

III. MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa es un sistema a través del cual las partes que se han visto involucradas (o poseen un interés en particular) en un delito, deciden de forma colectiva cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro.³¹ En este concepto tiene cabida la víctima, el responsable, las familias y la sociedad. Consiste en un medio de gestión de conflictos que coloca al diálogo como la base del proceso, favorece el restablecimiento de la paz social fracturada por el conflicto, reduce la respuesta estatal violenta y permite la participación protagónica de la sociedad civil.

Gordon Bazemore y Lode Walgrave enfatizan el resultado final y la definen como “toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito”.³²

Para Martín Wright, las prácticas restaurativas son una manera de permitir a todos los interesados acordar juntos la manera de cómo actuar en el futuro dando peso a las necesidades de cada uno. La justicia restaurativa es la aplicación de las prácticas restaurativas para rectificar o reparar los daños causados entre sí, especialmente, cuando la acción dañosa es contraria a la ley.

Es más que una teoría sobre la justicia, también consiste en una teoría social,³³ que indica —en una particular concepción de

³¹ Marshall, Tony, *Restorative Justice*, Nueva York, Overview, 1999, p. 17.

³² Bazemore, Gordon y Walgrave, Lode, *Restorative Juvenile Justice*, Missouri, Willow Tree, 1999, p. 49.

³³ Véase Schweigert, *Moral and Philosophical Foundations of Restorative Justice*, Maryland, Perry, 2002, p. 34.

la justicia— que los miembros de la comunidad juegan un papel fundamental como apoyo y respaldo de los individuos enfrentados a causa del delito.³⁴ Ante el delito existe una ofensa contra individuos en lugar de una ofensa contra el orden jurídico.³⁵

Se trata de una filosofía que apunta a la sabiduría de saber buscar la solución a los conflictos naturales de la vida cotidiana mediante el diálogo y el acuerdo como instrumentos esenciales. Como cultura, educa porque previene las conductas violentas y los hechos delictivos y a la vez cambia las mentalidades punitivas, el concepto de “víctima pasiva” y el de infractor sin posibilidad de redimir sus actos delictivos.³⁶

La mediación penal es un instrumento de la justicia restaurativa, se trata de un procedimiento de:

Gestión de conflictos... en el que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionalizados del proceso penal, e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, 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 el modo de reparación tanto material como simbólica.³⁷

³⁴ Van Ness Strong, *Restoring Justice*, Cincinnati, OH Anderson, 1997, p. 8.

³⁵ En palabras de Zehr: “the justice requires, instead, that we ask questions such as these: who has been hurt? What do they need? Whose obligations and responsibilities are these? Who has a stake in this situation? What is the process that can involve the stakeholders in finding a solution? Restoration justice requires us to change not just our lenses but our questions”. Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, USA, Good Books, 2002, p. 63.

³⁶ Wright, Martín, “Derecho, justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia”, *Conclusiones del I Congreso internacional sobre Justicia restaurativa y Mediación Penal, Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, España, entre los días 4 y 5 de marzo de 2010.

³⁷ González Cano, Isabel, “La mediación penal en España”, en Baro-

Las siguientes líneas están orientadas a estudiar la justicia restaurativa, sus antecedentes y beneficios, analizando si se trata de un cambio de paradigma frente a las prácticas jurídicas actuales de resolución de conflictos. Acto seguido reflexionaremos sobre la mediación penal como instrumento de la justicia restaurativa y su papel complementario del sistema judicial en el marco de una realidad que pugna por el respeto y promoción de los derechos humanos.

1. *Antecedentes de la justicia restaurativa*

Los mecanismos que responden a la vulneración de una regla social con acciones que busquen el restablecimiento del equilibrio y la reparación por parte del responsable, no son novedosos. El concepto de justicia restaurativa actual, se ha ido gestando a través de los años,³⁸ pero se identifican básicamente seis antecedentes:

na, Vilar (dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 25.

³⁸ Incluso durante siglos, por ejemplo, para el pueblo nómada de los Beduinos, el sentido del honor es lo más importante. Por ser nómadas es casi imposible que acudan o cuenten con un sistema judicial, además que el llegar a tribunales o acudir a la policía es deshonroso, es por ello que de existir una disputa se reúnen los involucrados acompañados por la gente que ellos han elegido, quienes suelen ser sus conocidos y familiares más cercanos. Frente a los asistentes a la reunión se celebra un acuerdo, los acompañantes son los garantes del cumplimiento. La voluntariedad y el compromiso sustentados en el honor, garantiza el cumplimiento del acuerdo, prescindiendo de formalidades que lo recubran. El poder del mediador es la palabra, no tienen leyes o ejecución de sentencia, a través de la comunicación se logra la convivencia y acercamiento de las personas en conflicto. De suceder un incumplimiento, son los familiares quienes destierran al responsable por comprometer el honor de la familia.

