras, estamos viviendo una fuerte crisis del Derecho penal y de la pena. El proceso histórico-evolutivo del *ius puniendi* institucionalizó la persecución del delito y del delincuente, convirtiendo aquella en un deber del Estado; es decir, un tercero miembro del Estado, y ajeno a las pasiones de los directamente involucrados en el conflicto, lleva adelante la acción penal expropiándole el conflicto a los directamente involucrados, pero sobre todo a la víctima.

Es por estas razones, que el movimiento de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos ha permeado en el *ius puniendi*, concretamente la filosofía de la Justicia Restaurativa es la aplicación de alternativas en la búsqueda de soluciones creativas en cuanto a la concepción del fenómeno delictivo y la posible respuesta a éste.

NOVENA. La Justicia Restaurativa, como movimiento, busca un cambio en los sistemas de justicia penal tradicionales, donde se establece como posibilidad un encuentro cara a cara entre el victimario con la víctima y la comunidad, pudiendo llegar a un acuerdo de reparación, lo cual podría ser más benéfico para que asuma su responsabilidad (juicio de reproche social y reinserción) que solamente estar encerrado y aislado purgando una pena de prisión.

La Justicia Restaurativa es un sistema que busca la reparación proporcional y consensuada, para tratar de restablecer la confianza perdida entre dos o más personas; en este sentido, no es el pago de una cantidad de dinero como pena o indemnización. No se trata de enmendar un daño, económicamente hablando,

sino restablecer la seguridad y tranquilidad perdidas de la víctima, su familia y la comunidad.

DECIMA. La Justicia Restaurativa no intenta que la víctima perdone a su agresor, no es una mediación en sentido puro, no es un medio de descongestión del sistema de justicia, no es sólo para delitos menores, no busca sustituir el sistema de justicia penal, tampoco se trata de eliminar la aplicación de las penas en todos los casos; se trata de recuperar la paz social alterada por la comisión de un delito, de humanizar el sistema de justicia y devolver la confianza de la víctima y de la sociedad en éste.

DECIMA PRIMERA. La Justicia Restaurativa es un proceso que involucra, en la medida de lo posible, a todos los que tengan un interés o una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de enmendar los daños de la mejor manera; por ello, se pueden adoptar diversas modalidades de encuentro: víctima-victimario, conferencia familiar y círculo o juntas restaurativas. Por eso afirmamos que no se privatiza la justicia, sino que se atiende las necesidades de las personas y la comunidad, cumpliendo los fines de la prevención especial y general positivas.

DECIMA SEGUNDA. Los diferentes tipos de encuentros de la Justicia Restaurativa son completamente diferentes a la mediación en el ámbito privado; lo principal no es la obtención de un acuerdo (económicamente hablando), sino que las partes puedan desarrollar empatía para atender a las necesidades emocionales de los implicados y así obtener, tanto la asunción de responsabilidades del imputado como la reparación (en sentido amplio) de la víctima.

En cuanto a la función del mediador, otra gran diferencia con la mediación civil respecto a la imparcialidad del facilitador en asuntos de carácter penal, será imparcial en cuanto a los individuos como seres humanos, dándoles igual respeto y trabajando en beneficio de ambos, pero no es neutral en cuanto a la conducta, el

facilitador nunca debe olvidar que existe una persona (víctima) ha sufrido una lesión a sus bienes jurídicos más esenciales, y una persona que fue la que lesionó dichos bienes.

DECIMA TERCERA. La Justicia Restaurativa no es opuesta al principio de legalidad ni el de oficiosidad, siempre y cuando exista una derivación por parte de los órganos de procuración y administración de justicia, así como Centros dependientes del Estado (adscritos a Fiscalía y/o Tribunales) donde se lleven a cabo los encuentros.

DECIMA CUARTA. La Justicia Restaurativa se puede aplicar a todo tipo de delitos y en cualquier momento procesal, ya sea la investigación (instrucción en España), en el proceso, en el juicio o en la ejecución; la diferencia será, los efectos jurídicos que pueda tener.

