



Facultad de Derecho

**Tesis presentada en opción al Grado de
Especialista en Derecho Penal**

**Título: LA MEDIACION EN LOS DELITOS CONTRA
EL HONOR. RETOS Y PERPECTIVAS EN EL
ORDENAMIENTO JURIDICO CUBANO.**

Autora: Lic. Emiliano Hernández Hernández
Tutora: Dra. Iracema Gálvez Puebla

Pinar del Río, Enero de 2015
Año 58 de la Revolución

PENSAMIENTO

“si cometemos alguna forma de injusticia con otro, y la compensamos dando nuestra mano a la víctima, no vamos más allá de la justicia, sino que, más bien, restauramos la justicia”.

Agnes Heller

AGRADECIMIENTOS

A mis padres y esposa, que me han brindado su apoyo incondicional convirtiéndose en el faro que ilumina mi camino.

A mis hijas que son mi fuente de inspiración más importante y mi razón de existir.

A mis hermanos, que día a día incentivaron en mí la motivación requerida para la realización de esta tesis.

A mis colegas de trabajo que sacrificaron su espacio y tiempo para que esta tesis se materializara.

A mi tutora Iracema, por su paciencia, confianza y apoyo brindado en cada momento en el desarrollo de esta tesis.

A mis compañeros de especialidad por el apoyo moral y material que me brindaron, sin los cuales no hubiere sido posible culminar exitosamente mi tesis.

A mi Director Provincial, por su confianza y colaboración para que este proyecto tuviese un final exitoso y a la altura de las expectativas de la organización.

A todos los que de una u otra manera contribuyeron a la realización de esta tesis.

DEDICATORIA

A mis padres que desde pequeño cultivaron mi educación.

A mis hijas por el amor y comprensión mostradas en cada momento de mi vida.

A mis hermanos cuyo ejemplo ha sido faro y guía en mi vida profesional.

A mis familiares, por su marcado interés en mi superación profesional.

A Iracema por su confianza y consideración.

A mis amigos, por sus infinitas muestras de amistad y compañerismo.

A los juristas en general.

RESUMEN

La reflexión sobre la necesidad de modelos alternativos a la justicia penal, se inserta como un contenido más de un nuevo paradigma de análisis de las diversas relaciones cruzadas entre Estado, sociedad, ciudadanos y fenómenos de desviación social. El desarrollo de la mediación, como sistema teórico, traduce la emergencia de un nuevo modelo de regulación social, de una nueva fórmula de acción que no se limite simplemente a la gestión de los conflictos, sino que contribuya, también, a recrear espacios de comunicación y nuevos instrumentos de socialización.

El nuevo paradigma bascula sobre la reformulación del sentido y el alcance del conflicto social y una nueva atribución de roles de participación en la que el infractor merece una respuesta de reintegración y la víctima un papel protagónico en la búsqueda de soluciones que comporten, por un lado, su reparación y, por otro, restaurar las consecuencias perjudiciales del delito sobre la sociedad.

La conveniencia de instrumentar este novedoso mecanismo de control social en el sistema de justicia penal en Cuba, sugiere la búsqueda de un espacio operativo donde se procure una solución pacífica y conciliadora entre los involucrados en el conflicto, siendo ideal desde esta perspectiva, la articulación de un modelo de entendimiento facilitado en el ámbito de los delitos perseguibles a instancia de parte, partiendo del principio de voluntariedad que en definitiva constituye el eje sobre el cual gravita tanto la mediación como el ejercicio de la acción penal en los delitos privados.

En el presente trabajo se exponen los fundamentos conceptuales e históricos de la mediación penal y se realiza una evaluación del marco teórico para su futura implementación en el sistema de justicia penal, específicamente en el procedimiento especial regulado en nuestra legislación procesal para el ejercicio de la acción penal en los delitos perseguibles a instancia de partes.

Palabras clave: mediación penal, justicia restaurativa, solución de conflictos, acción penal.

INDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. Fundamentos históricos, teóricos y conceptuales de la mediación como método alternativo en la solución de conflictos.....	19
1.1. Origen y evolución histórica de la mediación penal como método alternativo de resolución de conflictos.....	19
1.2. Concepto, características y naturaleza jurídica de la mediación.....	29
1.3. Diferencias con otras instituciones jurídicas afines.....	38
1.4 Principios básicos que sustentan la mediación penal como proceso.....	44
1.4.1 Principio de igualdad. La igualdad de armas como igualdad moral.....	45
1.4.2 Principio de Imparcialidad.....	47
1.4.3 Principio de independencia entre los mediadores y la autoridad judicial que realiza el envío o propicia la apertura del proceso de mediación.....	48
1.4.4 El derecho de las partes a la información.....	49
1.4.5 El derecho de las partes a la defensa técnica.....	50
1.4.6 Principio de presunción de inocencia. El reconocimiento de los hechos básicos (<i>Basic Facts</i>).....	51
1.4.7 Principio de economía procesal. La necesidad de desarrollo en un plazo razonable.....	53
1.4.8 Principio de eficacia vinculatoria de los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación.....	55
1.5. Análisis de cara al Derecho Comparado.....	55
1.6. Conclusiones parciales.....	72
CAPÍTULO II. La articulación del modelo de mediación en el sistema de justicia penal en Cuba y su posible aplicación en los conflictos penales suscitados en el ámbito de los delitos perseguibles a instancia de parte.....	75
2.1 La acción penal en los delitos perseguibles a instancia de parte. Espacio operativo idóneo para la posible articulación de la mediación como alternativa al Sistema de Justicia Penal en Cuba.....	75