En Hawái, existe el proceso del Ho'oponopono. En él es fundamental para la búsqueda de soluciones el compromiso derivado de la voluntarie-

- 1) Movimiento crítico de las instituciones represivas de los años sesenta y setenta.
- 2) Movimiento de las críticas del modelo de rehabilitación.
- 3) Movimientos victimarios.
- 4) Movimientos de la valorización de la comunidad.
- 5) Movimiento de descolonización.
- 6) De las transformaciones estructurales de los años ochenta.³⁹

El *movimiento crítico de las instituciones represivas*, inició al final de los años cincuenta del siglo pasado, impulsado por las luchas antiraciales, las luchas femeninas y el movimiento de derechos cívicos en los Estados Unidos.

El sociólogo Goffman afirma que el macartismo y la guerra de Vietnam diseñaron un contexto propicio en la contestación hacia toda forma de institución o de organización totalitaria. Los sistemas cerrados, la restricción de libertades, la imposición de controles y de poderes, las desigualdades sociales producidas y reforzadas por el sistema, son el objetivo de estos movimientos de cuestionamiento que encuentran en las universidades americanas un gran impulso. Surge la criminología crítica y radical proponiendo un replanteamiento fundamental del sistema penal. Se reprocha a la justicia penal: *a)* estigmatizar y seleccionar las poblaciones más débiles para reafirmarse; *b)* diferenciar entre delinquentes y no delin-

dad. Igual de relevante resulta la honestidad y piden por ella alzando una plegaria, el *pule wehe*. Una vez identificado el problema hay lugar para la confesión, el perdón, la restitución y finalmente el acuerdo de abandonar el conflicto y restablecer la armonía. Se realiza una plegaria final de agradecimiento y una comida tradicional. Al igual que en la cultura hawaiana con el Haku, el mediador tiene la finalidad de lograr acuerdos justos, equitativos, duraderos y estables; su función es auxiliar en la gestión de un conflicto. Alés Solís, Javier, conferencia “Viajar ligero de equipaje”, *Taller de Mediación: Desaprender para Aprender*, X ed., Olavide en Carmona, España, 16 de Julio de 2012.

³⁹ Jaccoud, Mylene, “Ponencia sobre Justicia Restaurativa”, *Conclusiones Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, Chile, 2005, p. 109.

cuentas; *c*) los elementos deterministas que definen tal diferencia; *d*) no lograr soluciones efectivas por parte del sistema penal; *e*) el “robo el conflicto” a los verdaderos involucrados.

La izquierda radical en Estados Unidos se refuerza por movimientos confesionales que se unen para hacer frente común a las prácticas y resultados de las instituciones represivas.

Mientras tanto, en Europa los trabajos de Michel Foucault, Françoise Castel, Robert Castel y Anne Lovell, Nils Christie y Louk Hulsman se toman como fundamentos teóricos para elaborar un modelo de justicia denominada alternativa. Las instituciones no pueden hacer caso omiso de los cuestionamientos y en algunos lugares se forman comisiones para intentar formalizar este movimiento. En la Comisión de Canadá, por ejemplo, se argumentaban tres razones para justificar la despenalización: el volumen de infracciones menores presentadas ante los tribunales, los intereses de la víctima y el funcionamiento no equitativo del sistema penal.

Con relación al cuestionamiento del modelo de rehabilitación, en 1974 se realizó un estudio por parte de Lipton, Martinson y Wilks sobre los programas de rehabilitación implementados de 1945 a 1967 en los servicios correccionales, concluyó que la rehabilitación de los detenidos no funcionaba. Robert Martinson y el estudio conocido como “Nothing Works”⁴⁰ tiene un gran impacto en las críticas al modelo terapéutico de rehabilitación.

Movimientos victimarios. La victimología, en el marco positivista de la época de finales de la Segunda Guerra Mundial, se enfoca en la victimización y la búsqueda de factores determinantes en un individuo para llegar a convertirse en víctima. La investigación científica y la acción paralela de los movimientos de reivindicación de los derechos civiles (que contaba con fuertes impulsores como los movimientos feministas) van a lograr que se ponga en la mira la exclusión por parte de los poderes públicos de las víctimas

⁴⁰ <http://bitbucket.icaap.org/dict.pl?term=NOTHING%20WORKS> (consultada en mayo de 2012).

dentro del sistema de justicia, su victimización secundaria a causa del sistema penal y la poca atención para ciertos tipos de delito por parte de los tribunales (por ejemplo, la violencia conyugal).