FUENTES

BIBLIOHEMEROGRAFICAS

Aguilera Morales, Mariem, "La mediación penal: ¿Quimera o realidad?", en *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español*, directores: Pedro M. Garciaandía González y Helena Soletto Muñoz, Rioja, Universidad de la Rioja/ARANZADI, 2012.

Aréchega, Patricia, "Especificad del acto de mediar", en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005.

Atienza Manuel, *El sentido del derecho*, 2ª ed., 2ª reimpr., Barcelona, Ariel, 2004.

-----, "Presentación", en *Marxismo y filosofía del derecho*, México, Fontamara, 1993.

Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi SRL, 2da ed., Buenos Aires, Argentina, 1999.

Banacloche Palao, Julio y Zarzalejos Nieto, Jesús, *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*, 2ª ed., Madrid, La Ley, 2011.

Bardach, Eugene, *Los ocho pasos para el análisis de las Políticas Públicas. Un manual para la práctica*. Trad. David García-Junco Machad, México, CIDE/Miguel Ángel Porrúa, 1998.

Bazúa, Fernando y Valenti, Giovana. "Hacia un Enfoque Amplio de Política Pública". en *Políticas Publicas, Revista de Administración Pública*, México, INAP, N° 84, 1993.

Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, 17ª ed., tomada de la 14ª ed., facsimilar, México, Porrúa, 2008.

- Beling, Ernesto, *El rector de los tipos de delito*, trad. de Prieto Castro y Aguirre Cárdenas, Madrid, Editorial Reus, 1936.
- , *Esquema de derecho penal y la doctrina del tipo*, trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1994.
- Benavente Chorres, Hesbert e Hidalgo Murillo, José Daniel, *Manual de derecho procesal penal mexicano para conocer y utilizar el código único*, México, Flores Editor/INMEXUS, 2014.
- Benavente Chorres, Hesbert, *La Ejecución de la Sentencia en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, Flores Editor y Distribuidor, México D.F., 2011.
- Beristain, Antonio, *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Binder, Albert M., *Iniciación al proceso penal acusatorio*, Argentina, Icecip/Campomanes Libros, 2000.
- Bolaños González, Mireya, Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Derecho Penal y Criminología "Doctor Alejandro Angulo Fontiveros" Tribunal Supremo de Justicia. República Bolivariana de Venezuela. Noviembre, 23-24 2005. p.1. Disponible en: http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/31745/1/politicacriminal_reformapenal.pdf.
- Boqué Torremorell, María Carme, *Cultura de mediación y cambio social*, Barcelona, Gedisa, 2013.
- Borja Jiménez, Emiliano, "Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 56, fasc/mes 1, 2003.
- Botero Bernal, Andrés, "La Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin a la Luz de Beccaria", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 5, 2001/2002.

- Braithwaite, John and Strang Heather, "Restorative justice and civil society", in *Restorative justice and civil society*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- Brandoni, Florencia, "Apuntes sobre los conflictos y la mediación", en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005.
- Bush, Robert A. Baruch y Folger, Joseph, P., *La promesa de la mediación*, Barcelona, Granica, 1994.
- Bustos Ramírez, Juan. *Introducción al derecho penal*, 2ª ed., Colombia, Editorial Themis S.A., 1994.
- Cabello Tijerina, París Alejandro, "Transformando México y España a través de la mediación como política social", en *Estado del arte de la mediación*, coord., Francisco Gorjón Gómez y Antonio López Peláez, Pamplona, Aranzadi, 2013.
- Calcaterra, Rubén Alberto, "El modelo estratégico de mediación. Supuestos y fundamentos", en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005.
- , *Mediación estratégica*, Barcelona, Gedisa, 2006.
- Cano Soler, Ma. Ángeles, *La mediación penal*, Pamplona, Junta de Andalucía/ARANZADI, 2015.
- Cardozo Brum, Myriam, "La Evaluación de las Políticas Públicas: problemas metodologías, aportes y limitaciones", en *Políticas Publicas, Revista de Administración Pública*, México, INAP, N° 84, 1993.
- Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 39 ed., México, Porrúa, 1998.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Análisis de Políticas Públicas, Caracas, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)/Centro de Documentación y Análisis de Información (CEDAI), Serie Temas De Coyuntura En Gestión Pública, 1992.*

Cienfuegos Salgado, David, "Responsabilidad civil por daño moral" en *Revista de Derecho Privado*, México, año 9, No. 27, septiembre-diciembre, 1998.

