**Mediación y Justicia Restaurativa: nuevos paradigmas de la Justicia Penal.[[1]](#footnote-1)**

Por: Rubén Cardoza Moyrón

La historia del derecho penal al parecer no es una tan antigua como se pretende en los cursos tradicionales de la materia en nuestras universidades, en los que se llega con frecuencia a considerar el estudio de uno precolombino o análogo; resulta más creíble la tesis de Maier quien afirma que el derecho penal surge con los Estados nacionales modernos, centralistas, que buscan mantener el control social por las instituciones del propio Estado, legitimando para ello, si es necesario en este afán, el uso de la violencia.

Ese es el derecho penal que conocemos hoy en día. El de su doble aspecto sustantivo y procesal, que da cuenta de una idea de la justicia y de la forma en que puede obtenerse o “hacerse”[[2]](#footnote-2) cuando el orden jurídico ha sido transgredido por los individuos; el Estado castigará con la imposición de una pena a quien haya actuado en contra de las normas jurídicas impuestas por éste. El derecho penal, así entendido, se traduce en un accionar del Estado, con todo su poder, frente al sujeto que ha violado las normas de derecho.

Ahora bien, por más interesante que pueda parecernos está concepción del derecho penal, que lo es, es preciso resaltar que no es la única válida o existente; y frente a esta idea del poder represor del Estado, surge una, diametralmente opuesta, que posiciona al derecho penal como un “… instrumento que permite solucionar conflictos sociales.” [[3]](#footnote-3)

Elías Neuman refiere que el conflicto penal fue expropiado de sus protagonistas y pasó a formar parte del haber estatal: “El delito deja de ser patrimonio humano, del actor y la víctima, y el Estado se apropia de él como si el hecho fuese comprensible aun sin la presencia de quien lo sufrió.”[[4]](#footnote-4) Y es que en realidad nunca lo fue; al menos desde la época inquisitorial, un poco antes del advenimiento de los Estados nacionales.

En efecto, por ser considerado el delito como una afrenta al poder divino, a Dios mismo, su punición (y expiación) era cruel y severa, centrándose fundamentalmente en la figura del pecador. El Estado moderno, desde luego de corte secular, transmuta la afrenta a Dios en una contra el Estado mismo; sin embargo la forma de procesar las incidencias, consideradas como delitos, es prácticamente la misma.

La dogmática penal, enfocada en la figura del agresor, sustenta un derecho que busca a toda costa perfeccionar científicamente los medios para determinar la existencia de la conducta antijurídica, típica culpable y punible. Y en este afán parece olvidarse del origen mismo del delito: un conflicto entre dos o más personas, que a su vez puede tener tiene un sinfín de causas, consecuencias y soluciones, todas ellas ajenas a las teorías y figuras estatales creadas desde la época medieval para castigar las conductas delictivas.

Así resulta, que no es sino hasta en épocas relativamente recientes que los tomadores de decisiones en política criminal reparan precisamente en el hecho de que el delito es un conflicto humano, y que como tal, en múltiples supuestos, puede ser resuelto por las mismas partes que lo han vivido, prescindiendo así de las soluciones del derecho penal que terminan, con no poca frecuencia, reflejando altos costos sociales.

Las nuevas posturas arriban por fin a la casa de un histórico convidado de piedra del derecho penal: la víctima, transformando con ello no solo la política criminal, sino aquella de carácter social[[5]](#footnote-5).

El camino empezó a labrarse desde 1955, con la celebración de los Congresos sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de la Organización de las Naciones Unidas cuya instrumentación, actualmente, depende de la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito.[[6]](#footnote-6) Durante unos treinta años se discuten los temas de la realidad de menores y adultos que han delinquido; las víctimas del delito y las comunidades afectadas.

Sin embargo, no es sino hasta 1985 que, durante el Séptimo Congreso, celebrado en Milán, Italia, en que se habla ya propiamente de medidas sustitutivas de la prisión y medidas de reinserción social de los presos, entre las que se vislumbraba a la de la reparación efectiva del daño causado por el delito. Se habla por primera vez de la aplicación de un criterio de oportunidad en favor de la víctima, que comprende una conciliación entre víctima y victimario.