Estos movimientos lograron que se diera mayor participación a la víctima a través de reformas a la justicia penal, y consiguieron legislaciones que contemplaban la indemnización a las víctimas, y su mayor intervención, por ejemplo, con la inclusión de las declaraciones de víctimas en el proceso penal y su presencia en las audiencias de liberación condicional, introducción de procesos y medidas de reparación directa (compensaciones o indemnizaciones, encuentros de mediación entre víctima e infractores).

Movimiento de la valorización de la comunidad. Los años setenta se caracterizan por la defensa de los ideales que valoriza el retorno al modo de vida comunitario y el posterior desarrollo de las comunas, donde, por cierto, los conflictos son mejor administrados, generando las percepciones de que su presencia es menor.⁴¹

Movimiento de descolonización. Se trata de los movimientos de reivindicación de los derechos aborígenes que se desarrollan en los años 1960-1970, que focalizan las miradas en las formas tradicionales de resolución de conflictos de los pueblos autóctonos como en su idea de justicia holística fundada sobre valores de justicia negociada, participativa, inclusiva y restaurativa. Esto permite ejemplificar que algunas otras formas de aplicar la justicia, distintas a las convencionales, pueden resultar viables y eficaces.

Transformaciones estructurales. Las crisis económicas, especialmente entre 1973 y 1979 y una incipiente pero rotunda globalización, proporcionaron un duro golpe al modelo del Estado de bienestar, originado en la posguerra. El Estado abre sus fronteras al neoliberalismo seguido de la descentralización de poderes, fragmentación de centros decisionales que van, desde el campo socio penal a traducirse en una transformación profunda del papel del Estado en las funciones de control y de regulación social.

⁴¹ Faget, J., “La médiation pénale: une dialectique de l’ordre et du désordre”, *Déviance et société*, vol. 17, núm 3, 1993, pp. 221-234.

El Estado se libera de una parte de la gestión de las actividades de promoción de la seguridad, refuerza la acción penal contra los delitos graves y delega la gestión para los delitos menores en las instancias socio-comunitarias. Los mecanismos restaurativos encontraron una gran oportunidad de demostrar su potencial, ante el repliegue del Estado de las actividades de control del crimen.⁴²

En lo anterior podemos encontrar que la justicia restaurativa tiene sus orígenes en movimientos de diversas ideologías, muchas veces en contraposición, lo que demuestra su flexibilidad ante las tendencias de izquierda (por ejemplo, despenalizar o transformar lo penal) o de derecha (por ejemplo, responsabilizar a los ciudadanos y a la colectividad y reforzar la intervención y la producción de la seguridad de la sociedad).⁴³

La justicia restaurativa siguió arando camino y en las décadas siguientes tuvo destacados avances hacia la institucionalización. En 1985 se aprobó la *New Zealand Criminal Justice Act*, que estableció la reparación como posible contenido de la sentencia, complementando otras posibles condenas. En su origen esta ley contemplaba dicha posibilidad sólo para delitos contra la propiedad o posibles perjuicios que se hubieren podido ocasionar a la víctima. En 1987 se modifica este ordenamiento adicionando el elemento a valorar del daño emocional causado a la víctima, como elemento a ponderar para la determinación de la reparación, lamentablemente esto era determinado por el tribunal sin considerar al fiscal ni al delincuente, en su lugar se solicitaba un informe a la policía o a cualquier persona que pudiera auxiliar en la determinación. En la actualidad este informe garantiza un equilibrio porque evita presiones o ejercicio de poder de una parte sobre la otra, y elementos de valoración judicial.⁴⁴

⁴² Crawford, Adam, *The Local Governance of Crime: Appeals to Community and Partnerships*, Oxford University Press, 1999, pp. 37 y ss.

⁴³ Jaccoud, Mylene, "Ponencia sobre justicia restaurativa", *Conclusiones Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, Chile, 2005, p. 109.

⁴⁴ Galawey B., "The Zealand Experience Implementing the Repara-

En vista del éxito obtenido, se extendió su aplicación al sistema de justicia penal con adultos jóvenes (17 y 20 años) a través de la Conferencia del Grupo Familiar.⁴⁵ Hoy en día es aplicable a la justicia penal en general.

Canadá realizó el “experimento Kitchener” en Ontario en 1974, llevado a cabo por una comunidad Menonita (específicamente, miembros de su iglesia) bajo la vigilancia de jueces, donde se logró que dos jóvenes que realizaron actos de vandalismo, repararan los daños ocasionados mediante fórmulas individualizadas acordadas con cada uno de los 24 afectados. Tras el éxito de tal experimento, Canadá ha realizado múltiples programas con altos niveles de satisfacción.

