

IV. LA JUSTICIA PENAL ALTERNATIVA EN EL DERECHO COMPARADO

Ya se han bosquejado los rasgos de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos penales que, no sin desconocer algunas restricciones de la doctrina, se pueden considerar modalidades de justicia restaurativa.

Las modalidades de este tipo de justicia pretenden ser un ámbito de mejor calidad de atención para conflictos sociales que dentro del sistema penal tradicional suelen ser marginados o sometidos a un sistema formalizado que aplica mayor control social y mayor violencia que la que trata de prevenir y sancionar.

Se trata de una aplicación radical del principio de derecho penal mínimo, creando una instancia intermedia no jurisdiccional que amortigua la fuerza punitiva que suele caracterizar al sistema penal,³⁴ al prescindir de las modalidades retributivas por las que un tercero, por encima de las partes, irrumpen en la relación bilateral del conflicto. Se trata de un modelo que devuelve el conflicto a sus protagonistas, derivada de esta “huida del proceso” penal jurisdiccional y de su distanciamiento radical del sistema penal retributivo.

Es por ello que los mecanismos alternativos suelen ocupar apartados especiales de las codificaciones procesales y, preferentemente, leyes particulares. Así, en el caso que nos ocupa,

³⁴ EIRAS (2005), p. 29.

el Congreso del Estado de Chihuahua emitió en diciembre de 2006 la Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua (LJPACh).

Como describe Ulf EIRAS, se trata de

...una forma alternativa al sistema penal: el resultado surge de un proceso de intermediación entre autor y víctima, ampliando de esta manera el primitivo enfoque meramente reparador, llevándolo a un verdadero intento por autocomponer situaciones, revincular sujetos y restablecer la paz social.³⁵

La LJPACh define el principio de justicia restaurativa como “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” (artículo 2o., fracción IV). La propia LJPACh define esta noción de “resultado restaurativo” como “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” (artículo 2o., fracción V).

Ya se ha señalado que el proceso penal tradicional polariza los conflictos con los que entra en contacto, por lo que en ocasiones no sólo no logra atajar la problemática y sus niveles de violencia, sino que, por el contrario, llega a exacerbarlos.³⁶

Por otra parte, existe una serie de conflictos sociales no violentos o generados en ámbitos familiares, escolares, vecinales, laborales o de amistades, que conforman una amplia “...gama de interacciones sociales... maltratada por la maquinaria judi-

³⁵ *Ibidem*, p. 31.

³⁶ *Ibidem*, p. 26.

cial que rechaza sistemáticamente los casos que no se encuentren nomenclados dentro del trámite en el cual se encuentran entrenados los operadores judiciales".³⁷

Son casos en los que subyacen otros problemas de interacción personal, que son la verdadera causa de la confrontación. Estos casos, además del riesgo de polarización, tienen pocas expectativas de atención y resolución cabal en el sistema jurisdiccional tradicional, volcado hacia la estigmatización e intensivo en pruebas de la verdad material que colma un supuesto jurídico. En muchos de estos problemas son difíciles de probar las conductas cuando el conflicto está en una relación interpersonal. Es otro de los contrastes entre el sistema tradicional de retribución penal en el que el sistema se vuelca a la reconstrucción y prueba, mientras que la justicia restaurativa busca establecer mejores condiciones de interrelación para el futuro.

Como se desprende de los principios y descripciones de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos penales, un aspecto fundamental es reconocer que muchos de los conflictos penales se dan de manera descentralizada en las familias, en los centros de trabajo, etcétera, es decir, entre personas que interactúan. Misión fundamental de la justicia restaurativa es lograr a través de procedimientos informales, horizontales y flexibles acuerdos desarrollados por las propias partes que contengan lo que los protagonistas han considerado "justo" para ese caso en particular y las expectativas y compromisos que plantean para el futuro de su interacción.

Por lo anterior, es fundamental que el sistema legal reconozca, respete y auxilie en su instrumentación estos acuerdos descentralizados,³⁸ que tienen más fuerza, eficacia y mayor

37 *Ibidem*, p. 28.

38 RODRÍGUEZ (2000a), p. 30.

probabilidad de ser instrumentados efectivamente que las soluciones (que suelen orientarse principalmente a imponer sanciones) centralizadas,³⁹ dictadas por un tercero (autoridad) situado en un plano de superioridad respecto de las partes.

