

NUEVOS APUNTES SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA: NACIMIENTO DE UNA ERA

.....

César Oliveira de Barros Leal

Procurador del Estado de Ceará; Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará; Doctor en Derecho (UNAM); Posdoctor en Estudios Latinoamericanos (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM); Posdoctor en Derecho (Universidad Federal de Santa Catarina); Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos; Miembro de la Asamblea General y de la Junta Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

1. LOS ROSTROS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Asentada actualmente en diversas culturas con rostros (modelos) heterogéneos, tales como las conferencias (de grupos) familiares, los círculos, los encuentros entre víctimas y ofensores, las juntas de facilitación y los paneles juveniles, la Justicia Restaurativa apuesta por la convicción de que las personas son capaces de perdonar, aceptar al otro, reconocer sus errores, sus faltas, obteniéndose una convivencia participativa, armónica y respetuosa de los derechos humanos, ya sean los del ofensor o los del ofendido. Como nos aleccionaba Enrique Ruiz Badillo, citado por Beristain, "La Justicia sin amor es una parodia."¹

De acuerdo a Howard Zehr, los modelos que tienden a predominar son las conferencias de grupos familiares, los círculos y los encuentros víctima-ofensor.

Tratemos, a renglón seguido, de retratar, de forma sumaria, cada una de esas modalidades que se aplican en distintos países, no olvidándonos que existen muchas otras en un firmamento en permanente mudanza y evolución:

1.1. Conferencias de grupos familiares

Las conferencias, una de las más conocidas prácticas restaurativas, se utilizan en distintos países como, por ejemplo, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, en una variedad de casos, incluso en el ámbito criminal, con infractores juveniles o adultos. En ellas están presentes, además de la víctima y del victimario, miembros de ambas familias, amigos o personas cercanas, quienes, con la intermediación de un facilitador (tercero imparcial), dialogan sobre el conflicto e intentan encontrar un acuerdo reparador.

Hay encuentros previos, por separado, con la víctima y el ofensor, cuando uno les pregunta sobre las personas que deben tomar parte en la conferencia para que se pueda, enseguida, convocarlas. En la reunión se da inicialmente la palabra al agresor y después a la víctima (la secuencia puede ser inversa) y a los demás para que emitan sus comentarios sobre el impacto del acto. A la víctima se indaga acerca de sus expectativas respecto del encuentro, su reparación y, en este último caso, los participantes se suman para identificar la mejor forma de concretarla. Todo se concluye con la firma del acuerdo.

A partir de la experiencia recabada en su empleo, se ha demostrado que: "1. El reconocimiento de posturas, sentimientos y responsabilidades es más efectivo que la culpa, la negación, la minimización o la retribución; 2. El poder de ofrecer y aceptar una disculpa ayuda a restablecer las relaciones entre los involucrados en el conflicto; 3. Edificar el sentimiento de comunidad reporta mayores beneficios que sentirse aislado; 4. Reflexionar sobre las consecuencias de nuestras acciones resulta más evidente mediante esta dinámica; 4. El uso de las conferencias logra 'el empoderamiento' de la comunidad a partir de la intervención y reconocimiento de los participantes."²

He aquí detalles de la utilización con menores de las conferencias familiares en Nueva Zelanda, introducidas en ese país a finales de la década de ochenta:

Existen dos maneras de derivar a un joven a una FGC. En primer lugar, mediante la Sección de Ayuda a la Juventud, cuando se considera que el caso sería lo suficientemente relevante para ser conocido en la Corte. El joven debe aceptar participar. Si niega los cargos, la Sección puede solucionar informalmente el caso o enviarlo a

la Corte, dependiendo de las circunstancias del delito. Si es enviado a la conferencia y es exitosa, se da por finalizado el conflicto. En segundo término, el caso puede ser derivado por la Corte Juvenil. Aquí, los resultados se envían al juez para ser tomados en cuenta en la sentencia. La Corte puede enviar al joven cuando 'no niega' los cargos. También puede ser enviado si los cargos se prueban, pero no ha habido oportunidad previa para considerar la mejor forma de enfrentar el conflicto y parece necesario o deseable hacerlo.

Luego de la derivación, un Coordinador de Justicia Juvenil (funcionario estatal) debe encargarse de toda la organización de la Conferencia, asegurando que los objetivos y principios de la ley se cumplan.

En la Conferencia deben estar presentes el joven, un familiar, el coordinador, la víctima o un representante, un representante de la policía, un abogado del joven si ha sido derivado por la Corte (a veces incluso cuando no es derivado por la Corte, pero no es muy común) y un trabajador social cuando el niño está en una institución. Otras personas significativas para ambas partes también pueden asistir si así lo desean.

El proceso es flexible, pues la idea es justamente que la familia determine cómo llevar adelante la conferencia, aunque la práctica ha desarrollado algunas rutinas que marcan un patrón de proceso. Generalmente se arregla el lugar con cómodas sillas en círculo. El coordinador comienza dando la bienvenida a los participantes, presentándolos y describiendo en términos generales los propósitos del encuentro. Luego, usualmente el policía lee un resumen con los hechos relevantes y se le pregunta al joven si está de acuerdo con la exposición. Como no se requiere una aceptación de culpabilidad formal para mandarlo a la Conferencia, sólo es necesario que no niegue los cargos. Pueden surgir desacuerdos en este punto, especialmente con la víctima. Si el desacuerdo persiste, se manda el caso de vuelta a la Corte o a la policía (dependiendo de quién hizo la derivación). Luego, la víctima o su representante describen los efectos que el delito le ha causado y cómo se sienten respecto de lo que pasó. Esto es muy relevante para la víctima, pero para el joven también, pues le da un claro entendimiento

del impacto de lo que ha hecho, tomando mayor responsabilidad. Posteriormente hay una discusión abierta de la ofensa y de las circunstancias que la provocaron, tras lo cual el joven y su familia dejan la sala para discutir un plan que contenga una propuesta de reparación del daño y condiciones para prevenir la reincidencia. Esta es una reunión privada que demuestra el compromiso de la ley de hacer protagonista a las familias. Después de esta reunión, que dura al menos media hora, vuelven a la sala. Un vocero señala cuál es el plan y se discute la propuesta. A veces en este momento la familia y el joven se disculpan con la víctima. Si se llega a un acuerdo, el proceso concluye ahí (aunque si el caso fue derivado por la Corte, el acuerdo debe ser aprobado por ésta o al menos debe orientar su decisión).

Central es que las partes envueltas directamente en el conflicto y no los profesionales que participan en la Conferencia sean quienes deben tomar las decisiones sobre qué hacer. Los acuerdos deben tomar en cuenta el punto de vista de la víctima, la necesidad de hacer responsable al joven por el delito y cualquier otra medida que pueda prevenir que éste reincida, aumentando su bienestar o fortaleciendo a la familia. El rango de posibles medidas es extenso y puede incluir una disculpa, trabajo comunitario, reparación, participación en un programa, supervisión, restitución, etc. Los acuerdos más comunes incluyen disculpas y trabajo comunitario. La reparación económica está presente en sólo un tercio de los acuerdos, dado el escaso nivel económico del joven, pero además porque a veces se entiende que no es necesaria o apropiada para el caso.³

Son evidentes las ventajas de las conferencias sobre la víctima (satisfecha por haber sido escuchada) y el ofensor (incentivado a reparar el daño y cambiar su comportamiento, sobre todo cuando de jóvenes se trata).

Les narro un ejemplo de conferencia familiar grupal: El ofensor, sus abuelos, la víctima y el oficial de policía (responsable del arresto) hablaron, en la escuela local, con el coordinador de justicia juvenil (*youth justice coordinateur*) sobre el hecho delictivo y la conmoción generada. El coordinador los escuchó con atención y pidió informaciones adicionales a las demás personas presentes, entre ellas un maestro que había sido herido en una discusión con el joven y tuvo sus

lentes rotas. Él les preguntó sobre qué debería hacerse para compensar a la víctima, al maestro y a la comunidad afectada. Se concluyó, después de una hora, que la restitución correspondiera al pago de los gastos médicos de la víctima, la adquisición de nuevos lentes para el maestro y prestación de servicios comunitarios en las instalaciones de la escuela.⁴

1. 2. Círculos

Espacios donde las personas libremente se reúnen en busca de un acuerdo dialogado que restaure la relación deshecha por un acto delictivo cometido por quien asume su responsabilidad.