Aparece en este país la llamada *jurisprudencia terapéutica*, desarrollada por Wexler y Winick en 1996, en la que se afirma que la aplicación de las reglas de derecho puede producir efectos terapéuticos o anti-terapéuticos sobre las personas involucradas en procesos jurídicos. No es una teoría, se basa en teorías psicológicas, influenciada por la psicología de la justicia procedimental. Básicamente considera que cuando los procesos se perciben como justos, tienen un efecto positivo y terapéutico en las personas en las que se aplica.⁴⁶

tion Sentence”, en Messmer y Otto (eds.), *Restorative Justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation-International Research Perspective*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1992, p. 56.

⁴⁵ En las conferencias comunitarias se reúne el victimario con una persona que representa a la víctima, y en la reparación participa la comunidad y no la familia del responsable.

⁴⁶ Wexler, R. B y Winick, B. J., “Introduction to Law in a Therapeutic Key: Development in Therapeutic Jurisprudence”, en Wexler, David B. y Bruce, J. (eds.), *Essays in therapeutic Jurisprudence*, paper, 1996, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1101507&http://www.google.es/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=6&ved=0CGsQFjAF&url=http%3A%2F%2Fpapers.ssrn.com%2Fsol3%2Fdelivery.cfm%2FSSRN_ID1101507_code799786.pdf%3Fabstractid%3D1101507%26mirid%3D1&ei=hiLXUlyENaah0QXT6YGIAQ&usq=AFQjCNF9PGQt2F3vGWzVfYansdGAJAnz9w&sig2=kKCAlo459BTR1uwXmm29Ww (consultada en julio de 2012).

2. *Justicia restaurativa y mediación penal*

Conforme a Lode Walgrave, la justicia se puede clasificar según el elemento que se atiende con prioridad, en: retributiva (el crimen); rehabilitadora (el delincuente), y restaurativa (la reparación del daño). En función de lo focalizado, también serán distintos los medios empleados, el modelo retributivo utiliza la imposición de castigo; el rehabilitador, el tratamiento, y podríamos afirmar que el restaurativo, el diálogo.

Hemos mencionado que son procesos restaurativos aquellos en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, con la ayuda de un tercero imparcial que propicia el diálogo entre ellos. Su objetivo es buscar la reparación para la víctima, la reinserción del infractor y el servicio a la comunidad.

La mediación penal es un proceso a través del cual se alcanzan los objetivos de la justicia restaurativa. Como se ha dicho anteriormente, en la justicia restaurativa se hacen protagonistas a víctima e infractor y son ellos quienes deben buscar y construir una solución con base en el diálogo. Ofrece a la víctima oportunidad de: *a*) resarcimiento o compensación por el daño sufrido; *b*) encontrar respuestas que sólo el infractor puede dar. En tanto, la otra parte: *a*) se hace responsable de lo que ha causado, y *b*) se compromete a reparar el daño ocasionado. Este acercamiento que puede devolver la seguridad a la víctima y concientizar sobre el efecto de sus actos al ofensor, ayuda a restablecer la paz. Se antepone la reparación del daño causado sobre su represión.

Los procesos restaurativos se distinguen por las siguientes notas:⁴⁷

⁴⁷ Miranda Pereira, “Sanções e medidas de execução na comunidade. A importância dos relatórios sociais e a reforma do Código de Processo Penal. Política Criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um concei-

- a) Deben utilizarse únicamente cuando haya pruebas suficientes para inculpar al responsable, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del propio responsable.
- b) Existe libertad para retirar el consentimiento por los involucrados.
- c) Los acuerdos quedan en manos de los involucrados, ellos son los encargados de su construcción, y su contenido debe ceñirse al marco de la ley, conteniendo compromisos razonables y proporcionales.
- d) La participación del responsable no se admitirá como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
- e) La mediación puede desarrollarse en diversas fases del proceso penal: instrucción, juicio oral, y una vez dictada sentencia.
- f) No todos los conflictos de contenido penal son susceptibles de procedimientos restaurativos.

La mediación es un instrumento que resulta cualificado para esta nueva justicia, porque promueve el acercamiento, a través del diálogo, entre los involucrados en un conflicto.⁴⁸ El desarrollo de la mediación en promoción de la cultura de paz no contraviene los procedimientos judiciales formales ni el marco de garantías que representan. Propone contribuir a una justicia penal menos retributiva, que tenga más en cuenta a la víctima y al infractor y lo que para ellos representa el conflicto. La mediación penal busca la reparación del daño y la resolución no violenta de conflictos.

to abrangente de prevenção”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 8, fas. 3, julio-septiembre de 1998, p. 449.

⁴⁸ Galain Palermo, Pablo, “Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces”, *Revista Penal*, núm. 24, 2009, pp. 71-89.

Son elementos necesariamente para que exista la posibilidad de mediación, la comisión de un acto punible. El procedimiento restaurativo inicia cuando una persona reconoce su participación en un hecho dañoso, tipificado por la ley, y existe consentimiento libre y voluntario de víctima y responsable para gestionar “su” conflicto a través de la mediación.