De esta forma, se concibe como una atención de mayor calidad y efectividad que la marginación o polarización que suele ofertar el modelo penal punitivo y retributivo por vía jurisdiccional. Es un salto cualitativo, por lo que en este enfoque, se insiste, se deben excluir pretensiones cuantitativas como la descongestión o los criterios de política criminal.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado que se impulsen procedimientos informales para la resolución de conflictos. El derecho internacional de los derechos humanos, en sus instrumentos jurídicos, en sus sentencias y en su doctrina, ha desarrollado los principios de la justicia restaurativa.⁴⁰

Ulf EIRAS sintetiza y contrasta en el siguiente cuadro (basado en Highton-Álvarez-Gregorio)⁴¹ las diferencias entre el modelo retributivo y el restaurativo:

TABLA 3. LA JUSTICIA RETRIBUTIVA Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

	<i>Justicia retributiva</i>	<i>Justicia restaurativa</i>
Delito	Infracción a la norma	Conflictos entre personas
Responsabilidad	Individual	Individual y social
Control	Sistema penal	Comunidad

³⁹ Un excelente análisis de este argumento y ejemplos ilustrativos muy interesantes pueden consultarse en OSTROM (1999).

⁴⁰ EIRAS (2005), p. 29.

⁴¹ *Ibidem*, p. 35.

TABLA 3. LA JUSTICIA RETRIBUTIVA Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA
(continuación...)

	<i>Justicia retributiva</i>	<i>Justicia restaurativa</i>
Protagonistas	Infactor y el Estado	Víctima y victimario
Procedimiento	Adversarial	Diálogo
Finalidad	Probar delitos Establecer culpas Aplicar castigos	Resolver conflictos Asumir responsabilidades Reparar el daño
Tiempo	Basado en el pasado	Basado en el futuro

En el mismo sentido, GORJÓN y STEELE (2008) citan un estudio de derecho comparado realizado por Gema Varón Martínez, quien considera que se pueden establecer cinco rasgos distintivos de la mediación penal respecto del proceso penal clásico:

- 1) Limitación del objeto de la mediación.
- 2) Voluntariedad en el acceso a la mediación.
- 3) Elección directa e indirecta del mediador por las partes.
- 4) Consentimiento de las partes como base del acuerdo.
- 5) Neutralidad del mediador frente a la independencia del juez que somete a la ley.⁴²

1. Qué clase de conflictos penales se pueden resolver por mecanismos alternativos

Los modelos más avanzados en materia de justicia restaurativa en el ámbito penal plantean que los conflictos en los que deben usarse los mecanismos restaurativos deben seleccionar-

⁴² GORJÓN y STEELE (2008), p. 161.

se por las características del propio conflicto, como el que se diera entre personas con una relación previa, o que no se hubiese aún presentado denuncia. Sin embargo, en las legislaciones vigentes (imbuidos de los principios de legalidad e igualdad) se han abierto paso los catálogos de delitos susceptibles de ser planteados ante instancias de justicia alternativa.

Generalmente se refieren los delitos de querella, considerando que el proceso restaurativo puede llevar al perdón, forma de extinguir la acción penal. Asimismo, suelen incluirse los delitos culposos, esto es, la violencia imprudencial no grave. También se colocan grandes categorías delictivas siempre y cuando no rebasen cierta sanción privativa de libertad.

También con frecuencia se hace referencia a que se trate de ilícitos sin “trascendencia social” (LJPACH, artículo 16, fracción I); sin “interés público prevalente en la continuación de la persecución penal” (Chile, artículo 241, CPP). Estas referencias tienen como propósito dejar en claro que no existe lesión al interés público y que el reproche social es mínimo; nombres y rostros institucionales por los que se invoca el espíritu retributivo y sancionador que se oponen a que los casos se resuelvan descentralizada y flexiblemente.