En los círculos, que varían en su conformación de país para país, se conserva en muchos lugares la costumbre de utilizar un objeto, cuyo movimiento en el sentido del reloj es dirigido por el líder, con el fin de indicar a qué persona le corresponde el turno de palabra, cuando lo tenga en sus manos, para enunciar sus ideas y hacer sus comentarios con total libertad. Lo llaman *pieza* o *piedra del diálogo* (*talking piece* o *talking stone*), *pluma ceremonial* o *pluma de la palabra*.

1.2.1. Círculos de ayuda (*circles of support*)

Son reuniones en que se discuten conflictos y se proponen formas de actuación. Se tiene noticia de su empleo en Canadá, con autores de delitos sexuales graves (a menudo pedófilos). Su propuesta es definir un plan de reintegración del victimario, que incluye el monitoreo constante de su comportamiento, persiguiéndose su seguridad y la de la comunidad, cuyos recursos deben estar disponibles para el éxito de la práctica. No se puede negar, sin embargo, que eso crea un cierto recelo en muchas personas.

En los círculos de ayuda se ofrece a las personas interesadas la oportunidad de expresar sus miedos, sus preocupaciones, necesidades y expectativas.

1.2.2. Círculos de pacificación (*peace-making circles*)

Se emplean en comunidades rurales y urbanas (con índices elevados de pobreza y exclusión social, para resolver conflictos generados por infracciones al Código penal (CP) y a los reglamentos de la policía. Es una forma de mediación comunitaria, cuyo facilitador es una persona respetada en la vecindad. Se trabaja

también con ancianos, indígenas, mujeres, indigentes, etc., de intensa vulnerabilidad a la acción de adolescentes infractores, intentándose alcanzar un consenso preferiblemente sin llevar el caso a las autoridades judiciales.

1.2.3. Círculos de construcción de la paz

Los círculos de construcción de la paz son descritos por Marcelo Nalesso Salmaso, Juez de Derecho del distrito judicial de Tatuí (capital de la música, con más de 100.000 habitantes) y miembro de la Coordinación de la Infancia y la Juventud del Tribunal de Justicia de São Paulo, en “Justiça Restaurativa: Uma Mudança de Paradigma e o Ideal Voltado à Construção de uma Sociedade de Paz”:

Los trabajos orientados a la Justicia Restaurativa se desarrollan en el ámbito de los llamados círculos de construcción de la paz, que son espacios seguros de conversación, coordinados por facilitadores preparados para ello, en el cual las personas podrán oír y ser oídas, tranquila y respetuosamente, y, así, contar sus historias y tratar de sentimientos profundos, tales como dolor, angustia, tristeza, miedo, privación, injusticias.

Participan en los círculos, además de los facilitadores, ofensor, eventual víctima, familiares de cada uno de ellos, personas de la comunidad y representantes de entes públicos y privados. A partir de técnicas propias que posibilitan el habla y la escucha, el ofensor podrá narrar toda su trayectoria de vida y exponer las necesidades que lo llevaron a cometer aquel mal. Por otro lado, la víctima también tendrá espacio para decir sobre sus sentimientos y el trauma relacionado al crimen.

Las personas allí presentes contarán sus historias, lo que proporciona al infractor dos momentos de reflexión. El primero de ellos ocurre cuando el ofensor se da cuenta de que, aun habiendo hecho algo malo, las personas no están allí queriendo su mal, como esperaba él, sino hablando sobre sus propias vidas y procurando ayudarlo, lo que construye un canal efectivo de comunicación. En segundo, al oír sobre la biografía de tales personas y también la narrativa de la propia víctima acerca del trauma y de la angustia causados por el delito, el infractor podrá comprender que, a pesar de todo lo que pasó durante su

historia, no tenía el derecho de hacer lo que hizo y, así, reconocer el error.

A partir de la asunción del error y de la concientización de la responsabilidad, los representantes de entidades allí estarán para extender la mano al ofensor –rompiéndose con la lógica del “encaminamiento” obligatorio–, atendiendo a sus necesidades de las más diversas naturalezas que, de cierta forma, motivaron el comportamiento violento, incluso en lo que atañe al deseo de reconocimiento, por medio de programas orientados a la salud, a la alimentación, al deporte, a las artes, a los estudios y a la cualificación profesional.⁵

1.2.4. Círculos de sentencia (*sentencing circles o circles sentencing*)

En esos círculos, que tienen raíces en culturas aborígenes de Canadá y son también llamados *círculos de cura* o *de cicatrización*, la víctima, el autor del delito, familiares de ambos, representantes de la comunidad y de las agencias de salud, así como abogados, fiscales y policías recomiendan, en una reunión/un círculo con la autoridad judicial, un camino restaurativo para el consenso y la resolución del conflicto.

Se da voz a la víctima (a ser compensada por el daño), al ofensor (quien se avergüenza de su conducta y demuestra arrepentimiento) y a la comunidad, buscándose asegurar, en un proceso que se acerca a la justicia penal, una sentencia apta a sanar las heridas (punto clave de los círculos), no generar estigmatizaciones y evitar conductas semejantes a la transgresión de que se cuida.

La víctima, la esposa del delincuente, el cual admitió haber abusado de ella físicamente en dos ocasiones recientes en estado de ebriedad, habló sobre el dolor y la vergüenza que le había provocado su esposo a ella y a su familia. Después de terminar, la pluma ceremonial (usada para representar quién tiene la palabra) fue pasada a la siguiente persona en el círculo, un hombre joven que habló sobre las contribuciones que el delincuente había hecho a la comunidad, la amabilidad que había mostrado hacia los ancianos compartiendo pescado y juegos con ellos y su voluntad de ayudar a los demás en reparaciones a sus casas. Un hombre mayor tomó la pluma después y habló sobre la vergüenza que el comportamiento del delincuente había causado a su clan,

notando que en años pasados se le habría requerido pagar a la familia de su mujer una compensación sustancial como resultado de ello. Habiendo oído todo esto, el juez confirmó que la víctima aún sentía que quería tratar de resolver las cosas con su esposo y que estaba recibiendo ayuda de su grupo de apoyo (incluyendo un abogado de la víctima). Resumiendo el caso de nuevo, reiteró la seriedad del delito, repitió los comentarios de apertura del Consejo de la Corona en el sentido de que se requería una sentencia de cárcel y propuso retrasar la sentencia por seis semanas hasta el momento de la siguiente audiencia en la Corte de circuito. Si al final de ese tiempo el delincuente hubiere cumplido los requerimientos presentados anteriormente por un amigo o delincuente, que acordó liderar un grupo de apoyo, y hubiere cumplido con el comité de justicia de la comunidad para idear un plan de tratamiento de la ira y el alcoholismo; hubiere satisfecho las expectativas de la víctima y de su grupo de apoyo; y hubiere completado 40 horas de servicio supervisadas por el grupo, evitaría la sentencia de cárcel. Después de una oración en la que el grupo completo se tomó de las manos, el círculo se deshizo y todos se retiraron al área de la comunidad a comer bocadillos.⁶

No obstante varíen bastante de una parte a otra en su *integración y funcionamiento*, con algunas adaptaciones de orden cultural, los círculos de sentencia suelen presentar las siguientes etapas: “*La solicitud de envío al círculo por parte del delincuente* cuando existe un verdadero deseo de cambio, de contribuir a sanar los danos cometidos. *La derivación a un círculo* es seguida por *la preparación* tanto del delincuente como de la víctima mediante la información de lo que sucederá en el proceso y de quienes, además de ellos, participarán en este. En muchos lugares existen círculos para la resolución de problemas particulares; siguiendo con el proceso, se realizan círculos de sanación separados para la víctima y el delincuente; después, se realizan las reuniones colectivas y se establece la sentencia que es monitoreada por círculos de apoyo que dan seguimiento al plan de acción.” En cuanto a los resultados obtenidos, ellos “son alentadores; los círculos de sentencia transforman las perspectivas que se generan entre la comunidad y sus infractores, a mayor dependencia respecto de la comunidad, menor dependencia respecto del sistema penal y penitenciario. Los índices de

reincidencia han disminuido hasta en una tercera parte."⁷

1.3. Encuentros víctima-ofensor

Los encuentros víctima-ofensor constituyen, en la opinión de un sinnúmero de autores, una de las manifestaciones primeras y más significativas de la Justicia Restaurativa.