Cobler Martínez, Elena, Gallardo Campos, Rosa Ana, et. al. *Mediación Policial: Teoría para la gestión del conflicto*, Madrid, Editorial Dykinson, 2014.

Cohen, Stan, "Introducción", en *Abolicionismo penal*, trad., de Mariano Alberto Clafardini y Mirta Luján Bondanza, Argentina, EDIAR, 1989.

Contreras Alfaro, Luis H., *Corrupción y principio de oportunidad, Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Salamanca, Ratio Legis, 2004.

Córdoba, Víctor Alfonso, "Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistema de resolución de conflictos", en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Champo Sánchez Nimrod Mihael, *El derecho penal de la sociedad de riesgo*, México, UBIJUS/UNACH, 2012.

-----, "Derecho penal frente a la globalización" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm.116, mayo-agosto de 2006.

-----, "El derecho penal del enemigo en México", en *LEX, difusión y análisis*. N°. 161, Tercera Época, años XII, noviembre 2008.

- Chozas Alonso, José Manuel, "El estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal", en *Los protagonistas del proceso penal*, coord., José Manuel Chozas Alonso, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 193-261.
- Damaska, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado*, trad. Andrea Morales Vidal, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- De Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos, *Mediación, proceso, tácticas y técnicas*, 3ª ed., Madrid, Ediciones Pirámide, 2012.
- De Vicente Remesal, Javier, "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro", en *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, editor Jesús-María Silva Sánchez, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.
- Del Moral García, Antonio, "La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias", en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Mercedes de Prada Rodríguez, España, NETBIBLO, 2010.
- Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), 3ª ed., México, Porrúa/UNAM, 2008.
- Díaz Madrigal, Ivonne Nohemí, *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Juicios Orales, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013.
- Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia, Bensanzon imprenta de la viuda de Don Joaquín Escriche, España.

- Diez Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 2008.
- Dignan, James, "Variations on a theme. Empirical research o restorative justice in England and Wales", in *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, edited by Inge Vanfraechem, et. al., Eleven International Publishing, 2010.
- Domingo, Virginia, *Justicia restaurativa*, mucho más que mediación, Burgos, Criminología y Justicia, 2013, formato ePub.
- Dosseelaere, Denis Van and Vanfraechem, Inge, "Research, practice and policy partnerships. Empirical research on restorative justice in Belgium", in *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, edited by Inge Vanfraechem, et. al., Eleven International Publishing, 2010.
- Durán Migliardi, Mario, "Teorías Absolutas de la Pena: Origen y Fundamentos Conceptos y Críticas Fundamentales a la Teoría de la Retribución Moral de Immanuel Kant a Propósito del Neo-Retribucionismo y del Neo-Proporcionalismo en el Derecho Penal Actual," en *Ensayos, Revista de Filosofía*, Volumen 67, Santiago, 2011, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext
- Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2005.
- Entelman, Remo, "Lo permitido vs. lo no permitido" en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005.
- Esther Zayat, Valeria, "El modelo catalán: un ejemplo de sistema penal abierto", en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto*,

pena y consenso, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Fernández Muñoz, Dolores E, “La Función de la Pena”, en *Revista de Derecho Comparado*, México, D.F, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, *Teoría del garantismo penal*, Valladolid, Editorial Trotta, 1995

-----, *La cultura jurídica dell' Italia del novecento*, Bari, Editores Laterza, 1999.

-----, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006.

Fisher, Roger y Ury, William, *Getting to yes. Negotiating Agreement without giving in*, Nueva York, Penguin Books, 1991.

Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

Folberg, Jay y Taylor, Alison, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, Limusa, 1996.

Franco Guzmán, Ricardo. “Explicaciones de cátedra, Teoría de la Culpabilidad”, Especialidad en Derecho Penal, Semestre 2006-1, Facultad de Derecho, División de Estudios de Postgrado, UNAM.