2.2 Necesidad de un marco objetivo para la implementación de la mediación penal como propuesta de solución a los conflictos generados en la esfera de los delitos privados en Cuba.....	89
CONCLUSIONES.....	101
RECOMENDACIONES.....	103
BIBLIOGRAFIA.....	104
ANEXOS.....	107

INTRODUCCION

El empleo de formas alternativas para la solución de conflictos en la actualidad ha despertado lo que se pudiera definir como un movimiento en el mundo contemporáneo, donde muchos se entusiasman con la aplicación dichos métodos alternativos de justicia no convencional considerando sus múltiples virtudes y otros, con mayor escepticismo, cuestionan la eficacia de estos mecanismos de control social y se inquietan ante la eventual posibilidad de que su utilización se convierta en una práctica común, desprovista de toda seguridad en su efectividad, pero lo cierto es que, los métodos no adversariales para la resolución de conflictos han cobrado paulatinamente un mayor protagonismo en el ámbito de las relaciones sociales, hasta ahora asumido con exclusividad por los mecanismos de justicia tradicional, que limitaban el desarrollo de la llamada negociación facilitada¹ en la búsqueda de soluciones a los conflictos originados en el seno de la sociedad.

Los métodos de resolución alternativa de conflictos constituyen una forma de regresar a conceptos de diferentes disciplinas e interdisciplinas que se han venido desarrollando en los años precedentes, como aquellos relacionados con la autodeterminación y usos participativos en la toma de decisiones, que se extienden a casi todos los ámbitos del Derecho y de la Administración de Justicia, en sus múltiples formas, tanto en espacios formales como informales.

En los momentos actuales, donde el fenómeno de la criminalidad ha experimentado un incremento inusitado y amenaza con extenderse a nuevos escenarios sociales, se acrecienta la necesidad de buscar nuevas formas de confrontación ante este flagelo social distintas de aquellas tradicionalmente empleadas, pues la practica ha demostrado que no resulta efectivo asumir un enfrentamiento eficaz contra la delincuencia mediante la utilización exclusiva de los medios convencionales de justicia tradicional, cuando existen a la mano

¹ Vid. CASTANEDO ABAY, Armando, *Mediación para la Gestión y Solución de Conflictos*. Ediciones ONBC, La Habana, 2009, p.1.

respuestas legales, institucionales y sociales, que de adoptarse, en un primer momento podrían operar como medios de contención del delito, para posteriormente, a mediano plazo, funcionar como instrumentos eficaces de reversión del fenómeno criminal.

Dentro de las corrientes más progresistas del denominado Derecho Penal Mínimo², cobran protagonismo tres vertientes interesantes, la primera, sostenida por aquellos que contestan la misma institución de la justicia penal en la sociedad y le reprochan mantener el orden social establecido, bajo el fundamento de que la injusticia derivada de su propio sistema social y económico, es la fuente misma o la causa principal que genera el fenómeno delincencial³, la segunda, defendida por exponentes menos radicales, constatan la ineficacia de las medidas represivas en vigor que no logran detener ni suprimir la criminalidad y la delincuencia, colocan en cuarentena el sistema de penalización de infracciones y aspiran a un Derecho Penal renovado, que disponga de medios adaptados a las diferentes categorías de delincuentes para facilitar su enmienda y posible reinserción en la sociedad, y la última, afianzada por aquellos identificados con la noción de conciencia social como fundamento consustancial al Derecho e impresionados por las reivindicaciones individualistas de un cierto número de ciudadanos, justifican el mantenimiento de disposiciones penales mientras estas no sean sentidas como defectuosas por la conciencia social .

² FERRAJOLI concluyó que el "Derecho penal mínimo quiere decir dos cosas. Ante todo, significa la defensa intransigente de las garantías penales y procesales como límites a la potestad punitiva, las que constituyen técnicas de minimización de la arbitrariedad judicial, y simultáneamente, fundamento de legitimación de la jurisdicción: una legitimación que debe ser tanto más fuerte e indiscutida cuanto más relevante son las funciones asumidas por el control penal y cuanto más el poder de los jueces esté destinado a entrar en conflicto con los otros poderes del estado, aunque estos se encuentren legitimados por su carácter democrático representativo. En segundo lugar, Derecho penal mínimo significa la reducción al mínimo de las circunstancias penales y su codificación general mediante la despenalización de todas aquellas conducta que no ofendan bienes fundamentales y que saturan el trabajo judicial con un dispendio inútil e inocuo de aquel recurso escaso y costoso que es la pena y tienen el triple efecto del debilitamiento general de las garantías, de la ineficacia de la maquinaria judicial y de la devaluación de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal."