En esa misma década de los años ochenta, las recomendaciones del Consejo de Europa, seguidas prácticamente una tras de otra, sugirieron, entre otros deberes, el involucramiento del público en la definición de la política penal; la sustitución de penas privativas de libertad a cambio de una indemnización de la víctima a cargo del infractor; y la propuesta de instaurar sistemas y principios de mediación penal que restituyeran a la víctima en sus derechos.[[7]](#footnote-7)

Años después, el 7 de enero de 2002, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas establece sus “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal” que vienen a constituirse como un documento trascendente en este campo, que no solo define el marco en que de manera alternativa al juzgamiento es posible, y deseable, procesar ciertas incidencias consideradas como delitos, sino que además vuelve la vista de los operadores del Derecho Penal a estas figuras relegadas de sus procesos.

La Declaración de Bangkok de 2005, derivada del 11º Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, viene a reforzar la resolución del Consejo Económico y Social al reconocer, en su numeral 32, la importancia de elaborar políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa que incluyan alternativas al juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento; de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante tribunales penales; y, de promover la incorporación de enfoques de justicia restaurativa en las prácticas de justicia penal, según corresponda, tutelando con ello los intereses de víctimas u ofendidos y el derecho a la rehabilitación de los imputados.

Finalmente, ya más cercano a nuestro contexto, el 6 de diciembre del año 2005, como consecuencia del citado 11º Congreso de Bangkok, se emitió la Declaración de Costa Rica Sobre la Justicia Restaurativa en América Latina, bajo la consideración de que en esta región se sufren los mayores índices de violencia, encarcelamiento, exclusión social y limitaciones; y refiriéndose a que la existencia de herramientas de justicia restaurativa no ha logrado contener las sanciones retributivas; de ahí, concluye, lo imperioso de impulsar más ampliamente los procesos restaurativos extendiéndolos a espacios comunitarios, judiciales y penitenciarios.[[8]](#footnote-8)

Estas decisiones fundamentales asumidas en el campo del Derecho Internacional Público, no fueron ajenas al Constituyente Permanente de nuestro País. Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 18 de junio de 2008, instauraron en México un nuevo diseño normativo en el procesamiento de las causas penales, fundado en un modelo preponderantemente acusatorio, que da cuenta, entre otras, de las siguientes características:

* El Ministerio Público adquiere la titularidad de la persecución penal, salvo los casos de excepción;
* Instrumenta la oralidad en distintas etapas del proceso;
* Define una metodología de audiencias; y, entre otros temas,
* Procura las salidas alternativas al juzgamiento, para dejar como última posibilidad la decisión judicial, que si bien es preferible a la venganza privada, también es una de muy altos costos sociales.

En este último aspecto, la reforma de 2008 en materia de seguridad y justicia abarcó también la del artículo 17, que en su párrafo cuarto elevó a rango constitucional la llamada justicia alternativa al establecer, textualmente que “*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.*” Y esta es en nuestro país, precisamente, la carretera que nos conduce a la casa de la víctima, bajo un nuevo paradigma de la justicia penal.

Los mecanismos alternativos que la Constitución declara como de obligada regulación, son formas de solucionar amplia y eficazmente los conflictos de la vida cotidiana, diversas a la jurisdicción, que se ejecutan a través de variados enfoques o métodos que, en términos generales, privilegian la participación de aquellas personas directamente involucradas en los mismos, con el propósito de que, por si mismas, puedan tomar las decisiones que mejor les convengan para dirimir su controversia.

Es un verdadero cambio de paradigmas el hecho de que, por vez primera (al menos desde una perspectiva formal), el delito sea visto como lo que en realidad es, una controversia, un conflicto entre personas de carne y hueso: por una parte el agresor cuyos actos encuadran en una figura delictiva; y por otra la víctima, es decir, quien soporta esa agresión.

Pero lo más trascendental no es que se le llame por su nombre (conflicto, controversia) al ilícito penal; el cambio de paradigmas más importante consiste justamente en que ahora es posible abordar y resolver estos conflictos a través de mecanismos alternativos al juzgamiento, tales como la mediación y otros procesos restaurativos. Lo más relevante, hablando de justicia penal, es que ahora el enfoque no está centrado en la figura del agresor, sino en la de la víctima, con una perspectiva de restauración.

¿Y por qué la mediación penal? ¿Por qué acudir al enfoque restaurativo?