Víctima y ofensor entablan un diálogo voluntario sobre el delito, generalmente con la participación de un mediador, en que la víctima cuenta al ofensor su experiencia (sufrimiento, dolor), es decir, lo que le provocó el acto en el plano físico, emocional y, según el caso, financiero. El ofensor, a su vez, cuenta su historia (muchas veces traumática), habla de las razones de su conducta y admite su responsabilidad. Al fin, se llega a un acuerdo centrado en la reparación de la ofensa/del daño, la restauración de los vínculos relacionales y la reintegración social.

Los *Victim-Offender Reconciliation Programs* – VORP surgieron en Kirchener, Ontario, Canadá (Capítulo I) y se extendieron a diversos países, a ejemplo de U.S. (donde existe desde hace más de 20 años), Reino Unido, Austria, Finlandia y Noruega). Se anuncia que son más de 300 programas de este género en Norteamérica y mucho más de 500 en Europa.

El Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el *Delito* reproduce una anécdota que trata de la mediación entre víctima y ofensor:

Después de aproximadamente dos horas de diálogo acalorado y emocional, el mediador sintió que el delincuente y la víctima habían escuchado la historia del otro y habían aprendido algo importante sobre el impacto del delito y sobre el otro. Acordaron que el delincuente, un muchacho de catorce años, pagaría \$200 en restitución para cubrir el costo de los daños a la casa de la víctima, que resultaron de una invasión de propiedad privada. Adicionalmente, se le exigiría que reembolsara a las víctimas el costo de una VCR que robó, estimada en \$150. Un programa de pagos sería creado en el tiempo restante de la reunión. El delincuente también ofreció varias disculpas a la víctima y acordó completar horas de servicio comunitario trabajando en un banco de alimentos patrocinado por la iglesia de la víctima. Ésta, una mujer de edad madura vecina del delincuente, afirmó que se siente menos enojada y temerosa después de

escuchar al delincuente y los detalles del delito y agradeció al mediador por haber permitido que la mediación tuviera lugar en el sótano de la iglesia.⁸

Los encuentros entre víctima y ofensor se realizan también en prisiones norteamericanas (Tejas, por ejemplo) y europeas. Eso se puede dar con víctimas no relacionadas a los agresores por el delito cometido (víctimas sustitutas).

En nuestro país, según el artículo 2° del Proyecto de Ley n° 7.006/2006), que propone alteraciones legislativas para facultar, en casos de crímenes y contravenciones penales, el uso de procedimientos de Justicia Restaurativa en el sistema de Justicia criminal brasileño: se considera procedimiento de Justicia restaurativa el conjunto de prácticas y actos conducidos por facilitadores, comprendiendo *encuentros entre la víctima y el autor del hecho sancionable y, cuando sea apropiado*, otras personas o miembros de la comunidad afectados, quienes participarán colectiva y activamente en la resolución de los problemas causados por el crimen o la contravención, en un ambiente estructurado denominado núcleo de Justicia restaurativa.

1.4. Juntas de facilitación

De conformidad con la fracción IX del artículo 2° de la Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua, México, las Juntas de Facilitación constituyen un: proceso desarrollado entre las partes, con la participación de los afectados indirecta o mediatamente por un conflicto, para resolverlo de manera colectiva, mediante un acuerdo. Atención: quince estados mexicanos incorporaron a sus constituciones los mecanismos alternos de solución de conflictos, presentes en los códigos penales de diez estados y en los códigos de procedimientos penales de veinticinco unidades de la federación.

1.5. Paneles juveniles

Se utilizan bastante en países como Inglaterra, Escocia, Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda. Hay una comprensión generalizada de que deben ser ejecutados con previo planeamiento y a cargo de personas entrenadas, con conocimiento especializado en el ámbito de los derechos del niño y del adolescente, un requisito que vale para jueces, fiscales, abogados y representantes de la policía.

En Inglaterra y Gales, un método ampliamente usado que tiene algunas características

restaurativas es la “orden de remisión”. Los delinquentes jóvenes de entre 10 y 17 años que comparecen ante la Corte por primera vez son remitidos a paneles de delinquentes juveniles (a menos que su ofensa sea tan seria que requiera custodia). Un panel consiste de dos miembros capacitados de la comunidad, uno que actúa como el presidente y un profesional. A los paneles acude el joven y uno de sus padres o su tutor. La víctima, de haber alguna, y una persona que pueda tener una buena influencia sobre el joven también son invitados. El panel establece un plan de acción a través del cual el joven pueda reparar o solucionar sus problemas. Se reúne de nuevo al final de la orden para evaluar el progreso. El nivel de participación de la víctima, sin embargo, en la forma en que el proceso se aplica hasta ahora, es bajo. Los jóvenes que reinciden pueden obtener una orden reparadora. La víctima puede ser invitada a expresar sus sentimientos sobre el delito y a considerar que forma de reparación necesitaría, pero la decisión es de la Corte.⁹

1.6. Reuniones restaurativas

Muy semejantes a otros programas ya referidos, las reuniones de restauración pueden ser vistas en diversos países como Estados Unidos, Australia, Canadá e Inglaterra y tuvieron origen en Nueva Zelanda con la aprobación de la ley sobre niños, jóvenes y sus familias.

En ellas participan, *inter alia*, la víctima, el agresor (quien asume su culpa y responsabilidad), familiares de ambos, grupos de apoyo de la comunidad, trabajadores sociales y abogados, unidos en la búsqueda de un consenso (acuerdo escrito) acerca de la sanción más adecuada (la reparación) y la reintegración del autor del hecho delictivo. Los acuerdos, orientados a la reparación de la víctima y de la paz social, son homologados por el juzgado penal.

La noción de vergüenza reintegradora está presente en esas reuniones, que tienen tres fases (preparación, encuentro y monitoreo) y cuyos grados de satisfacción de las partes es muy alto.

El Programa de Justicia Restaurativa del Poder Judicial en Materia Penal, en Costa Rica, las utiliza, además de otras prácticas, como los círculos de paz.

2. LA MEDIACIÓN Y LA FIGURA DEL MEDIADOR

2.1. La mediación

La mediación, la acción o efecto de mediar, del latín *mediare* (de marcada presencia en el capítulo anterior), suele ser definida como un medio pacífico de solución de controversias (no adversativo, no confrontacional, y complementario o alterno a la jurisdicción), en que se busca, con la ayuda de un facilitador o mediador, dirimir sus conflictos en un ambiente neutral, a través de un acuerdo que sea construido y aceptado por las partes involucradas (ofensor, víctima y comunidad).

Basada en la participación espontánea, el diálogo y el respeto al otro, persigue respuestas evolutivas de mutua satisfacción, mejor dicho, positivas para todos los involucrados en la disputa que se plantea.