Para Martín Wright⁴⁹ el sistema penal tradicional estigmatiza a una de las partes en el conflicto como delincuente, le pone antecedentes penales, la pena se hace trascendental al tener consecuencias sociales para toda su vida y, en caso de existir, acaba con la relación entre los involucrados. Optar por un proceso restaurativo brinda un espacio para la reflexión sobre el conflicto constitutivo de delito, y se puede evitar someterlo al sistema de justicia penal.

Como se tratará más adelante, generar empatía entre los involucrados es fundamental en la mediación. A través de la comunicación entre víctima y responsable, ambos se percatan que detrás de esa sustantivación de adjetivos, se encuentra una persona, con la que si bien no se simpatiza, sí se empatiza, se reconoce y legitima.

En un conflicto los afectados no son siempre identificables, la justicia restaurativa reconoce que la víctima del delito no es la única afectada (el responsable y/o su familia pueden serlo también). Las conferencias restaurativas⁵⁰ pueden auxiliar ante esta situación.

⁴⁹ Wright, Martín, “Derecho, justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia”, Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia restaurativa y Mediación Penal, Dimensiones Teóricas y Repercusiones Prácticas”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, España, entre los días 4 y 0 de marzo de 2010.

⁵⁰ El *European Forum for Restorative Justice*, organización con más de 300 miembros de toda Europa, tiene la tarea de coadyuvar al desarrollo de la justicia restaurativa en ese continente, actualmente se encuentra en desarrollo de un proyecto financiado por la comisión europea, destinado a la

En relación con la víctima, la mediación penal persigue tres objetivos:

- 1) La reparación o resarcimiento del daño.
- 2) La recuperación del sentimiento de seguridad, como forma ésta de reparación simbólica.
- 3) Evitar una segunda victimización.

Los objetivos tratándose de la persona responsable son:

- 1) Evitar múltiples penas. Las restricciones a la libertad del responsable al declararlo culpable por el sistema legal, muchas veces afectan más derechos que sólo su libertad y poca atención se pone a su reinserción.
- 2) Evitar un resentimiento con el sistema y la sociedad que puede llevar a una reincidencia.
- 3) La evasión de la responsabilidad y poco o nada aprendizaje del deber de respeto a los bienes jurídicos protegidos.

A través de la mediación se procura:

En torno a la víctima:

- 1) Asegurar su papel en el proceso (jurisdiccional o no).
- 2) Recuperar la confianza y seguridad vital.
- 3) Dejar a un lado el miedo y la incertidumbre ante futuras represalias.
- 4) Reparación o compensación del daño sufrido.

En relación con el responsable:

implementación de las Conferencias Restaurativas, como una forma de aplicar los principios restaurativos. Estas conferencias son un modelo de justicia restaurativa que ha sido ampliamente desarrollado en otros lugares como Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos, y además de incluir a víctima e infractor incluye a otros miembros de la comunidad, <http://www.euforumj.org/Activities/conferences.htm> (consultada en junio de 2012).

- 1) Lograr se responsabilice por su conducta infractora y haga un esfuerzo por una reparación.
- 2) Desarrollo de actitudes de empatía.
- 3) Medidas alternativas que tiendan a dar solución a las causas que subyacen en la conducta infractora.

En vista de lo anterior, el proceso de mediación penal coadyuva a la prevención en la “escalada del conflicto” al implicar un aspecto educativo, logrando el descenso en la reincidencia, menos estigma social y favorecer la reinserción. Igualmente, la sociedad civil se ve beneficiada porque se facilita el diálogo comunitario, reconstruye la paz social quebrantada por el delito y minimiza las consecuencias negativas, controla el aumento de la población reclusa e incrementa la confianza en la administración de justicia penal.⁵¹

Adicionalmente a los principios, las directrices fundamentales que deben estar presentes en todo programa de justicia restaurativa son:

- a) **Compensación.** La compensación o resarcimiento no es sólo económico, puede llegar a ser simbólico.
- b) **Reintegración.** Reingreso de la persona en la vida de la comunidad, evitando el resentimiento hacia ella y su sistema legal. En lugar de incrementar la población reclusa, se le permite reintegrarse como miembro productivo de la comunidad. Tanto víctima como infractor pueden necesitar ayuda, se les debe tratar con dignidad y brindar asistencia.
- c) **Encuentro y participación.** Tras la aprobación del mediador y una vez valoradas las circunstancias. En las reuniones conjuntas, todo el mundo puede narrar lo que vio, se puede

⁵¹ Beloso Martín, Nuria, “El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 20, 2010, pp. 1-20.