Pero esta noción de mínima afectación, común también en otras modalidades de resolución del conflicto distinta de la jurisdiccional, llama la atención sobre el incumplimiento del principio de derecho penal mínimo y hacer de los ordenamientos penales la *última ratio*. La pregunta obligada: ¿si no hay reproche social o la afectación es mínima, por qué conservar esa conducta tipificada como delito?⁴³

En el mismo sentido, Carlos NATARÉN, al comentar la noción de “socialmente insignificante” respecto a los hechos denun-

⁴³ Véase, al respecto, BERZOSA (2001).

ciados sobre los que se aplican criterios de oportunidad, señala: “El problema de fondo que en mi opinión subsiste es que se reconoce la existencia de tipos penales que el mismo Estado considera inútiles, demasiado onerosos en su persecución o, simplemente, inaplicables”.⁴⁴

Sobre el ámbito de aplicación de la justicia alternativa, la UJACH señala en su primer artículo:

la presente Ley tiene como finalidad regular los medios alternos de resolución de conflictos en materia penal, tales como la mediación, negociación, conciliación, entre otras, cuando esos conflictos hayan lesionado bienes jurídicos sobre los cuales puedan las personas disponer libremente, *sin afectar el orden público* (resaltado agregado).

Respecto a los ilícitos sobre los que “recaerán” los procedimientos alternos, el artículo 30., párrafo 3, del propio ordenamiento, remite al Código de Procedimientos Penales. Posteriormente, el artículo 16, reproduciendo el contenido del artículo 197 del Código de Procedimientos Penales, señala que la Unidad de Atención Temprana canalizará al Centro de Justicia Alternativa:

...los delitos imprudentiales en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido, delitos de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas, delitos que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional, delitos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión y *carezcan de trascendencia social* (artículo 16, fracción I) (resaltado agregado).

⁴⁴ NATARÉN (2008), p. 102.

En Nuevo León son susceptibles de mediación o conciliación los delitos culposos no graves, cuya pena máxima no exceda de seis años de prisión.⁴⁵

La doctrina sobre la justicia restaurativa subraya que no se debe enviar a estas instancias de justicia “casos basura” que el sistema penal formal suele archivar sin siquiera investigar;⁴⁶ es decir, se debe a los casos de aplicación de criterios de oportunidad. Esto se debe en primer lugar a que, como se ha señalado, esta justicia es una alternativa a las salidas y al juicio oral dentro del procedimiento penal; sería incongruente e inútil canalizar este tipo de casos a la justicia restaurativa. En segundo término sería también indebido, en virtud de que se introducirían en la justicia alternativa lineamientos o motivaciones de política criminal.

Por eso llama la atención que en la LJPACH (artículo 14, fracción IV) se indique que al Centro de Justicia Alternativa le corresponde “aplicar los criterios de oportunidad, que sean procedentes, al inicio del procedimiento penal”, quizás previendo que algunos casos no atajados anteriormente les sean canalizados por error (toda vez que quien aplica estos criterios es el Ministerio Público [artículo 53, CPP]).

Una vez que se cumplen las condiciones (entre ellas suele estar la reparación del daño, así como el transcurso del tiempo) se extingue la acción penal.

Llama la atención que a pesar de que se refiere la existencia de un interés público menor en la continuación oficiosa del caso, en algunos casos los delitos contemplados como susceptibles de ser mediados por la justicia restaurativa alcanzan sanciones privativas de libertad elevadas. En algunos países, como

⁴⁵ GORJÓN y STEELE (2008), p. 163.

⁴⁶ RODRÍGUEZ (2000), pp. 7 y 8, nota al pie 10.

Chile, se contemplan como máximo 540 días de presidio; en otros hasta tres años, y en otros más, como Venezuela, llegó a considerarse esta categoría a delitos sancionados con hasta ocho años de prisión. En México, el incremento sistemático de las penas ha llevado a que alcancen estas modalidades restaurativas tipos penales para los que se contemplan, como en el caso de Chihuahua, hasta cinco años de término medio aritmético, y casos como el de Nuevo León, en donde se contemplan para delitos con pena máxima de seis años, como sucede también en Coahuila.

Curiosamente, formas de resolución de conflictos todavía inmersas en instancias retributivas como la suspensión condicionada se aplican a categorías de delitos para los que se prevén sanciones menos severas. Así, en el propio estado de Chihuahua la suspensión del procedimiento a prueba procede:

...en los casos en que el auto de vinculación a proceso se haya dictado por un delito cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años, el imputado no haya sido condenado por delitos dolosos, no tenga o haya tenido otro proceso suspendido a prueba y no exista oposición fundada del Ministerio Público y de la víctima u ofendido; procederá la suspensión del proceso a prueba a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél (artículo 201, CPP).