Presente a lo largo de la Historia en distintas culturas del Oriente (China y Japón) y del Occidente, es reconocida como el modo *más manifiesto* de desarrollo del proceso restaurativo, uno de sus ejes más importantes, siendo muchas las discusiones sobre su concepto, sus fundamentos y efectos.¹⁰

De aplicabilidad universal según Claus Roxin, la *mediatio*, festejada por su superioridad ética, por sus bondades (son raras las voces del poder judicial y de la sociedad civil, refractarias a su aplicación), es vista como un arte por las habilidades y *sensibilidades* inherentes al mediador.¹¹

La mediación puede ocurrir en todas las fases del proceso (mediación intrajudicial) o fuera de él (mediación extrajudicial, la que se efectúa como medio alternativo de resolución de disputa, sin la existencia de ningún procedimiento en la esfera judicial), procurándose una solución de consenso grupal, justa y apropiada.

2.2 El mediador

Se recomienda que las prácticas restaurativas ocurran con la presencia de un mediador, profesional privado o institucional, de preferencia un psicólogo o un trabajador social, capacitado para tal fin, no requiriéndose que sea un experto o tenga nivel académico superior.

Con formación adecuada, humanística preferiblemente, debe conocer a la comunidad local, sus características, sus problemas, y tener

un conocimiento seguro que le permita coordinar los encuentros sin dificultad, facilitando la interacción entre las partes involucradas, con vistas a un buen resultado, aceptable y deseable por todos.

El que funge como facilitador/mediador tiene como función, con arreglo a los Principios básicos sobre el uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal ("cuyo propósito fue informar y motivar a los Estados Miembros a adoptar y estandarizar medidas de justicia restaurativa en el contexto de sus sistemas legales"), asegurar, de forma justa, imparcial, que las partes participen en un proceso restaurativo, siendo necesario que conozca bien las culturas y las comunidades locales (que no son necesariamente buenas).

El éxito de la mediación (que se diferencia de la conciliación) depende del agente facilitador, de su empatía, habilidad y capacitación permanente (no hay lugar para amadores) de su equilibrio (prudencia, moderación, con el pensamiento en Horacio, para quien *Est modus in rebus*), de la forma cómo expone y estimula de modo flexible, tolerante y discreto la participación de todos, promoviendo, si posible, una reunión previa, preparatoria, con las partes, y otra de seguimiento (*follow up*) y evaluación.

Dígame de paso que el fracaso de la mediación podrá suscitar un *bis in idem*, en la medida en que el examen del caso venga a ser (re)encaminado al sistema penal.

Al mediador, cuya actuación no excluye al abogado, no le concierne asumir una actitud autoritaria con imposición de sus conceptos u opiniones o de un resultado (los italianos justificadamente lo llaman *mediatore senza potere*), ni tampoco manifestar curiosidad. Lo que sí le concierne es favorecer la expresión de sentimientos, de emociones, la interacción, la discusión y el diálogo participativo, con miras al acuerdo reparador.

A continuación un estudio de caso:

Después de aproximadamente dos horas de diálogo acalorado y emocional, el mediador sintió que el delincuente y la víctima habían escuchado la historia del otro y habían aprendido algo importante sobre el impacto del delito y sobre el otro. Acordaron que el delincuente, un muchacho de catorce años, pagaría \$200 en restitución para cubrir el costo de los daños a la casa de la víctima, que resultaron de una invasión de propiedad privada. Adicionalmente, se le exigiría que reembolsara a las víctimas el costo de una VCR

que robó, estimada en \$150. Un programa de pagos sería creado en el tiempo restante de la reunión. El delincuente también ofreció varias disculpas a la víctima y acordó completar horas de servicio comunitario trabajando en un banco de alimentos patrocinado por la iglesia de la víctima. Ésta, una mujer de edad madura vecina del delincuente, afirmó que se siente menos enojada y temerosa después de escuchar al delincuente y los detalles del delito y agradeció al mediador por haber permitido que la mediación tuviera lugar en el sótano de la iglesia.¹²

La tarea del mediador consiste, pues, en informar, escuchar¹³ atentamente a los involucrados (*escucha activa*), dejar evidente su papel y las reglas de la mediación, demostrar seguridad, mantenerse neutro, hacer las intervenciones adecuadas y motivar a las partes para que tengan una buena relación y lleguen libremente a un acuerdo, guiándose con objetividad por una deontología profesional que enmarca principios como la buena fe, la imparcialidad o neutralidad (para muchos un mito, por sus idiosincrasias), la confidencialidad –algo crucial cuando uno aborda cuestiones que exigen discreción y son de foro íntimo– y el respeto a las partes intervinientes.

El mediador evalúa la validez de la restauración (de pérdidas –materiales, psicológicas y morales–, así como enlaces) y se compromete a guardar secreto acerca de lo tratado en la reunión.

Sobre su oficio, que se distingue de aquel que es desempeñado por el juez (pues carece de poder, del *ius imperium*), afirma Michelle Mayorga Agüero, en tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, para la obtención del grado académico de Licenciada en Derecho: "no es dar solución al conflicto sino dar dirección al proceso, explicar sus términos, controlar su curso y facilitar el intercambio de ideas entre los participantes, para lograr una composición pacífica."¹⁴

El mediador, en síntesis, es el conductor del proceso, "que direcciona y orienta, sin actuar nunca como árbitro, ni nunca jamás como lo haría un juez, ya que no es él en ningún caso quien resuelve: *lo hacen las mismas personas a través de su mediación.*"¹⁵

La Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes (México), de octubre de 2008, define en su artículo 16 las siguientes obligaciones del mediador: a) realizar su función en forma rápida, profesional, neutral, imparcial, confidencial y equitativa, con apego a la ley;

b) vigilar que en los trámites de mediación y conciliación en los que intervengan no se afecten derechos de terceros, intereses de menores e incapaces, ni cuestiones de orden público; c) actualizarse permanentemente para el mejor desempeño de su función; d) propiciar soluciones que armonicen los intereses en conflicto, buscando en todo caso la igualdad sustantiva entre las partes, absteniéndose de tratar asuntos en materias expresamente prohibidas por la Ley; e) conservar la confidencialidad de los datos, informes, comentarios, conversaciones, acuerdos y posturas de las partes a los cuales tengan acceso con motivo de su función. Por tanto, estarán obligados a conservar en concepto de secreto profesional, todo aquello que hayan conocido al intervenir en los procedimientos de mediación y conciliación e impedidos para fungir como testigos en asuntos relacionados con los negocios en los que hayan sido mediadores o conciliadores. Tampoco podrán ser patrocinadores o abogados en estos asuntos; y f) abstenerse de intervenir en asuntos en los que pudiera verse afectada su imparcialidad, aplicándose en lo conducente el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Aguascalientes.

La doctrina internacional recomienda las siguientes obligaciones a los mediadores: "a) no iniciar la mediación cuando parece que no va a cumplir los fines propuestos y en general los beneficios para las partes; b) suspender, en su caso, el procedimiento de mediación cuando entienda que puede causar perjuicio a alguna de las partes que se hallan en conflicto; c) actuar en el desarrollo del procedimiento con la debida diligencia y respeto a los derechos de las partes y con flexibilidad para favorecer las bondades del modelo y los fines de la misma; d) contar con una copia de los autos del proceso, remitidos con anterioridad; e) mantener contacto con los sujetos de la mediación tantas veces como considere oportuno; f) fijar la duración de cada una de las sesiones en el transcurso de la mediación; g) para el desempeño de esas facultades, será necesario que se le otorgue un despacho, sala o espacio habilitado para llevar a cabo su función de mediador en el procedimiento correspondiente, con el fin de que los sujetos perciban esa estrecha vinculación con la Administración de Justicia; h) deberán guardar la debida confidencialidad, actuar bajo los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad, iniciar el procedimiento tan sólo cuando se haya manifestado por las partes la voluntad libre de participar en él, desarrollar su actividad en el espacio otorgado y no recibir

remuneración de ninguna de las partes; tiene el deber de promover el acuerdo entre ellas, poner fin al procedimiento de mediación en el plazo que se establezca en la norma correspondiente, presentando el informe con el acta de reparación, en su caso, o no, al juzgado, y siempre cumpliendo con las reglas deontológicas profesionales que correspondan."¹⁶

En cuanto al acuerdo mediado, éste en definitiva sólo tendrá validez cuando lo homologue la autoridad judicial, previa la anuencia del MP, como se requiere en los Principios Básicos, conforme a los cuales los resultados de los acuerdos que deriven de programas de justicia restaurativa deberán ser objeto de supervisión judicial o incorporados a decisiones o sentencias judiciales; en el *cas d'espèce*, los resultados se equiparan a cualquier decisión o sentencia judicial y excluyen la posibilidad de enjuiciamiento de los hechos apreciados.