saber qué pensaba el infractor cuando cometió el delito, no solamente la parte legal, se analiza cómo salir del conflicto. Conocer las versiones y emociones de ambas partes es favorable para generar la empatía, el sentido de responsabilidad, el resarcimiento y el perdón.⁵²

3. Principios de la mediación penal

Durante la Conferencia Internacional de Brasilia sobre Justicia Restaurativa realizada en junio de 2005, se llegó a la conclusión que las prácticas del sistema restaurativo deben ser construidas por medio de políticas públicas coordinadas, con la participación del poder público, de la sociedad civil y de los organismos internacionales ligados a los derechos humanos. Con motivo de la reunión, se suscribió una declaración de principios y valores de solución alternativa de conflictos y justicia restaurativa, denominada “Carta de Brasilia”, de la cual destacan las siguientes declaraciones:

- 1) Debe darse a conocer a los operadores del sistema de justicia y opinión pública, las experiencias y procedimientos restaurativos, propiciando la integración de la red social en todos los niveles e interactuando con el sistema, sin perjuicio del desarrollo de prácticas en sede comunitaria.
- 2) Respetar la voluntariedad de los participantes de estos procesos en todas sus fases, promoviendo el respeto mutuo, fortaleciendo su corresponsabilidad activa y atendiendo sus necesidades y posibilidades.
- 3) Desarrollar el carácter interdisciplinario de la intervención, con facilitadores imparciales, debidamente capacitados, y con apoyo de asesoría jurídica para las partes.

⁵² Van Ness, Daniel W. y Strong, Karen Heetderks, *Restoring Justice*, 2a. ed., Buenos Aires, Rústica, 2001, pp. 14 y ss.

- 4) Atender las particularidades socioeconómicas y culturales de los participantes y la comunidad, promoviendo el respeto a la diversidad, relaciones igualitarias y no jerárquicas, y sus derechos humanos.
- 5) Respetar el derecho a la confidencialidad de la información en el proceso restaurativo, la que no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores contra el imputado.
- 6) Promover la transformación de patrones culturales, y la inserción social de las personas.

Los métodos restaurativos se pueden utilizar en cualquier etapa del proceso, incluso una vez que el sentenciado se encuentra en ejecución de sentencia. Los acuerdos que se alcancen, deberán tener obligaciones razonables y proporcionales al daño. El incumplimiento de un acuerdo no debe utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.⁵³

Conforme a lo anterior podemos afirmar que los principios de la mediación penal son los siguientes:

— Voluntariedad

Tanto víctima como responsable deben participar voluntariamente en la mediación. Existe voluntariedad para el acceso a la misma, el desarrollo del proceso, consecución o no de un acuerdo final, o para apartarse de ella en cualquier momento. La voluntad del imputado es relativa pues le amenaza la continuación del proceso penal y si no aprovecha la oportunidad de resolver extrajudicialmente el conflicto puede verse su conducta como obstinación y ello perjudicarlo, sin olvidar el precio inicial de reconocer el hecho dañoso y su implicación. En cuanto a la negativa de la víctima a participar puede afectar negativamente a su imagen

⁵³ Ministerio de Justicia, *Conclusiones del Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, Santiago de Chile, Ministerio de Justicia de Chile, 2006, pp. 107 y ss.

como insensible, mejorando indirectamente la posición del imputado; habrá que cuidar que la aceptación no se deba a presiones y que la propuesta no sea una provocación y ataque a la dignidad de la víctima.

El mediador no puede ser omiso de la presión que existe sobre los mediados. Existe la “alternativa”⁵⁴ como la posibilidad real y legal de que una parte accione y sobrevengan los graves efectos de un proceso judicial sobre la vida de las personas comprometidas en la situación.

— Gratuidad

Las partes no deben pagar honorarios ni al mediador ni a los demás operadores jurídicos.

— Confidencialidad

El juez no tendrá conocimiento del proceso salvo lo pactado en el documento final —acta de acuerdos—, y lo que las partes deseen expresar. Si alguna de las personas quiere desistir de la mediación realizada, hasta antes del inicio de juicio, ni el juez, ni el fiscal, ni abogados acusadores o defensores, pueden utilizar dato o expresión alguna recogida en el acta de acuerdos. Es decir, las expresiones vertidas verbal o documentalmente en el acta de reparación únicamente tendrán valor de prueba si son ratificadas como tales por la víctima y el acusado en el acto del juicio.

Este principio se relaciona con la presunción de inocencia y conservarlo juega a favor de la autonomía de las partes. De saber que lo dicho o confirmado puede actuar en su contra en un juicio penal, pocas intensiones de acudir a él tendrían los involucrados en un conflicto.

⁵⁴ Ury, W. y Fischer, R., *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, México, Compañía Editorial Continental, 1986.