Frank, Reinhard. *Estructura del concepto de culpabilidad*, trad. de Sebastián Soler, Santiago de Chile, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, 1966.

- Freire Pérez, Rosa María, “La mediación penal y penitenciaria en España”, en *Estado del arte de la mediación*, coord., Francisco Gorjón Gómez y Antonio López Peláez, Pamplona, Aranzadi, 2013.
- Freudenthal, Berthold, *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*, trad. de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Editorial B de F, 2003.
- García Mercades, Emilio, et. al., *Ámbitos relevantes de la mediación con víctimas y transgresores en España y en México*, Murcia, Diego Marín Libro-Editor, 2015.
- Gobierno Federal, *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de consulta. ¿En qué consiste la reforma?* Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma, México, Gobierno Federal, 2008.
- Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1943.
- Gómez Funes, Gloria, *Conflicto en las organizaciones y mediación*, Andalucía, Universidad Internacional de Andalucía, 2013.
- González Cano, Isabel, Ríos, Julián, et. al., “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación”, en *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador, un programa para su regulación*, coord., Concepción Sáez Rodríguez, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2008.
- González Cano, Ma. Isabel, “La mediación en el proceso penal, especial consideración de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI)” en *Estudios sobre significado e impacto de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes Ámbitos jurídicos?*, director. José Francisco Etxeberria Guridi, España, Universidad del País Vasco/ARANZADI, 2012.

- González Pillado, Esther, “La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores”, en *Mediación con menores Infractores en España y los países de su entorno*, coord. Esther González Pillado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- González Tachiquin, Marcelo, “El estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina” en QUID JURIS, año 1, Vol. 2, 2005.
- Gonzalo Quiroga, Marta, “Situación actual del marco normativo de la mediación en España” en *Estado del arte de la mediación*, coord., Francisco Gorjón Gómez y Antonio López Peláez, Pamplona, Aranzadi, 2013.
- Greco, Silvana, “Herramientas en mediación. Una secuencia comunicacional.” en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005.
- Gross de Graz, Hanns, *Manual del juez*, trad., Máximo de Arrendondo, Madrid, La España Moderna, s.a.
- Guerrero, Omar. “Políticas Públicas: Interrogantes”. en *Políticas Publicas, Revista de Administración Pública*, México, INAP, N° 84, 1993.
- Hassemer, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” en *VV/AA: Pena y Estado*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 1995.
- Hernández Pliego, Julio Antonio, “La reparación del daño en el cnpp” en *El código nacional de procedimientos penales. Estudios*, coord., Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, México, UNAM/ Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015.
- Hidalgo Murillo, José Daniel, *La etapa de investigación en el sistema penal acusatorio mexicano*, México, Porrúa, 2009.

- Highton, Elena I., et. al., *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1998.
- Horowitz, Sara, *Mediación en la escuela. Resolución de conflictos en el ámbito educativo adolescente*, Buenos Aires, Aique, 1998.
- Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis Lógico de los delitos contra la vida*, 5ªed., México, Porrúa, 2004.
- Jakobs, Günther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, 3ª ed., trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Editorial Bosch, 1981, vol. Primero.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 5ª ed., tomo I, Buenos Aires, Editorial Losada, 1965.
- , *Tratado de derecho penal*, 5ª ed., tomo II, Buenos Aires, Editorial Losada, 1965.
- , *Tratado de derecho penal*, 5ª ed., actualizada, Buenos Aires, Editorial Losada, t. V, 1965.
- Jiménez Martínez, Javier. "La Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en el Juicio Oral (Ensayos De Recopilación Para Una Antología)", en 7 Colección Juicio Oral, Raúl Juárez Carro Editorial SA de CV, México D.F. 2012.
- Kolb, D. M., *Los mediadores*, trad. Celer, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- Lerner, Martín, Maidana, Marcelo y Rodríguez Fernández, Gabriela, "Sistema de resolución alternativa de conflictos penales. El proyecto RAC", en

Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, 4ª ed., traducido de la 20ª edición Alemana por Jiménez de Asúa y adiciones del Derecho español por Quintano Saldaña, Madrid, Editorial Reus, t. II., 1999.