En el caso de Nuevo León, este instituto procede por delitos con sanción de hasta dos años de prisión (artículo 3o., fracción X, CPP).

En virtud de que el resultado de la conciliación o mediación se traduce en un convenio o acuerdo reparatorio que tiene el efecto de suspender la tramitación del procedimiento penal, es muy fácil que se confunda a figuras restaurativas con la sus-

pensión del procedimiento a prueba (o suspensión condicional), en los que no hay horizontalidad y la víctima tiene una participación disminuida (es resultado de una transacción entre el órgano de investigación y el imputado). Adrián MARCHISIO critica el diseño institucional de las modalidades de lo que él denomina figuras de “reparación integral” en Colombia (“indemnización integral”) y Venezuela (“conciliación”), al considerar que sus características y consecuencias no corresponden a las de las figuras autocompositivas de la justicia restaurativa.⁴⁷

Permitir que cual caballo de Troya se hagan pasar salidas consensuadas como mecanismos de justicia restaurativa implicaría transacciones sin garantías y la desnaturalización de las figuras autocompositivas, además del contagio del apremio oficial por la descongestión por encima de la justicia sustantiva y la resolución cabal del conflicto.

En el anexo de este trabajo se presenta un cuadro con alguna legislación comparada en esta materia.

2. Diseño institucional de la justicia restaurativa, ubicación orgánica de la instancia mediadora, y perfil y habilidades del mediador

El diseño institucional es fundamental para blindar al modelo restaurativo de la influencia de las inercias y tentaciones retributivas. Este desafío es fundamental en las primeras etapas de instrumentación para evitar regresiones y la desnaturalización del sistema alternativo.

A grandes rasgos se puede referir que hay tres tipos de justicia alternativa o restaurativa:⁴⁸

⁴⁷ MARCHISIO (2002a), p. 542.

⁴⁸ Siguiendo a RODRÍGUEZ (2000).

- a) Modelo comunitario.
- b) Modelo retenido.
- c) Modelo derivado.

El modelo comunitario se refiere al diseño en el que los protagonistas del conflicto penal acuden a un mediador no profesionalizado dentro de la misma comunidad. En el modelo retenido se trata de conflictos ya ingresados al sistema penal formal y procesados por funcionarios del propio sistema penal (fiscales, jueces o sus colaboradores y asistentes). En el modelo derivado, una vez que las instancias penales reciben el caso y de acuerdo con una capacitación especial se identifican asuntos en los que puede operar la mediación u otro mecanismo de justicia restaurativa, se les informa e invita a participar. En caso de que las partes, libre y voluntariamente, acepten acudir a una instancia informal, se les canaliza a una instancia estatal, pero fuera del sistema adversarial, o bien a instancias externas al sector público que podrían pertenecer a figuras comunitarias o sociales.

En el ordenamiento de Chihuahua todos los asuntos que se plantean al sistema penal a través de la Procuraduría General de Justicia son recibidos en primera instancia por la Unidad de Atención Temprana, que canaliza las denuncias o querellas, ya sea, en los casos en los que no se aprecien elementos constitutivos de delito, enviándolos a instancias públicas o privadas a los que correspondan, o bien, en los casos que proceda (en los términos del apartado anterior), al Centro de Justicia Alternativa. En los casos de delitos no susceptibles de ser canalizados a la justicia restaurativa se enviarán a las unidades de investigación criminal en el sistema formal adversarial (artículo 16 de la LJPACH).

De acuerdo con esta descripción del inicio del procedimiento, parecería que en Chihuahua se habría adoptado el modelo derivado; sin embargo, la instancia restaurativa a la que se canalizan los asuntos susceptibles de ser resueltos por estas modalidades es el Centro de Justicia Alternativa, dependiente del Ministerio Público del estado. De hecho, la instancia de atención inmediata y el Centro de Justicia Alternativa están una al lado del otro en el mismo edificio. Ambas instancias son dependientes de la propia Procuraduría de Justicia. Por ello puede considerarse que se trata de un modelo retenido.