Según los mismos Principios, en la hipótesis de que las partes no alcancen un acuerdo, el caso deberá ser sometido a la justicia penal común, tomándose sin demora una decisión acerca del procedimiento a ser adoptado, con la garantía de que el hecho de no haber llegado a un acuerdo no se explotará en procedimientos posteriores de la justicia penal.

3. LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Muchos son los principios de la Justicia Restaurativa y algunos se confunden entre sí y con los de la mediación, su *instrumento privilegiado*. La observancia de esos principios resulta fundamental como salvaguardia contra desviaciones que puedan comprometer la esencia del proceso y ponerlo en riesgo. Los identifico en orden alfabético:

3.1. Ahorro de costos

Entre las innumerables ventajas de la JR se menciona el acortamiento de costos, intrínseco a prácticas que dispensan el formalismo y una pesada estructura material y personal. Esa reducción vale para el Estado y las partes involucradas.

En cuanto a la mediación, es indudable que "el mediador, como profesional que es, tiene derecho a ver retribuidos sus servicios a las partes. Ésta es la partida económica de mayor impacto en una mediación, dentro, eso sí, de la contención y moderación que en cuanto a gastos implica esta posibilidad de resolución de conflictos. Puede no

ser la única, cuando se produzca la participación de terceros (peritos) que también hayan de ser retribuidos... Pueden producirse otra serie de gastos relativos a notificaciones (postales), citaciones, utilización de locales, despachos u oficinas para las reuniones, etc... En todo caso, la mediación se caracteriza por una contención del gasto y por una importante moderación económica en su 'cuenta final' frente a los desembolsos que requiere un proceso jurisdiccional." ¹⁷ En síntesis, Independientemente del volumen de gastos que puedan resultar incluso de casos más complejos, siempre será inferior al modelo punitivo, selectivo, excluyente, y favorecerá en ese sentido la administración de justicia y las partes.

Respecto a la economía en los costos judiciales, es pertinente la lección de Elías Neuman, de que un simple delito de menor gravedad "mueve a la policía, a la justicia, a la administración carcelaria, en un gasto asombroso y sin sentido ulterior... En los tribunales se emplean fortísimas sumas de dinero a fin de investigar conflictos, cuando mediante modelos consensuales, como la mediación penal previa al juicio o dentro de éste, se reduciría profundamente el encarnizado quebranto económico del sistema." ¹⁸

Tierra de Hombres hizo un balance sobre el costo de la Justicia juvenil restaurativa en Perú. El programa cuesta 115 dólares mensuales por adolescente, mientras la privación de libertad, en los centros correccionales, sale por 417 dólares al mes.

Significativo también es el ahorro social resultante de un modelo que exhibe tasas menores de reincidencia, lo que implica necesariamente la disminución de los costos del enfrentamiento del crimen.

3.2. Asunción de responsabilidad

El ofensor debe admitir su responsabilidad en la ofensa cometida, algo considerado imprescindible en las prácticas restaurativas, incluso en la mediación.

Consta en el preámbulo del Anexo (Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal) a la Resolución n. 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que el enfoque restaurativo permite al delincuente entender mejor las causas y los efectos de su conducta y asumir una *genuina responsabilidad*.

Esa postura por parte del ofensor (adolescente o adulto) es la premisa básica para

solventar el conflicto y reconstruir los lazos rotos, especialmente entre éste y la víctima.

En carta dirigida al acusado, convocándolo para la mediación penal, se afirma que el objetivo, en caso de que éste haya participado en los hechos a él atribuidos, es que reconozca la comisión del delito, explique las respectivas razones, pida perdón y repare el daño causado.

3.3. Buena fe

El proceso restaurativo no tiene condiciones de avanzar sin que sus participantes demuestren ser movidos por la buena fe y así merecer la confianza de los demás.

Es vital que los actores del proceso actúen con honestidad de intenciones, sean movidos por la sinceridad y no utilicen, por ejemplo, estrategias retardatorias que favorezcan a una de las partes.

Cabe al facilitador estar atento a gestos o conductas que puedan traducir mala fe, dando, si es caso, por concluido el encuentro.

Recurro a una bella lección sobre *bona fide*: "La buena fe (tal y como la mala fe) tiene la edad del hombre. Es como la 'verdad' y la 'mentira'. Actuándose con 'buena fe' los propios actos identificarán el propósito. Diciéndose la 'verdad', será ella repetida tantas veces cuantas sea necesario, de formas diversas, aun en otras palabras. Actuándose con 'mala fe, temprano o tarde, será descubierto el vicio y el autor responderá de las consecuencias. Diciéndose una 'mentira', deberá el autor decir noventa y nueve otras veces para sustentarla. Actuar con buena fe es actuar con lisura, sin ofensa a la ley, sin dolo; es ser honesto." ¹⁹

3.4. Celeridad/duración razonable

Sin las trabas de la justicia tradicional (harto criticada por su notoria morosidad), los trámites restaurativos son rápidos y eficaces, aun porque el procedimiento es sencillo y oral y su duración, que depende de las características de cada caso, de su naturaleza y complejidad, es dictada por las partes.

Tómese en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que establece en su artículo 25: (1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y *rápido* o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación

sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Según la Convención Europea para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y *dentro de un plazo razonable*, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. En esta misma línea de ideas se ha elaborado la Enmienda Constitucional n° 45/2004 (Reforma del Poder Judicial), que incluyó una nueva fracción (LXXVIII) al artículo 5° de la Constitución Federal, según el cual se debe garantizar a todos, judicial y administrativa, la razonable duración del proceso y los medios aseguradores de la celeridad de su tramitación.

En su voto razonado, en el Caso Mack Chang, demanda en contra de Guatemala, por violación de los artículos 4, 8 y 25 (derecho a la vida, derecho a las garantías judiciales y derecho a la protección judicial, respectivamente) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de la antropóloga ejecutada extrajudicialmente el 11 de septiembre de 1990), Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre de 2003), afirmó el juez Sergio García Ramírez:

La excesiva demora en la impartición de justicia constituye, de alguna manera, denegación de justicia. “Justicia retrasada es justicia denegada”, señala una antigua máxima, invocada con frecuencia. La exigencia de observar un plazo razonable para la solución de las controversias vinculadas al tema de los derechos humanos tiene varias proyecciones dentro de este mismo marco. En una primera hipótesis, se aplica al tiempo para el desarrollo de un proceso contra cualquier persona. Es así que la Corte ha indicado que “el principio de plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente.

Ha de tenerse el cuidado de no confundir celeridad con una composición apresurada, de la cual resulte un acuerdo inadecuado o insatisfactorio.

3.5. Complementariedad

La JR no pretende sustituir a la justicia común. Ya se dijo que las dos justicias se complementan, aplicándose, siempre que posible, prácticas restaurativas que sean capaces, por ejemplo, de ofrecer sanciones más blandas y/o alternas, esto es, presentar ventajas para los implicados en el delito.