Manuel Vidaurri Aréchiga, “Las Teorías de la Pena”, México, en Guanajuato, <http://usic13.ugto.mx/derecho/pdfs/BIJ/BOLET46.pdf>.

Manzanares Samaniego, José Luis, “La mediación en España”, en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Órgánica 1/2004*, director Raquel Castillejo Manzanares, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2014.

Marques Cebola, Cátia, *La mediación*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Márquez Piñero, Rafael, “La problemática de las penas, de la necesidad de la existencia de delitos (tal y como los concebimos hoy) y los efectos actuales de las penas privativas de libertad”, en: *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. En homenaje a Claus Roxin*, T.I., coords., Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

-----, *Derecho penal parte general*. 4ª ed., 2ª reimpr., México, Trillas, 2001.

Martín Diz, Fernando, *La mediación: Sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010.

Martínez Arrieta, Andrés, “La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal”, en *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, España, Fundación AGAPE, 2010.

Martínez de Aguirre Aldaz, Manuel, “Espacios para la mediación en nuestro ámbito penal. Una reflexión a partir de la experiencia francesa”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*,

directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Mercedes de Prada Rodríguez, España, NETBIBLO, 2010.

Maurach, Reinhart, *Derecho penal*, t. II, trad. de Juan Cordoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.

Mejía Lira, José, *La Evaluación de la Gestión y las Políticas Públicas*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2003.

Mezger, Edmund, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., trad. de Ricardo C. Núñez, España, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985.

Moore, Christopher, *El proceso de la mediación*, Argentina, Granica, 1995.

Moreno Catena, Víctor, “La resolución jurídica de conflictos”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, coord. Soletto Muñoz, Técno, Madrid, 2011.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal, parte general*. 4ª ed., Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2000.

Natarén Nandayapa, Carlos F. Y Caballero Juárez, Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, Colección Juicios Orales, No. 3, México, UNAM/Instituto De Investigaciones Jurídicas, 2013.

Neuman, Elías, *Mediación penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005.

Ordoñez Sánchez, Belén, “Proyecto sobre la aplicación de la mediación penal. Oficina de Asistencia a las Víctimas (OAV) en España”, en *Ámbitos relevantes de la mediación con víctimas y transgresores en España y en México*, Murcia, Diego Marín, Librero-Editor, 2005.

Pascual Rodríguez, Esther, *La mediación en el sistema penal*, Memoria para optar al grado de doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2012.

- Pavarini, Massimo, "Decarcerrizzazione e mediazione nel sistema penale minorile", en *La mediazione nel sistema penale minorile*, coord. Lorenzo Picotti, Milan, CEDAM, 1998.
- Pérez I. Montiel, Jordi, "Conflicto y sociedad", en *Mediación policial. Teoría para la gestión del conflicto*, coord., Cobler Martínez, Elena, Gallardo Campos, Rosa Ana, et. al., Madrid, Dykinson, 2014.
- Perulero García, Diana, "Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal", en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, coord. Soletto Muñoz, Técno, Madrid, 2011.
- Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, México, Porrúa, 2001.
- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed. tomo I, México, Espasa Calpe, 2009.
- Recasens Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 9ª. ed., Porrúa, México, 1996.
- Risolía, Matilde, Eilbaum, María y Caram, Maria Elena, "¿...sólo un simple regateo? Colaboración y competencia en el proceso de mediación", en *La trama de papel. Sobrel el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005.
- Rodríguez Fernández, Gabriela, "Introducción. ¿Resolver alternativamente conflictos penales?" en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- Rodríguez Fernández, Gabriela, "Sociedad, Estado, víctima y ofensor. El orden de los factores ¿altera el producto?", en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*,

compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, 2ª ed., México, Porrúa, 2006.

Romera Antón, Carlos, “Conferencias comunitarias y justicia restaurativa” en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, directores Margarita Carmen Pérez-Salazar Resano y Julián Carlos Ríos Martín, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

Roth Deubel, André- Noël. Políticas Públicas. *Formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2012.

Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, 10 ed., México, Porrúa, 1996.

Roxin, Claus, “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, en: *Jornadas sobre la <<Reforma del Derecho Penal en Alemania>>*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991.

-----, *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 4ª reimp. traducción de la 2ª edición alemana y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Civitatis, España, Madrid, 2007.

-----, *Política criminal y sistema de derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Francisco, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

-----, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Editorial Reus, 1981.

Sánchez Álvarez, Ma. Pilar, “La entrevista individual. Técnicas de intervención”, en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, directores Margarita Carmen Pérez-Salazar Resano y Julián Carlos Ríos Martín, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

- Sánchez Galindo, Antonio. "Seguridad pública y prisiones en México" en *Penitenciarismo (La Prisión y su Manejo)*. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), 1991.
- Santana Gordillo, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Editorial Iustel, 2007.
- Schüneman, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", en: *Jornadas sobre la <<Reforma del Derecho Penal en Alemania>>*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991.
- Serrano Sánchez, Lidia Inés, *El erróneo concepto de género en la legislación penal mexicana*, Tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho, México, Facultad de Derecho/UNAM, 2013.
- Shvarstein, Leonardo, "Semiótica del conflicto: Una perspectiva organizacional." en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, comps. Patricia Aréchega, Florencia Brandoni y Matilde Risolía, Buenos Aires, Editorial Galerna, 2005.
- Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, vol. I, Buenos Aires, Editorial Argentina, 1992.
- Suares, María Inés, *Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, México, Paidós, 2002.
- Tamarit Sumalla, Josep, "La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal", en *La justicia restaurativa: Desarrollo y aplicaciones*, coord. Josep Tamarit Sumalla, Granada, Editorial Comares, 2012.
- Tomé García, José Antonio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, op. cit., Madrid, COLEX, 2016, pp. 36 y 37.
- Van Camp, Tinneke, *Victims of Violence and Restorative practices. Finding a voice*, London, Routledge, 1988.

- Vázquez, Rodolfo, *Teoría del Derecho*, 2ª reimpr., México, Editorial Oxford, 2013.
- Vidaurri Aréchiga, Manuel, "Criminología, política criminal y sistema de justicia penal", en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en homenaje a Claus Roxin*, Ontiveros Alonso, Miguel y Peláez Ferrusca, Mercedes (coord.), México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
- Von Liszt, Franz, *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie 1. Enseñanza del Derecho y material didáctico, núm. 15, Universidad Nacional Autónoma de México/ Universidad de Valparaíso de Chile, 1994.
- Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*, 4ª ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Welzel, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de José Cerezo Mir, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002.
- Witker, Jorge, *Solución de controversias comerciales en el Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos*, Santiago, Chile-México, Lexis-Nexis-Universidad Central-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, E.E.U.U., Good Books and Centro Evangélico Mennonita de Teología Asunción (CEMTA), 2010.
- Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal (introducción teórico prácticas sus problemas básicos)*, Valencia, tirant lo blanch, 1993.

Borrego, Aparici, Barquero Sánchez, Iburgüen, et. al., "Concepto de daño corporal y antecedentes históricos" en Revista Rehabilitación, Vol. 42. Núm. 06. Noviembre 2008, España, <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-dano-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.

Decisión Marco del Consejo de 15 de Marzo de 2001, Relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:es:PDF>.

González Rodríguez, Marta, "El Derecho penal desde una evaluación crítica", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), 2008, núm. 10-11. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-11.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 10-11 (2008), 18 ago].

Hoja de Ruta para la Modernización de la Justicia, apartado 6, disponible en: www.poderjudicial.es

Iniciativa del Reino de Bélgica con vistas a la adopción de la Decisión del Consejo por la que se crea una red europea de puntos de contacto nacionales para la justicia reparadora, disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52002IG1008\(01\).LL](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52002IG1008(01).LL)

Martín A. Frúgoli, "Daño: Conceptos, Clasificaciones Y Autonomías. El Punto Unánimemente Coincidente. Resarcimiento", en Derecho y Cambio Social, Argentina, ISSN-e 2224-4131, Año 8, N°. 23, 2011, pp. 10, 11 y 12. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5500735>.