La mediación es un proceso no adversarial de solución de controversias en el que un tercero imparcial crea condiciones para que los participantes puedan construir una perspectiva común, diferente del problema, que incluya el reconocimiento de la visión del otro. [[9]](#footnote-9)

La justicia restaurativa se puede describir, por su parte como “… un proceso a través del cual todas las partes que tienen que ver en un delito (o incidente) en particular se reúnen para resolver de manera colectiva el cómo tratar las consecuencias del delito y lo que implica para el futuro”[[10]](#footnote-10).

La mediación y la justicia restaurativa funcionan porque, a diferencia de otras formas de resolver conflictos, en sus procesos se logra el acercamiento de los protagonistas de la contienda para resolverla aquí, ahora y con visión de futuro; se reconocen las emociones, lo que permite a las partes liberarse de sentimientos profundos y poder estar en condiciones de centrarse en los aspectos sustanciales del conflicto; se habilita a las personas para asumir el control del conflicto y tomar sus propias decisiones, lo que además lo vuelve un sistema de justicia democrático; y, entre otras ventajas más, construye un terreno común, es decir, no sólo se aprecia una parte de la disputa, como en los litigios que se centran exclusivamente en el aspecto jurídico del debate, sino que es posible transitar en todas la áreas de la situación en conflicto, sin limitaciones[[11]](#footnote-11).

Las ventajas que implican los procesos restaurativos, como las antes señaladas, promovieron el establecimiento en los códigos procesales penales de diversos estados de la República de preceptos puntuales relativos a la justicia restaurativa, en los que se afirma el deber de observar en la resolución de las controversias del orden penal la práctica de procesos que logren resultados restaurativos, entendiéndose como tales aquellos que, mediante la participación activa de las partes, logren tener en cuenta las necesidades de la víctima, ofendidos, infractor y comunidad[[12]](#footnote-12).

La justicia restaurativa, y la mediación como uno de los métodos que consistentemente logran resultados restaurativos, se enfocan precisamente en desentrañar y traer a la mesa del diálogo esas necesidades generadas por los crímenes que difícilmente pueden atenderse por los procesos retributivos de justicia; y no porque éstos sean perniciosos; sino por lo limitado de sus alcances.

En efecto, la justicia restaurativa atiende principalmente las necesidades de las víctimas como la de información; recuperar el control de sus vidas; narrar, tal cual ocurrieron, los hechos alrededor del delito, tanto los relativos a su ejecución como los ocurridos en días posteriores; y, entre otras más, las de restitución y reivindicación.

Atiende también las necesidades de los ofensores como las de responsabilidad activa para reparar el daño causado; motivación para una transformación personal; apoyo para reintegrarse a la comunidad; y, en ocasiones, la de reclusión temporal o permanente.

De igual manera, tal y como lo contemplan las todavía vigentes legislaciones procesales en el país, la justicia restaurativa atiende las necesidades que los delitos generan en la comunidad, como los son, la oportunidad para desarrollar vínculos o lazos comunitarios (sentido de comunidad) sólidos; y la motivación para asumir sus responsabilidades en beneficio de todos sus miembros, incluidos desde luego víctimas y ofensores.

Para que esto logre materializarse, es preciso observar, cuando menos, determinados principios de práctica propuestos doctrinalmente y en documentos de Naciones Unidas.

Para Mike Ledwidge, por ejemplo, la justicia restaurativa debe instrumentarse acatando los principios de equilibrio, enfoque holístico, positividad, a la medida, responsabilidad y enfoque estructurado.

Por su parte la ONUDD propone atender determinados principios relacionados con los intereses de las partes tales como:

* Participación voluntaria y consentimiento informado
* No-discriminación
* Acceso a dependencias destacadas de ayuda
* Protección de partes vulnerables en el proceso
* Mantenimiento del acceso a métodos convencionales de resolución de disputas (incluyendo tribunales)
* Respeto a la dignidad y Derechos Civiles de las personas
* Protección de la seguridad personal

No es casualidad que el Constituyente Permanente haya tomado la decisión de promover en 2008 la justicia de reparación del daño como un derecho fundamental, pues desde hace aproximadamente quince años, el trabajo desarrollado por los programas de justicia alternativa en nuestro país, desde el ámbito de los Poderes Judiciales de los Estados inicialmente, y de diversas Procuradurías de Justicia, a partir de la reforma de 2008, ha rendido importantes frutos en la construcción de espacios de distensión y solución colaborativa de conflictos para asuntos de diversa índole, incluyendo desde luego la materia penal.