Nada estorba la posibilidad de que se amalgamen los beneficios de la Justicia restaurativa con los requisitos del sistema penal clásico. A manera de ejemplo: “en lugar de una pena efectiva de veinticinco años de prisión, el acusado puede recibir una de quince, desde que se haya retratado ante las víctimas, se haya esforzado por repararlas o se haya predispuesto a prestar trabajo voluntario en favor de la comunidad, de aquellas o de las respectivas familias, en la prisión, o, cuando sea posible, fuera de la misma.” En los casos menos graves, sobre todo en segmentos “criminales particulares o semipúblicos”, tampoco nada impide “la complementación entre vías judiciales e informales en la resolución de los problemas concretos generados por la ofensa. Las partes pueden, por ejemplo, llegar a un acuerdo en determinados puntos, desistiendo o renunciando a la demanda penal, pero necesitando una tutela civil o arbitral para dirimir los restantes puntos. Para situaciones de procesos penales pendientes, debe ser legalmente prevista la posibilidad de que las partes puedan requerir a la autoridad judicial competente, hasta la publicación de la sentencia de la primera instancia, la suspensión de la instancia y, concomitantemente, de los plazos de prescripción, mientras las iniciativas de mediación tengan lugar. Se podrá hablar, por lo tanto, en una doble complementariedad entre el sistema de Justicia ‘oficial’ y los mecanismos de Justicia Restaurativa.” Si en términos generales –concluye– deben ambos coexistir como instrumentos de profilaxis y gestión de conflictos, en el caso concreto, a su vez, nada impide que se muevan al mismo tiempo y en *satisfacción de los intereses públicos y privados* que resulten de una misma ofensa.²⁰

3.6. Confidencialidad

Lo que es objeto de los encuentros, tras las puertas, debe ser sigiloso, confidencial (hechos, afirmaciones, sugerencias, documentos presentados), exigiéndose, en algunos lugares y casos, que se firme un pacto de confidencialidad

para asegurar el sigilo. Eso permite un diálogo más fluido, natural, sincero, favorecido por la oralidad del proceso restaurativo. En caso de desistimiento o malogro, nada se transmite a la justicia común, no pudiendo la participación del ofensor ser usada como prueba de admisión de culpa en procedimiento judicial futuro, civil o criminal.

Está previsto en el párrafo único del artículo 9º del Proyecto de Ley n° 7.006/2006 que el principio de la confidencialidad busca la protección de la intimidad y de la vida privada de las partes.

Dispone asimismo el artículo 10 de la Ley de Justicia Penal Restaurativa del Estado de Durango, México, de 18 de febrero de 2009 que entre las obligaciones del personal especializado está la de conservar la confidencialidad, en carácter de secreto profesional, de los asuntos respecto a los cuales tengan conocimiento en virtud y en el ejercicio de su función.

¿Qué es necesario para que una mediación sea exitosa? Eso depende en una gran proporción “de la seguridad que tengan las partes sobre la privacidad con que habrá de conducirse el proceso. El mediador está obligado a guardar secreto acerca de las manifestaciones, documentación e informes que se utilicen durante el desarrollo de la mediación. Este deber de confidencialidad le es debido a las partes entre sí y también respecto de terceros.”²¹ En este sentido: “En cualquier caso, esa idea de confidencialidad no sólo debe entenderse exigible al mediador, a la víctima y al victimario, sino, en su caso y cuando así fuere posible, respecto de cuantas personas hayan podido tener participación alguna en el procedimiento de mediación, mediante la correspondiente exigencia de responsabilidad en caso de quebranto de la misma por cualesquiera de ellos”, debiendo subrayarse la necesidad “de exigir esta confidencialidad a los letrados de las partes que puedan haber tenido conocimiento de lo acontecido en mediación.” Así, dicho principio se convierte en uno de los puntos nodales de *viabilidad y eficiencia* de la mediación.²²

Por supuesto, entienden algunos, podrá haber excepciones cuando, por ejemplo, se trate de información que represente una futura amenaza para los participantes u otras personas.

3.7. Consensualidad

Las partes acuerdan realizar un encuentro restaurativo, respetando sus reglas, como la confidencialidad, y proponen cumplir el acuerdo celebrado.

Los procesos restitutivos sólo deben ser usados cuando existe suficiencia de pruebas para inculpar al delincuente y no pueden prescindir de su consentimiento, así como de la víctima. Ambos podrán retirar su anuencia en cualquier momento del proceso.

El Consejo de Europa (Recomendación n° R [9] del Comité de Ministros a Estados Miembros respecto de la mediación en materia penal) recomienda que ésta sólo deberá realizarse si la víctima y el ofensor lo consientan de modo enteramente libre (*freely consent*).

Damásio Evangelista de Jesús sostiene ser fundamental afianzar que las prácticas restaurativas presuponen un *Acuerdo libre y plenamente consciente entre las partes involucradas*, puesto que, sin tal consenso, no habrá otra alternativa que no sea el procedimiento tradicional.²³

3.8. Cooperación

La cooperación es indispensable a la calidad del abordaje restaurativo. A los implicados les corresponde colaborar en la dimensión de sus posibilidades, consciente de las ventajas de arribar a un acuerdo provechoso *erga omnes*.

El ofensor, consciente de los perjuicios derivados de su delito, buscará repararlos o compensarlos, contando con la ayuda de la víctima y de los demás.

En realidad, estamos delante de un proceso de pura cooperación, exactamente porque en él se observa una convergencia de intereses (Ver Capítulo II) que permite alcanzar un resultado favorable a todos los que participan en el encuentro de restauración.

3.9. Dignidad humana o humanidad

En el ámbito de la Justicia Restaurativa se debe respetar y preservar, de cada uno de los involucrados en sus procedimientos, la dignidad humana, “una cualidad inseparablemente unida al ser mismo de la persona”²⁴, un principio absoluto, central, inviolable e intraspasable, del que dimanen otros principios como la imagen, el derecho a la privacidad e intimidad, el honor, la integridad moral y la libertad.

Definida como el *piso erguido* por el filósofo alemán Ernst Bloch, la *dignitatis humanae* de todos los principios el más universal, fue erigida como fundamento de la República por el artículo 1º de la Carta Magna, según el cual La República

Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, constituye un Estado Democrático de Derecho y tiene entre sus fundamentos, a más de la soberanía, la ciudadanía, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y el pluralismo jurídico, *la dignidad de la persona humana*.

Para Lúcia Barros Freitas de Alvarenga, “es concebida como una “referencia constitucional unificadora de todos los derechos fundamentales”²⁵ y, para Rizzato Nunes, se trata de un supra-principio constitucional que “alumbra todos los demás principios y normas constitucionales.”²⁶ La Constitución española de 1978, en el artículo 10.1: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. La afirmación de que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana está en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Humanitas o la dignidad del ser humano, su centralidad como persona, el respeto que se debe a su esencia, “es una perpetua búsqueda en el derecho que proviene del derecho romano y atraviesa toda la historia de nuestro saber, habiendo padecido múltiples vicisitudes, que no pudieron nunca ocultar la permanente demanda recíproca: derecho reclama siempre *humanitas*, simplemente porque el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano y, como tal, carece de brújula cuando se aleja de la antropología básica que hace de éste una persona para cosificarlo, para reducirlo a una cosa más entre las cosas.”²⁷

Este pensamiento es compartido por el profesor Ignacio José Subijana Zunzunegui, de la Universidad del País Vasco (UPV), para quien el paradigma de humanidad “debe impregnar la justicia tanto cuando responde a una estructura heterocompositiva —en la que el juez resuelve una contienda entre partes confrontadas— como cuando descansa en un modelo autocompositivo —en la que el juez homologa la solución conferida al conflicto por las partes originariamente en disputa—. En la fórmula heterocompositiva destaca la potenciación del juicio como un espacio en el que los individuos emiten los relatos en los que plasman sus vivencias, y lo relevante del traslado a los mismos de una respuesta que, al estar fundada en razones atendibles y comprensibles, ofrece un mensaje dotado de

una elevada calidad comunicativa. En el modelo autocompositivo se prioriza la construcción de un marco de diálogo que se alimenta del respeto, la escucha, la comprensión y la recreación conjunta de lo dañado.”²⁸

En esta perspectiva, los mediadores internalizan la percepción de que deben tratar a las partes con decoro absoluto y se supone que éstas actúen de igual modo, esforzándose para enfrentar el conflicto de la mejor forma.