En estos modelos retenidos es importante extremar precauciones para evitar la posibilidad de contagio de la noción retrIBUTIVA. Como señala Gabriela RODRÍGUEZ, en este diseño institucional existe un riesgo para los derechos fundamentales:

Si se trata de un sistema de alternatividad media inserto en el sistema penal (mediación retenida como alternativa al proceso), el problema de las garantías constitucionales que pudieran verse comprometidas por la introducción de una lógica informal dentro de un sistema formal cobra especial importancia (habría aquí serios problemas de colisión entre el deber de confidencialidad inherente a todo mediador y el de denuncia inherente a todo habitante en ejercicio de la función pública, problemas que no se darían si se tratara de mediación derivada o comunitaria).⁴⁹

También es muy importante la configuración y ubicación orgánica de las instancias de justicia restaurativa. En los sistemas comunitarios se trata de instancias descentralizadas (como los conflictos que trata de resolver); en las áreas derivadas pueden ser tanto públicas como privadas, dentro de instancias del sistema penal, independientes o con autonomía técnica.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 7

En el modelo retenido, aunque la instancia de conciliación y mediación penal se encuentre dentro del sistema penal, la configuración orgánica puede y debe aislarlo del resto del sistema y garantizar su autonomía técnica.

En el caso de Chihuahua la configuración ha sido un organismo de la Procuraduría General de Justicia del Estado, con autonomía técnica. El director del Centro de Justicia Alternativa es designado por el procurador general de Justicia (artículo 4o., LJPACH). En algunas provincias argentinas las instancias de mediación también dependen del Ministerio Público. En otros sistemas, como en Jalisco, el Instituto de Mediación se plantea como "...un órgano del Poder Judicial del Estado de Jalisco... con autonomía técnica y legislativa".⁵⁰ En algunas otras configuraciones es una institución autónoma.

Pero independientemente de la configuración orgánica de la institución, es fundamental el perfil de los mediadores; por ello nunca podrá insistirse suficiente en la necesidad de una intensa capacitación y calificación para facilitar el proceso de expresión y asunción de responsabilidades, así como el surgimiento horizontal de acuerdos reparatorios que constituyan una solución justa para ese caso, compartida por los protagonistas.

Al comenzar la instrumentación de programas de justicia restaurativa es decisivo que los facilitadores estén debidamente imbuidos de los principios, finalidades, objetivos, procedimientos y técnicas particulares que caracterizan los procesos alternativos. Los facilitadores deberán haber escapado al centro de gravedad del enfoque retributivo, apartándose de la cultura de la culpa, el prejuicio y el estigma que han caracterizado al sistema penal punitivo⁵¹ y que siguen presentes en las ex-

⁵⁰ Artículo 22 de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Jalisco*, el 30 de enero de 2007.

⁵¹ *Ibidem*, p. 9.

pectativas de la opinión pública respecto del sistema penal, al que —a pesar de ser una vía alternativa— pertenece la justicia restaurativa.

No es recomendable que el propio fiscal o el juez asuman el rol de mediadores o facilitadores en una conciliación, más aún si en otros casos desarrollan el papel tradicional de tercero supra partes. La figura del fiscal (el representante social) y el juez (que vela por el interés público y de la sociedad) son precisamente los que representan dentro del procedimiento el atributo de reproche social propio del sistema punitivo y retributivo.

Por otra parte, el rol tradicional de estos funcionarios en la vertiente procesal retributiva es la de determinar si los hechos se probaron; determinar la culpabilidad y asignar la respectiva responsabilidad. En las vías jurisdiccionales, de asignar culpas tiende a prejuzgar en la dicotomía víctima-victimario, y en el caso del Ministerio Público este prejuicio es fundamental al asumir su rol legal como representante de la víctima.

Como se podrá advertir esta lógica es contraproducente en un sistema restaurativo en el que, como se ha señalado, los roles víctima-victimario en la dinámica del conflicto se van alternando. Si se llega ante el funcionario por una riña, éste comenzará de inmediato a reunir evidencias y asignar culpas, sin saber ni estar interesado en que una semana antes los papeles entre agredido y agresor eran los contrarios en otro episodio de esa dinámica de riñas familiares. Se asignarán culpas, pero no se atajará el conflicto subyacente en la espiral de violencia.