— Oficialidad

Le corresponde al juez, previo acuerdo o iniciativa del Ministerio Fiscal o del abogado defensor, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal. Esta derivación puede ser de oficio o a instancias de cualquiera de las personas implicadas como partes procesales.

— Flexibilidad

El proceso de mediación debe ser flexible en cuanto a los plazos específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso. No obstante, se establecerán plazos temporales para la suspensión del proceso penal durante el desarrollo de la mediación, así como obligaciones del mediador para que informe periódicamente de su evolución. De ninguna manera la determinación del contenido reparador exigido por la víctima podrá suponer una pena que exceda de las previsiones establecidas en el Código Penal.

— Bilateralidad

Ambas partes tienen oportunidad para expresar sus pretensiones, con las limitaciones que imponga el mediador para el buen desarrollo de la mediación.

— Imparcialidad

El mediador no puede inclinarse a favor o en contra de las posiciones de las partes, pero puede estar obligado a proporcionarles informaciones sobre el alcance de sus posturas en un plano jurídico, buscando el equilibrio entre las partes.

— Responsabilidad personal

Distinta a la responsabilidad penal pues no se responde por el delito cometido sino con la voluntad y compromiso en la resolución del conflicto.

— Equidad

Como posición nivelada de las partes y en los turnos de intervención.

Por otra parte, tal como lo menciona la Declaración de Brasilia, los métodos de justicia restaurativa tienen cabida en los diferentes momentos procesales:

- 1) En fase de instrucción rige el principio de presunción de inocencia, es por ello que:
 - a) El imputado debe ser consciente del hecho delictivo que ha cometido y sus consecuencias.
 - b) La participación es voluntaria.
 - c) Se le debe informar por su abogado las implicaciones que tendrá para su persona la reparación, incluyendo los beneficios jurídicos previstos en el código penal.⁵⁵
- 2) En la fase posterior a la sentencia y previa a la ejecución:
 - a) Puede servir para otorgar la suspensión de la pena privativa de libertad.
 - b) También puede utilizarse para sustituir la pena.
- 3) En fase de ejecución:
 - a) La justicia restaurativa puede servir para obtener el tercer grado de tratamiento penitenciario.⁵⁶

⁵⁵ Para la justicia española la Justicia Restaurativa se considera como atenuante genérica del artículo 21.5 del código penal español. En México la mediación logra un acuerdo reparatorio como forma orgánica de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

⁵⁶ La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por

- b) Conceder la libertad condicional.
- c) Solicitar el indulto.

4. *La mediación penal y el derecho penal ¿abandono del ius puniendi?*

Se ha insistido constantemente en primar la reparación sobre el castigo, ¿es entonces la mediación penal una negación del Estado y su sistema de justicia? La respuesta es: no.

Mucho se habla de justicia restaurativa como cambio de paradigma. El término engloba, según Thomas Kuhn, un conjunto de ideas, objetivos y métodos dentro de la ciencia que determinan una visión del mundo, donde los principios y procedimientos son impuestos por la comunidad científica predominante. Una innovación o el más ligero cambio no es producto de un avance lineal sino fracturado. Una negación de lo dicho para imponer una nueva visión e interpretación de los hechos.⁵⁷

La primera afirmación es: la justicia restaurativa no es un cambio de paradigma porque no se trata de una ciencia. “Pero se ha dicho que ofrece una nueva visión del conflicto y su solución”, alguien muy acertadamente podrá cuestionar, y en efecto, en esta investigación hemos mencionado que la mediación penal implica un cambio de enfoque, primar la solución y reparación sobre el castigo, la prevención general sobre la especial. Y esto nos lleva a una segunda afirmación: el modelo de justicia restaurativa no es una ruptura o negación de las potestades del Estado y su sistema legal actual.

sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Artículo 102.4 Real Decreto 190/1996, del 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. España.

⁵⁷ Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1971.

Las características de la justicia restaurativa como paradigma en relación con las prácticas existentes, son:

- 1) Es diferente a ellas.
- 2) Al ser un modelo tiene coherencia interna.
- 3) Representa un cambio, el cual puede consistir en una adaptación.

Es por tanto que justicia restaurativa no se impone como un nuevo paradigma porque no impone una ruptura con las actuales políticas penales, su elemento innovador es el cambio de enfoque como solución a problemáticas actuales que cuestionan la efectividad de un derecho penal represor, pero como se ha visto en la práctica, la estrategia empleada para introducirse al sistema (congruente con sus principios y reafirmando su línea de acción no adversarial) no es la confrontación sino la adaptación.⁵⁸ No se niega la intervención del Estado en los conflictos penales porque en las actuales legislaciones los casos que llegan a mediación penal son derivados de la propia jurisdicción, el Estado es el encargado de hacer cumplir los acuerdos logrados (en caso de que existan), o continuar con las formas jurisdiccionales (al no existir acuerdo).⁵⁹

La mediación no es un mecanismo que incita la impunidad. No puede reducirse su finalidad a evitar la cárcel. No se trata de

⁵⁸ Jaccoud, Mylene, “Ponencia sobre Justicia Restaurativa”, *Conclusiones Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, Chile, 2005, p. 2, en <http://www.mediationsansfrontiere.ca/rappports/confsalta.pdf> (consultada en julio de 2012).