Estos operadores, como es el caso del Centro Estatal de Justicia Alternativa del Estado de Colima, se han convertido en verdaderos promotores de paz y reconciliación entre los agentes sociales. Y aunque el impacto, en cuanto cobertura, de las estructuras que instrumentan la mediación penal y la justicia restaurativa en nuestro país es todavía de alcances limitados, no me queda duda que en el futuro inmediato este será decididamente mayor.

Justamente, hace unos días el ejecutivo federal presentó una iniciativa de Ley Nacional de Justicia Alternativa Penal, y en el discurso pronunciado el 4 de marzo pasado con motivo de la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales, el Presidente afirmó que, en congruencia con la reforma constitucional, el referido Código “… establece un sistema de justicia restaurativo y no sólo de represión penal”.[[13]](#footnote-13) En este contexto, viniendo desde la figura del ejecutivo federal una afirmación de tal calibre, considero que en los próximos meses y años veremos una gran actividad, tendiente a la instrumentación formal de programas de mediación penal y justicia restaurativa.

Y esto lo veo como una gran oportunidad para la búsqueda de paz y reconciliación en nuestras comunidades, por las razones y argumentos antes planteados; pero también como un enorme reto, pues con frecuencia, específicamente en centros de justicia alternativa penal, el criterio utilitario para su empleo predomina sobre uno de corte racional, lo que conlleva a que en la práctica, en lugar de mediaciones y procesos que consistentemente logran resultados restaurativos, se acude a rápidas negociaciones entre fiscalía y defensa, o a conciliaciones *exprés,* que si bien pueden preferirse en ocasiones a la sentencia, no siempre resultan satisfactorias para quienes los intentan; e incluso se habla de que en algunos lugares se han prestado para la coacción de imputados y víctimas*.*

Por ello, nuestro deber como profesionales de la resolución de conflictos es el de pugnar porque el deber ahora consagrado en nuestra Constitución en su capítulo de los Derechos Humanos y sus Garantías para efecto de que nuestro marco jurídico establezca mecanismos alternativos para la solución de conflictos, se haga efectivo en el sentido más amplio posible, que será aquel que permita una tutela amplia de los derechos y aspiraciones de las personas a una vida digna y de paz.

1. Conferencia dictada por el autor en el 10º Aniversario de la Justicia Alternativa en Colima, en marzo de 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. Maier, J. (2005) *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al derecho penal argentino* enMaier, J. y Binder, A. (Comp.) *El Derecho Penal Hoy*. Buenos Aires: Editores del Puerto. p. 28 [↑](#footnote-ref-2)
3. *Ídem.* p. p. 27-36. [↑](#footnote-ref-3)
4. Neuman, E. (2005) *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa.* México: Porrúa.p. 5. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ídem*, p. 6. [↑](#footnote-ref-5)
6. Pesqueira, J. (2012) *Justicia Alternativa y el Sistema Acusatorio* México: Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal de la Secretaría de Gobernación. p. 89. [↑](#footnote-ref-6)
7. Recomendaciones R(83)7; R (85)11; R(87)18; R(87)21; R(92)16; R(99)19. [↑](#footnote-ref-7)
8. Pesqueira, *Op. Cit*. p. 106. [↑](#footnote-ref-8)
9. Vecchi, S. y Greco, S. (1999) [↑](#footnote-ref-9)
10. Marshall, T. F. (1999) *Restorative Justice: An Overview.* London: Home Office Resarch Development and Statistics Directorate. 39 p. [↑](#footnote-ref-10)
11. Acland, A.F. (1997) *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Barcelona: Paidós. p. p. 54-60 [↑](#footnote-ref-11)
12. Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua (Decreto No. 611/06 P.O.); Código Procesal Penal del Estado de Nuevo León (P.O.E. 5 de julio de 2011); Código procesal Penal para el Estado de Oaxaca (P.O.E. del 9 de septiembre de 2006). [↑](#footnote-ref-12)
13. *Palabras del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Licenciado Enrique Peña Nieto, durante la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales y presentación de iniciativa de Ley de Medios Alternos de Solución de Conflictos.* [documento en línea] Recuperado en marzo de 2014. Ver:http://www.presidencia.gob.mx/articulos-prensa/palabras-del-presidente-de-los-estados-unidos-mexicanos-licenciado-enrique-pena-nieto-durante-la-promulgacion-del-codigo-nacional-de-procedimientos-penales-y-presentacion-de-iniciativa-de-ley-de-med/ [↑](#footnote-ref-13)