Además de estas inercias retributivas, los funcionarios del sistema penal no deberían intervenir en los procesos restaurativos para evitar, asimismo, la propensión a actuar con lógica de descongestión. Debe admitirse que el funcionario enfrenta un conflicto de intereses en el que por encima de procurar la

mejor solución que vaya a la esencia del conflicto, puede quedar su interés como servidor público de forzar un acuerdo para reducir los pasivos de su carga de trabajo.

Por ello es cuestionable el que en diversas modalidades se contemple que los funcionarios de la investigación y los tribunales penales actúen como facilitadores (aun aceptando que tuvieran la capacitación adecuada), como es el caso, por ejemplo, de Nuevo León, donde se contempla que los ministerios públicos (artículo 3o., fracción VII, Código de Procedimientos Penales) y los jueces promuevan y apliquen mecanismos de justicia alternativa, como el proceso de mediación.⁵²

En el estado de Jalisco se desarrollan mecanismos de “justicia alternativa” dentro de la Procuraduría General de Justicia. Existen dos agencias “conciliadoras” para delitos de querella, en las que se trata de facilitar el acuerdo entre las partes. Si este acuerdo se da, se otorga el perdón. El procedimiento de “conciliación” no está regulado en la ley ni se establecen consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato. Sustancialmente se estaría, más que en un sistema de justicia restaurativa, en uno de justicia consensuada; sin embargo, como salta a la vista, se trata de un procedimiento sin bases legales, poco transparente y sin garantías, tanto en el procedimiento como en el resultado, para los usuarios. Este caso es particularmente inquietante en virtud de que la utilización de esta instancia es muy significativa: alrededor de 6 mil casos al año se “concilian” en estas agencias; es decir, el 7% del total de averiguaciones previas iniciadas en todo el estado.

La LJPACH contempla la posibilidad de que el Ministerio Público y los jueces de garantías (artículo 29) apliquen medios alternos de resolución de conflictos:

⁵² GORJÓN y STEELE (2008), p. 157.

...los medios alternos de resolución de conflictos penales podrán aplicarse por el Centro de Justicia Alternativa, dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Estado, a través del personal adscrito a dicho Centro, el cual se dividirá en zonas, o bien directamente por el Ministerio Público en cualquier etapa del procedimiento (artículo 3o., párrafo 2).

En estos casos el Ministerio Público no se sujetará a formalidades especiales (artículo 28, LJUPACH). Estos mecanismos *podrán* (es decir, potestativo, pudiendo o no solicitarse o brindarse el apoyo) tramitarse “con el apoyo del personal especializado del Centro” (artículo 27, LJUPACH).

Acudiendo a la experiencia de instrumentación de los mecanismos alternativos se pueden referir algunos lineamientos. Por ejemplo, fortaleciendo el argumento de que los operadores tradicionales del sistema jurisdiccional no sean los que dispongan la procedencia ni mucho menos los que apliquen los mecanismos restaurativos, está la experiencia de que en varios países las salidas alternas, y particularmente los medios de conciliación y mediación, han sido subutilizados, en virtud de que los propios operadores, reflejando las inercias punitivas del sistema retributivo, las consideran vías hacia la impunidad (estos funcionarios desean seguir asignando responsabilidades y aplicando sanciones).⁵³

Sobre el perfil es importante considerar que el facilitador no debe ser necesariamente abogado. De hecho, como se verá, dentro de la justicia restaurativa existe el principio de interdisciplinariedad, que no sólo permite, sino que alienta, el que psicólogos o trabajadores sociales realicen trabajo de mediación. Como se verá en el desarrollo de los principios y los procedimientos de mediación, el lograr las metas de reconocimiento,

⁵³ RIEGO (2006).

espontánea asunción de la responsabilidad y la capacidad de aceptar disculpas y otorgar voluntariamente el perdón, exige técnicas y pericia que deben ser desarrolladas durante el entrenamiento de los facilitadores. Por ello, el que algunas disposiciones legales establezcan como perfil del mediador estudios de derecho (y con mayor razón para los que establecen que deberán realizar estas acciones los oficiales de investigación y judiciales) evidencia que no se ha comprendido entre los legisladores y diseñadores de políticas, las peculiaridades y los alcances de los procesos restaurativos.

3. Principios de la justicia restaurativa y sus técnicas de resolución de las controversias

Ya se apuntaba en la descripción general de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos penales, los principios de voluntariedad, confidencialidad, neutralidad y horizontalidad (RODRÍGUEZ 2000, p. 11).