Al aludir a la participación de un facilitador en el proceso restaurativo, el Manual de Prácticas Restaurativas para Conciliadores en Equidad, en el marco del Proyecto de Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia, clarifica que el facilitador contribuirá a que, de ningún modo, cualquiera de las partes pueda ser tratada, en algún instante, de forma deshonrosa, respetándose, al revés, la dignidad paritaria y la igualdad de todos los implicados, a fin de facilitar el entendimiento y la armonía social.²⁹

3.10. Disciplina

El respeto a la disciplina es importante para todos los que se involucran en el proceso con miras a la costura de un acuerdo y a su continuidad. Y por supuesto no hablamos solamente del ofensor y de la víctima, sino también de los representantes de la sociedad civil y sobre todo de quien esté ejerciendo la función de mediar el conflicto.

Sin disciplina, sin sujeción a las reglas que nortean los procedimientos restaurativos, no hay como encaminarse hacia un cierre satisfactorio y obtener los resultados perseguidos.

3.11. Equidad

Fundador y ex presidente del Observatorio de Prisiones de Arequipa (Perú), al exponer en el I Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa (Lima, 2009), el belga Bruno Van der Maat mencionó un texto encontrado en la tumba de un juez faraónico de la XI Dinastía (Totnakht-ânhk): He juzgado un caso de acuerdo a la equidad, de tal forma que ambas partes han salido con un corazón apaciguado.

En el caso que nos ocupa, el término *equidad* (*aequitas*) consiste en tratar a cada uno (las partes del encuentro) con imparcialidad, de modo que reciba lo que le corresponde por sus méritos o condiciones, lo que es justo y adecuado en cada caso o circunstancia, sin beneficiar a uno en perjuicio del otro.

Lo importante es evitar la toma de decisiones que sean inequitativas y rompan el equilibrio que debe ser preservado en el proceso.

Al tratar de medios alternos para la solución de controversias (técnicas de mediación, conciliación, juntas de facilitación, Justicia restaurativa y demás formas de negociación) ante el Centro de Justicia Penal Alternativa, la Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua, México, señala que esos medios se rigen por diversos principios, entre los cuales el de la equidad, pues proporcionan condiciones de equilibrio entre las partes, permitiendo la composición de acuerdos recíprocamente satisfactorios y perdurables.

De los principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal (Resolución n° 2002/12, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas) se extrae: (13) En los programas de justicia restitutiva, y en particular en los procesos restitutivos, deben aplicarse salvaguardias básicas en materia de procedimiento que garanticen la *equidad* para con el delincuente y la víctima: a) A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la víctima y el delincuente deben tener derecho a consultar a un asesor letrado en relación con el proceso restitutivo y, en caso necesario, a servicios de traducción o interpretación. Los menores, además, tendrán derecho a la asistencia de los padres o el tutor; b) Antes de dar su acuerdo para participar en procesos restitutivos, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión; c) No se debe coaccionar a la víctima ni al delincuente para que participen en procesos restitutivos o acepten resultados restitutivos, ni se los debe inducir a hacerlo por medios desleales.

Es de Luigi Ferrajoli el apunte siguiente, al referirse a la contraposición corriente entre legalidad y equidad: “Según una definición escolástica que se suele remontar a Aristóteles, la equidad es ‘la justicia del caso concreto’. Más precisamente, Aristóteles, al analizar en la *Ética Nicomáquea* las relaciones de la *legalidad* y de la *equidad* con la justicia, escribió que ‘lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error.’ La equidad serviría, pues, para colmar la

distancia entre la abstracción del supuesto tipo legal y la concreción del caso juzgado; ‘tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta.’ En efecto, añade Aristóteles, ‘cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido. Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto.’³⁰

3.12. Informalidad

Ninguna definición previa de formas o procedimientos (excepto pautas y parámetros de carácter general) amordaza a las prácticas restaurativas, exentas de los rituales presentes en la justicia ordinaria.

La falta de formalismo de la Justicia Restaurativa, vista como valioso instrumento al servicio de la presteza y la eficacia, no puede ser identificada como ausencia o morigeración de cuidado, de garantías y de compromiso con la seriedad y la busca responsable de la justicia.

Los países donde la JR exhibe los mejores resultados (en algunos más del 90% de los casos concluyen con acuerdos de reparación), como Australia, Nueva Zelanda y Canadá, están entre los que más preservan el principio de la informalidad.

3.13. Mutuo respeto

En el proceso restaurativo se exige la reciprocidad de respeto entre todos sus participantes, inexcusable para garantizar la confianza y la toma posterior de decisiones consensuales.

En la mentada Resolución n° 2.002/12 está dicho que a los facilitadores importa desempeñar sus funciones imparcialmente, con el debido respeto a la dignidad de las partes y por ello velarán por que se porten con *mutuo respeto*, debiendo hacer lo posible para que encuentren una solución pertinente entre sí.

En el artículo 2° de la Declaración de Costa Rica, se afirma que los postulados restaurativos son basados en principios y valores que no sólo garantizan el pleno ejercicio de los derechos

humanos y respetan a la dignidad de todos los involucrados, sino también favorecen el mutuo respeto entre los participantes de los procedimientos.

3.14. Voluntariedad

Las partes deben demostrar su voluntad de participar en el proceso (lo cual es también destacado por el Consejo de Europa, comprometido con la Justicia Restaurativa), sin cualesquiera imposiciones, consciente de sus derechos y deberes, de las particularidades de los procedimientos adoptados y de las consecuencias de una posible avenencia mutuamente aceptable. El ofensor buscará suavizar los efectos de su acto vergonzoso y se espera que asuma el compromiso de no reincidencia.

En esta línea de pensamiento, cabe considerar que “La devaluación de la voluntariedad en la participación es uno de los riesgos de la mediación. Por ello, para intervenir en el proceso de mediación se debe garantizar la manifestación de la voluntad. Ni la víctima, ni el acusado pueden verse obligados a iniciar una mediación, o a mantenerse en ella, o a adoptar acuerdos que les sean perjudiciales para sus intereses. A estos efectos, el mediador debe informar a las partes de los derechos, obligaciones y consecuencias de su participación, así como de su libertad para iniciar o abandonar el proceso en cualquier momento, sin que ello tenga consecuencias jurídicas... Por otro lado, la libertad de participación guarda relación directa con las garantías procesales. Ni la víctima, ni la persona acusada pueden sufrir consecuencias jurídicas restrictivas de derechos por el inicio o abandono del proceso de mediación. Respecto de la primera, no existe especial perjuicio jurídico en caso de que decida no comenzar el proceso de mediación o abandonarlo, pues el proceso penal está orientado a la determinación formal de los hechos sufridos, a la imposición de una pena para el acusado y a la satisfacción de sus intereses económicos por el perjuicio causado. Únicamente el abandono del proceso por parte de la víctima puede tener consecuencia en el plano emocional. En cambio, respecto del acusado, la cuestión es diferente, no sólo por las consecuencias jurídicas que se pueden generar, sino por la afectación a derechos fundamentales.”³¹

A despecho de la relevancia de la voluntariedad, en el modelo de justicia restaurativa

tradicional, hay, sin embargo, quienes afirman, como Nils Christie, que los ofensores pueden ser obligados a tomar parte en esas prácticas; o sea, habrá ocasiones (según el sistema maximalista de justicia restaurativa) en los que dicha justicia sólo podrá ser alcanzada mediante coerción, una postura inadmisibles para quienes entienden, como McCold, que eso significaría el regreso al modelo punitivo.

No se confunda la coacción con la invitación o el estímulo a la participación en un abordaje restaurativo (no importa que provenga de instituciones o individuos). Por ello se habla de voluntariedad y no espontaneidad.