Resolución 2000/14 Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal (E/2000/30), disponible en: <http://www.unisdr.org/files/resolutions/N0061037.pdf>

Resolución 40/34, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder, del 29 de Noviembre de 1985, disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/40/34&Lang=S>

Resolución 45/110, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad”(Reglas de Tokio) del 14 de diciembre de 1990, disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=%20A/RES/45/110&Lang=S>

LEGISLACIÓN MEXICANA

Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal

Código Nacional de Procedimientos Penales

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal

Código de Procedimientos Penales de Nuevo León

Código Procesal para el Estado de Nuevo León

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (2009)

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (2014)

Código Procesal para el Estado de Oaxaca

Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua

Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca

Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México

Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Constitución Española

Código Penal Español

Ley de Enjuiciamiento Criminal

Ley Decreto 5/2010 de Mediación Civil y Mercantil Real

Ley Orgánica 5/200, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género

APÉNDICE I

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Howard Zehr y Harry Mika¹**1 El crimen es básicamente una ofensa contra las personas y las relaciones interpersonales.**

1.1. Las víctimas y la comunidad han sufrido daños y necesitan una restauración.

1.1.1. Las víctimas principales son aquellas personas que han sido afectas más directamente por la ofensa; pero hay otras personas que también son víctimas, entre ellas, los familiares de víctimas y ofensores, los testigos y los miembros de la comunidad afectada.

1.1.2. Las relaciones afectadas (y reflejadas) por el crimen deben ser tratadas.

1.1.3. La restauración es un continuo de respuestas a los diversos daños y necesidades experimentados por las víctimas, los ofensores y la comunidad.

1.2. Las víctimas, los ofensores y las comunidades afectadas son las partes principales en este proceso de justicia.

1.2.1. Un proceso de justicia restaurativa maximiza los aportes y la participación de las diversas partes –pero especialmente de las víctimas y de los ofensores– en la búsqueda de la restauración, la sanación, la responsabilidad y la prevención.

1.2.2. Los roles que desempeñan las partes variarán de acuerdo con la naturaleza de la ofensa, y también según las capacidades y preferencias de las respectivas partes.

¹Howard Zehr y Harry Mika, “Fundamental Principles of Restorative Justice”, [“Principios Fundamentales de la Justicia Restaurativa”] *The Contemporary Justice Review*, Vol. 1, No. 1 (1998), 47-55.

- 1.2.3. El estado cumple roles bien delimitados, como los de investigar los hechos, gestionar el proceso y velar por la seguridad, pero no asume el rol de víctima principal.

2. Las ofensas dan origen a obligaciones y responsabilidades.

2.1. *Las obligaciones de los ofensores consisten en enmendar el daño en la medida de lo posible.*

2.1.1. Como la obligación principal es hacia las víctimas, el proceso de justicia restaurativa las habilita para participar efectivamente en la definición de las obligaciones del ofensor.

2.1.2. Los ofensores cuentan con las oportunidades y la motivación para comprender el daño que les han ocasionado a las víctimas y a la comunidad y para desarrollar planes para asumir la responsabilidad correspondiente.

2.1.3. Se maximiza la participación voluntaria de los ofensores; se minimiza la coerción y la exclusión. Sin embargo, se les puede exigir a los ofensores que acepten sus obligaciones si no lo hacen voluntariamente.

2.1.4. Las obligaciones generadas por el mal causado debe estar orientadas a enmendar este daño.

2.1.5. Las obligaciones pueden percibirse como difíciles y hasta dolorosas, pero su propósito no es causar dolor ni buscar venganza.

2.1.6. Las obligaciones hacia las víctimas, como la restitución, asumen prioridad por sobre otras sanciones y las obligaciones hacia el estado, tales como las multas.

2.1.7. Los ofensores tiene la obligación de participar activamente en las iniciativas destinadas a atender sus propias necesidades.