La LJPACH, en su artículo 19, establece los principios por los que se regirá la aplicación de los medios alternos instrumentados en el Centro de Justicia Alternativa. Mucho se beneficiaría el marco normativo si dichos principios se hicieran extensivos a todos los medios alternos, considerando que, como se ha visto, existe la posibilidad de que sean aplicados por los agentes del Ministerio Público y a instancias de los jueces de garantías. Para estos casos, como también se refirió, se indica que deberán ser informales (artículo 28, LJPACH).

Los principios contemplados en el artículo 19 son:

- I. Voluntariedad. La participación debe ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación;

II. Confidencialidad. La información tratada no deberá ser difundida y no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal;

III. Flexibilidad. Para la solución de conflictos podrán agotarse uno o varios medios alternos;

IV. Neutralidad. Deberán estar exentos de juicios, preferencias, opiniones y prejuicios ajenos a los usuarios que puedan influir en la toma de sus decisiones;

V. Imparcialidad. Deberán estar libres de favoritismos, inclinaciones o preferencias; no concederán ventajas a alguno de los usuarios;

VI. Equidad. Los medios alternos propiciarán condiciones de equilibrio entre los usuarios, que conduzcan a la obtención de acuerdos recíprocamente satisfactorios y duraderos;

VII. Legalidad. Sólo serán objeto de éstos, los conflictos derivados de los derechos disponibles de las partes y que la ley establezca; y

VIII. Honestidad. En la aplicación se valorarán las capacidades y limitaciones del personal para conducirlos.

Dirigido a los servidores públicos de la justicia penal alternativa, la LJPACH establece en su artículo 15 que "...los medios alternos se proporcionarán en forma profesional, imparcial, confidencial, equilibrada, gratuita y con perspectiva de género... para acceder a estos medios es necesario contar con la voluntad de las partes". El artículo 11 del propio ordenamiento reitera que los servidores públicos están obligados por el principio de confidencialidad (fracción V) y que deben brindar, de manera suficiente y clara, información a las personas que acudan al centro (fracción IV).

Como principio de los medios alternativos, Ulf EIRAS (2005, p. 67) insiste en la necesidad de que los profesionales de la justicia restaurativa actúen de manera interdisciplinaria, debido

a la complejidad y especialización de las técnicas y herramientas utilizadas en los procesos de mediación y conciliación.

Por lo que se refiere a los procedimientos de la justicia restaurativa, tan sólo referir una panorámica de los propósitos, técnicas y resultados de la mediación y la conciliación nos dará un panorama sobre la importancia, complejidad y trascendencia que hacen de la justicia restaurativa un ámbito con gran potencial en el logro de una sociedad con mayor tranquilidad y justicia.

El evitar la venganza privada, garantizar la proporcionalidad de las sanciones, la racionalidad del proceso penal y la imparcialidad de los órganos del Estado llevó a que a lo largo de los últimos 500 años se sellaran los canales de comunicación entre víctima y victimario y se fortaleciera la figura del agente de la autoridad que conducía el proceso en nombre del interés público. Asimismo, se redujeron a su menor expresión las implicaciones emocionales del delito para volcarse en un sistema más objetivo de reconstrucción de los hechos y su igualmente lógico y objetivo encuadramiento de los restos de realidad que quedaran en la noción de verdad legal o procesal en el supuesto jurídico de la ley.

Por ello es difícil desmontar este andamiaje, esta lógica; el ADN institucional de hacer de los procedimientos penales técnicas para la verdad. Por ello es tan difícil que sólo con cambio de nombres o de funciones se evite que el servidor público ingrese en la escena de la justicia penal (restaurativa, pero que no deja de ser penal y una instancia de control social) y resista la inercia de proteger a la víctima y hacer del “victimario” objeto de su acción exemplificadora.

El mediador debe estar consciente de la importancia y conveniencia de que su posición en el procedimiento está en un plano de igualdad (horizontalidad) y que no representa ni a la

sociedad ni al interés público en la asignación de responsabilidades penales, sino que actúa como facilitador para que las partes determinen lo que es justo y sustentable para resolver la situación conflictiva en la que se encuentran. Si las partes no lo perciben de esta forma cuestionarán su rol y se habrá perdido una oportunidad de obtener el mejor resultado restaurativo.