3.15. Otros principios

Los principios presentados no constituyen *numerus clausus*. Evidentemente, otros pueden ser citados (algunos también coincidentes con la mediación) como bilateralidad, credibilidad, diligencia, gratuidad, flexibilidad, honestidad o probidad, igualdad entre las partes, imparcialidad o neutralidad, interdisciplinariedad, oralidad, proporcionalidad, protagonismo, razonabilidad y seguridad de los involucrados, además de aquellos presentes en el derecho penal, que deben ser igualmente tomados en cuenta, como culpabilidad, legalidad, intervención mínima y presunción de inocencia.

En junio de 2005, los participantes de la Conferencia Internacional “Acceso a la Justicia por Medios Alternativos de Resolución de Conflictos”, en Brasilia, tomando como base la Carta redactada en Araçatuba – SP, en abril del mismo año, en el I Simposio Brasileño de Justicia Restaurativa, concluyeron que las prácticas restaurativas deben nortearse por principios y valores entre los cuales: autonomía y voluntariedad en la participación en prácticas restaurativas, en todas sus fases; respeto mutuo entre los participantes del encuentro; involucramiento de la comunidad, pautada por los principios de la solidaridad y cooperación; garantía irrestricta de los derechos humanos y del derecho a la dignidad de los participantes; y promoción de relaciones ecuanímes y no jerárquicas.

Fragmento del libro inédito “Justicia Restaurativa: Nacimiento de una Era (Su aplicación en prisiones y centros de internación de adolescentes infractores).”

NOTAS

1. En *Conversaciones*: Dr. Antonio Beristain. Por Inés García Zafra. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* - RECPC, 06-c1 (31 de octubre de 2004).
2. MÁRQUEZ ALGARA, María Gudalaupe, *Mediación Penal en México: Una Visión Hacia la Justicia Restaurativa*, Editorial Porrúa/ Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2013, pp. 24-25.
3. GONZÁLEZ BALLESTEROS, Alejandra Mera, *Justicia Restaurativa y Proceso Penal. Garantías Procesales: Límites y Posibilidades*, *Revista Ius et Praxis*, 15 (2): 165-195, 2009.
4. BAZEMORE, G. y GRIFFITHS, Curt Taylor (1997), *Conferences, Circles, Boards, and Mediations: Scouting Community Justice Decision Making the "New Wave" of Approaches*. *Federal Probation* 61 (June) (*Conferencias, Círculos, Juntas y Mediaciones: Buscando la "Nueva Ola" de Metodologías para la Toma de Decisiones de la Justicia Comunitaria*. *Libertad Condicional Federal* 61 [junio], p. 25), en DANDURAND, Yvon y GRIFFITHS, Curt Taylor, *Manual sobre Programas de la Justicia Restaurativa*, Oficina de las Naciones contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2006, p. 21.
5. Accesible en Internet.
6. BAZEMORE, G. y GRIFFITHS, Curt Taylor, *op. cit.*, pp. 25-28 (en DANDURAND, Yvon y GRIFFITHS, Curt Taylor, *op. cit.*, p. 25).
7. MÁRQUEZ ALGARA, María Gudalaupe, *op. cit.*, 2013, pp. 23-24.
8. BAZEMORE, G. y GRIFFITHS, Curt Taylor, *op. cit.*, pp. 25-38 (en DANDURAND, Yvon y GRIFFITHS, Curt Taylor, *op. cit.*, p. 20).
9. NEWBURN, T., MASTERS, G., EARLE, R., GOLFIE, S., CRAWFORD, A., SHARPE, K., NETTEN, A., HALE, C., UGLOW, S. y SAUNDERS, R., *The Introduction of Referral Orders into the Youth Justice System (La Introducción de Órdenes de Remisión en el Sistema de Justicia Juvenil)*, Documento Ocasional RDS Núm. 70, Home Office, Londres, 2001 (en DANDURAND, Yvon y GRIFFITHS, Curt Taylor, *op. cit.*, p. 25).
10. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 17.
11. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de, *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*, Editorial Método, São Paulo, 2008, p. 36.
12. DANDURAND, Yvon y GRIFFITHS, Curt Taylor, *op. cit.*, p. 17.
13. Escuchar "es un proceso que exige una atención completa y consciente para oír todo lo que la persona entrevistada quiere expresar. El mediador necesita hacer silencio interior, hecho que supone no sólo callar por un momento, sino abandonar los prejuicios, opiniones y recuerdos. Con ello se pueden percibir los intereses y las necesidades para poder trabajar en las fases siguientes. La escucha tiene que hacerse con plena consciencia, es decir, con la mente y con el cuerpo: asintiendo con gestos faciales y oculares, mostrando proximidad y comprensión, repitiendo las últimas palabras y haciendo breves resúmenes de lo expresado para demostrar la comprensión." (RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, GALLEGU DÍAZ, Manuel, CABRERA, Pedro y JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una Experiencia – 2005-2008*, p. 61. Disponible en Internet)
14. MAYORGA AGÜERO, Michelle, *Justicia Restaurativa. ¿Una Nueva Opción dentro del Sistema Penal Juvenil? Incorporación de los Principios Restaurativos dentro del Proceso Penal Juvenil Costarricense*, San José, Costa Rica, abril, 2009, p. 73.
15. MAGRO, Vicente, HERNÁNDEZ, Carmelo y CUÉLLAR, J. Pablo, *Mediación Penal: Una Visión Dentro Hacia Fuera*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2011, p. 11.
16. MÁRQUEZ ALGARA, María Gudalaupe, *op. cit.*, p. 50.
17. MARTÍN DIZ, Fernando, *La Mediación: Sistema Complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 153-154. El autor agrega que el menor coste económico es una de las principales *paradigmáticas ventajas* de la mediación.
18. NEUMAN, Elías, *Mediación y Conciliación Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 31)
19. PEDROTTI, Irineu Antonio, PEDROTTI, William Antonio y CARLETTI, Amilcare,

- Máximas Latinas no Direito Comentadas*, Servanda Editorial, Campinas, SP, 2010, p. 155.
20. AMADO FERREIRA, Francisco, *op. cit.*, pp. 39-40.
21. CAVALLI, María Cristina y QUINTEROS AVELLANEDA, Liliana Graciela, *Introducción a la Gestión no Adversarial de Conflictos*, Editorial Reus, Madrid, 2010, p. 139.
22. BARONA VILAR, Silvia, *Mediación Penal: Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 276.
23. JESÚS, Damásio de, "Justiça Restaurativa no Brasil", en *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, vol. 1, nº 21, CNPCP, Brasília, 2008, p. 18.
24. BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *La Dignidad de las Macrovíctimas Transforma la Justicia y la Convivencia (In Tenebris, Lux)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, p. 44.
25. BARROS FREITAS DE ALVARENGA, Lúcia, *Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza: Uma Dimensão Hermenêutica para a Realização Constitucional*, Editorial Brasília Jurídica, 1998, p. 223.
26. NUNES, Rizzato, *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, Editorial Saraiva, São Paulo, 2002, p. 50.
27. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Humanismo en el Derecho Penal*, Editorial Ubijus/Instituto de Formación Profesional, México, 2009, p. 7.
28. SUBIJANA ZUNZUEGUI, Ignacio José, *El Paradigma de Humanidad en la Justicia Restaurativa*, artículo extraído de la web.
29. VALLEJO ALMEIDA, German y ARGUELLO CASTILLO, Maribel, *Manual de Prácticas Restaurativas para Conciliadores en Equidad*, Ministerio del Interior y de Justicia de la República de Colombia y Unión Europea, Bogotá, 2008, p. 21.
30. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 156. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya autoriza el empleo del principio *ex aequo et bono* (porque es equitativo y bueno) en la decisión de un litigio interestatal desde que haya consenso entre las partes.
31. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, GALLEGÓ DÍAZ, Manuel, CABRERA, Pedro y JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, *op. cit.*, pp. 43-44. Disponible en Internet)