⁵⁹ Schunemann sostiene que con el remplazo del derecho penal retributivo por el derecho penal preventivo se desvirtúan las funciones de las instituciones penales. En ese sentido, en la actualidad se “refuerza la posición procesal de poder de las autoridades de prevención penal (Ministerio Fiscal y policía) a costa de la posición del inculpaado y su defensa, como también del juez, quien, si bien dicta la sentencia decisiva formalmente y hacia el exterior aun sobre la base del juicio oral, de facto actúa frecuentemente sólo como órgano de ejecución del Ministerio fiscal”. Schunemann, *La reforma del proceso penal*, trad. de Mariana Sacher, Dyckinson, 2005, p. 43.

reducir el *ius puniendi* del Estado, mas sí diseñar formas alternativas a la pena de prisión con mayores beneficios ante una realidad caracterizada por el colapso del Poder Judicial, un sistema penitenciario en crisis, la generalizada percepción de impunidad y una desconfianza casi total de la ciudadanía respecto de la justicia que imparten las instituciones jurisdiccionales.

Las funciones de retracción del monopolio del Estado en la aplicación de la fuerza en la solución de los conflictos no se identifica con una disminución de su función de control social, que a través de los medios alternativos parece verse ampliada, todo vez que los ciudadanos le reconocen más (legitimándolo) al incrementar su percepción de justicia en el sistema.

De igual forma, no todos los casos son susceptibles de mediación. La vigencia del principio de oficiosidad y de legalidad, hace que existan contenidos materia del acuerdo, pero contamos con la presunción que la incorporación de un acuerdo entre los protagonistas de la situación no ha de pasar desapercibido para el Tribunal, sobre todo si éste comprende la intensidad que puede alcanzar el proceso de mediación, cuando se logra un trabajo profundo y el acuerdo *genuinamente* surge de las partes.

De esta manera confluyen los principios de oficialidad y legalidad, que aseguran el papel del Estado como ente *supra* partes, con los principios de flexibilidad y voluntariedad característicos de la mediación.

No se trata de un mecanismo para negociar las penas, ni obtener impunidad, ni agravar la situación de los involucrados, ni en lo procesal ni en lo personal,⁶⁰ su deontología con base en la justicia restaurativa se contraponen a ello.

La justicia restaurativa y la mediación penal manifiestan la necesidad, en el contexto social actual, de desburocratizar la administración de justicia⁶¹ y habilitar instancias de mediación sin

⁶⁰ Ury W. y Fischer, R., *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, México, Compañía Editorial Continental, 1986, p. 10.

⁶¹ Ceretti habla de la “perdita di centralità della visione «legicentrica»

renunciar a la función de control social.⁶² La figura del mediador, en lugar del juez, procura una solución del conflicto dirigida por un tercero carente de autoridad, que no pretenda imponer una determinada solución.

El recurso a procesos informales para la elaboración de los conflictos permitiría, además, que la elaboración de los conflictos se diera en un clima *che non enfatizza diritti e doveri*.⁶³

del diritto (che vuole, in base alla teoria classica della democrazia, la legge quale espressione della sovranità popolare e capace di assicurare il legame tra il ruolo del giudice e la democrazia)... In questa intricata matassa è senz' altro vero che il paradigma delle mediazioni preconizza una lógica di degiuridizzazione e di degiudiziarizzazione e una partecipazione attiva delle parti alla regolazione dei loro conflitti. Ed è altrettanto vero che con la mediazione si passa a risolvere i conflitti da un modello conflittuale (quello del proceso) ad uno più consensuale". Ceretti, "Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma, Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia". *Criminologia*, vol. Terzo, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000, pp. 727, 731, 733, 734 y 739.

⁶² Johnstone Van Ness menciona: "its broad goal is to transform the way contemporary societies view and respond to crime and related forms of troublesome behaviour. More specifically, it seeks to replace our existing highly professionalized systems of punitive justice and control (and their analogues in other settings) with community-based reparative justice and moralizing social control". Johnstone y Van Ness, *The meaning of restorative justice*, Johnstone y Van Ness J. (eds.), *Handbook of Restorative Justice*, USA-Canadá, Willan Publishing, 2007, p. 5.

⁶³ Véase Ceretti y Mazzucato, "Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e ONU", *Diritto Penale e Processo*, 2001, p. 721.