En esta misma lógica es que debe evitarse que el facilitador disponga y realice actos de poder legal (o simbólico) que lo tornen en un juez en un proceso informal (tentación poderosa cuando el servidor público es un Ministerio Público; no se diga un juez).

De acuerdo con algunos especialistas, para que el conflicto sea susceptible de una atención alternativa lo ideal sería que no se hubiese aún presentado denuncia (el problema no ha pasado por la polarización de un sistema penal formal tradicional), o bien, antes del ejercicio de la acción penal. Para mantener la legitimidad del proceso restaurativo deberá suspenderse cualquier trámite en la vía procesal (salida alterna o juicio penal).⁵⁴

Ya vimos que los procesos formalizados y punitivos se han especializado en establecer roles y culpas fijas, siendo que la mayoría de los conflictos que pueden canalizarse por vías restaurativas corresponden a conflictos en los que los roles víctima-victimario se alternan frecuentemente.

La mecánica y técnicas son similares a las de la justicia alternativa en otras materias, pero en el ámbito penal, por los valores y bienes en juego y la intensidad emocional que rodea al delito, se debe estar expeditedo y tolerante ante la explosión de emociones y la necesidad de decir cosas.

⁵⁴ RODRÍGUEZ (2000), pp. 5 y 6.

En conflictos incipientes o delitos no consumados, la falta de contacto o diálogo puede crear conflictos irreales. De hecho, la falta de interacción después del incidente puede ser parte sustancial del conflicto.⁵⁵ El facilitador debe llevar a las partes a hacerse conscientes de los problemas subyacentes, percibiendo el hecho aislado que llevó a conductas tipificadas como delitos dentro de un archipiélago de emociones, patrones y situaciones conflictivas.

En el diálogo entre las partes existen varias metas; se necesita información suficiente para entender y explicarse la conducta del otro; reconocimiento del daño causado. Así, con la información vertida, los protagonistas podrán evaluar actitudes, modificar conductas y reparar los daños y, lo más importante, asumir espontáneamente la responsabilidad de sus acciones y la proporción del problema que les corresponde (a diferencia del sistema formal, el planteamiento no es de suma cero: 100% víctima o 100% culpable).⁵⁶ Las partes tienen ocasión de expresar su culpa y pedir perdón. Como se ve, al intervenir como facilitador de la justicia restaurativa, preguntar se convierte en un arte.⁵⁷

Al ver las características de la justicia restaurativa se señaló que ésta se proyecta hacia el futuro, por ello, además del efecto restaurativo del proceso de mediación, los participantes, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, pueden concretar algunos compromisos en un acuerdo que describa el comportamiento futuro que esperan unos de otros; no siempre en prestaciones dinerarias sino dentro de toda una gama de convenciones: señalando que se pueden regresar a la instancia en

⁵⁵ GORJÓN y STEELE (2008), p. 160.

⁵⁶ RODRÍGUEZ (2000) y EIRAS (2005).

⁵⁷ GORJÓN y STEELE (2008), p. 154.

caso de algún inconveniente, otras veces se hace un convenio por escrito, reclamando civilmente. Es muy deseable que existan instancias accesibles y con procedimientos simples para hacer cumplir los acuerdos. Por ejemplo, en Argentina se le ha dado esta atribución al Patronato de Liberados,⁵⁸ pero puede ser una instancia específica para el registro y seguimiento de estos acuerdos, garantizando su eficacia. En la mayoría de los sistemas, la conciliación y/o el cumplimiento de un acuerdo reparatorio extingue la acción penal.

Volviendo al procedimiento en la LJPACh, en el artículo 25 se establece que

...en las sesiones estarán presentes e intervendrán únicamente las partes, el personal del Centro y, en su caso, los auxiliares autorizados; se exceptuará de lo anterior tratándose de las juntas de facilitación y en los casos de personas que deban ser representadas por disposición de la ley.

En tanto que el artículo 37 señala que “el plazo fijado para el cumplimiento de las obligaciones pactadas suspenderá el trámite del proceso y el término para la prescripción de la acción penal”. De esta forma, “el cumplimiento del acuerdo extinguirá la acción penal” (artículo 38).

⁵⁸ RODRÍGUEZ (2000), p. 4.