2.2. *Las obligaciones de la comunidad son hacia las víctimas y los ofensores, y en pro del bienestar general de sus miembros.*

- 2.2.1. La comunidad tiene la responsabilidad de apoyar y ayudar a las víctimas de un crimen en la atención de sus necesidades.
- 2.2.2. La comunidad es responsable por el bienestar de sus miembros y por las condiciones y relaciones sociales que engendran tanto el crimen como la paz en la comunidad.
- 2.2.3. La comunidad tiene la responsabilidad de apoyar las iniciativas para reintegrar a los ofensores, involucrarse activamente en la definición de las obligaciones del ofensor y asegurarse de que el ofensor cuente con las oportunidades para enmendar los daños.

3. La justicia restaurativa busca subsanar y enmendar los daños.

- 3.1. *Las necesidades de la víctima (necesidades de información, validación, reivindicación, restitución, testimonio, seguridad y apoyo) son los puntos de partida para la justicia.*
 - 3.1.1. La seguridad de las víctimas es una prioridad inmediata.
 - 3.1.2. El proceso de justicia aporta un marco para facilitar la recuperación y la sanación que en última instancia le compete a la víctima como individuo.
 - 3.1.3. Las víctimas adquieren mayor capacidad de decisión al maximizar sus aportes y su participación en la definición de las necesidades y de los resultados deseados.
 - 3.1.4. Los ofensores participan personalmente, hasta donde sea posible, en la reparación del daño.

- 3.2. *La justicia como proceso maximiza las oportunidades para el intercambio de información, la participación, el diálogo y el acuerdo mutuo entre la víctima y el ofensor.*
 - 3.2.1. Los encuentros directos son apropiados en algunos casos, pero en otros es preferible usar formas alternativas de intercambio.
 - 3.2.2. Las víctimas tienen el rol principal en la definición de las pautas y condiciones del intercambio.

- 3.2.3. El acuerdo mutuo prima por sobre los arreglos impuestos.
 - 3.2.4. Se ofrecen oportunidades para expresar remordimiento y buscar el perdón y la reconciliación.
- 3.3. *Se toman en consideración las necesidades y capacidades del ofensor.*
- 3.3.1. Al reconocer que muchas veces los propios ofensores también han sido dañados, cobra importancia la sanación de los ofensores y su integración a la comunidad.
 - 3.3.2. Los ofensores reciben apoyo y son tratados respetuosamente en el proceso de justicia.
 - 3.3.3. Se reducen al mínimo las restricciones para el ofensor y su aislamiento de la comunidad.
 - 3.3.4. La justicia valora más el cambio personal que el comportamiento sumiso.
- 3.4. *El proceso de justicia le pertenece a la comunidad.*
- 3.4.1. Los miembros de la comunidad están involucrados activamente en la tarea de hacer justicia.
 - 3.4.2. El proceso de justicia aprovecha los recursos de la comunidad y, a su vez, contribuye al desarrollo y fortalecimiento de ésta.
 - 3.4.3. El proceso de justicia pretende promover cambios en la comunidad, lo que están orientados a prevenir que otros surjan daños similares y a fomentar una intervención oportuna para atender las necesidades de las víctimas y buscar la responsabilidad activa de los ofensores.
- 3.5. *La justicia está atenta a las consecuencias, tanto esperadas como inesperadas, de sus respuestas ante el crimen y la victimización.*
- 3.5.1. La justicia supervisa e insta a llevar el proceso hasta su término, ya que el cumplimiento de los compromisos maximiza la sanación, la recuperación, la responsabilidad activa y el cambio.
 - 3.5.2. La equidad se alcanza, no por una uniformidad en los resultados, sino al aportar a todas las partes el apoyo y las oportunidades que

necesitan y al evitar las discriminaciones según raza, clase social y género.

- 3.5.3. Los acuerdos o resultados que son predominantemente disuasivos o restrictivos deben usarse sólo como último recurso, interviniéndose de la manera menos restrictiva posible mientras se busca la restauración de las partes involucradas.
- 3.5.4. Es importante contrarrestar las consecuencias inesperadas de la implementación de la justicia restaurativa, tales como el uso de los procesos restaurativos para fines coercitivos o punitivos, la orientación desmedida hacia el ofensor o la expansión del alcance de los medios de control social.