³ En esta línea, para las tendencias interaccionista, si es la ley la que crea la delincuencia, entonces una manera lógica de disminuirla es reducir el campo de la Ley.

Esta importante concepción minimalista, que encuentra además entre sus principales exponentes a connotadas figuras como Ferrajoli⁴, Jescheck y Muñoz Conde, ha dejado caracterizado todo un período encaminado a limitar o restringir el ámbito de aplicación del Derecho Penal, impidiendo o reduciendo los efectos de su control e irrupción en las vidas de las personas, limitando el poder punitivo y posibilitando un incremento no solo de las medidas sustitutivas a la privativa de libertad, sino también los programas sociales y estrategias de prevención del delito y resocialización del delincuente; así como los nuevos modelos de orden social para la resolución de conflictos, con especial relevancia a las iniciativas desarrolladas mediante la mediación, dentro de cuales se inserta la justicia centrada en la reparación compensatoria o justicia restaurativa, nacida precisamente, según expone Elena Larrauri⁵, “como reacción a la deslegitimación del sistema penal, su excesiva burocratización y con la pretensión de establecer un diálogo entre víctima y victimario”, cuestión que ha permitido superar muchas de las deficiencias presentes en los esquemas punitivos tradicionales.

En medio de este contexto político criminal, se desarrolla la iniciativa de sustituir el modelo tradicional sancionatorio por un esquema que analice a determinados asuntos de corte criminoso, como una clase determinada de conflictos cuya solución esté al margen del sistema de justicia penal. En esta línea de pensamiento, la víctima adquiere una especial consideración como partícipe central del conflicto y se concede una mayor importancia a la reparación del daño como una tercera vía o tercera consecuencia jurídico penal. Se apuesta entonces por un Derecho Penal que acentúe su interés por regresar al momento anterior al delito, con la colaboración del infractor, para

⁴ Sólido defensor de esta forma de entender el Derecho Penal y muy realista en su propuesta de asumir la idea de su permanencia, pero sobre la base de intervenir lo mínimo posible para conseguir el máximo de libertad.

⁵ Vid. LARRAURI, Elena. “*Tendencias actuales de la justicia restauradora*”. Estudios de Derecho, 138. Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, junio de 2004, pp. 57-85.

garantizar que cumpla con su función de solucionar conflictos sociales de manera más acorde a su propia finalidad.

Esta política criminal, orientada hacia una visión minimalista de la intervención estatal, dejó listo el escenario para desarrollo de los medios alternativos para la resolución de conflictos, como una fórmula no convencional contrapuesta al litigio judicial y a la vez, un novedoso mecanismo para el enfrentamiento a conductas de escasa relevancia penal o que afectasen bienes jurídicos individuales de reducida significación social, que si bien, desde el análisis objetivo, pudiesen estar contenidas en una norma penal, la aplicación de esta resultaría más perjudicial que disuadir a las partes en la búsqueda de una solución pacífica a su conflicto con sujeción al principio de la autonomía de la voluntad.

En este sentido expresa Francisco Ramos⁶ que, “el uso de métodos alternativos a la Jurisdicción para la solución de los conflictos no importa excluir a la Jurisdicción de sus propias funciones. Lo importante a destacar es que ellos se utilizan en sectores en los cuales rige plenamente la autonomía de la voluntad, en donde a la autonomía de las partes no corresponde superponer ningún poder del Estado”.

El respeto de la esfera autónoma del individuo, sostiene a su vez Barona⁷, debe convivir con una garantía de lo público, pero nunca como si de intereses contrapuestos se tratase. En el último tiempo se habría asistido a una hipervaloración de lo público, cercenando terreno a lo privado, cuestión que no tendría justificación dada la posible pervivencia paralela y coetánea de ambos niveles. Y esta reflexión también tendría su incidencia sobre lo judicial

Es evidente que el uso serio y mesurado de las técnicas en el proceso de resolución de los conflictos en un ambiente neutral, confiable, discreto y en el

⁶ RAMOS, FRANCISCO. “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, en *Justicia* 94, Nº IV, p. 80

⁷ BARONA, S. *Solución extrajudicial de conflictos. “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 39 y ss.

cual la autonomía de la voluntad de las partes desempeñe un papel cardinal, conduce a la sociedad a poder enfrentar de manera más eficaz muchísimas dilaciones en su desarrollo, muchas veces generadas por conductas delictuosas que presuponen intromisiones ilegítimas en la esfera privada de las personas y que además, sin inmiscuirse en la sensación social de seguridad pública, se persiguen por la voluntad de la propia víctima u ofendido mediante el ejercicio directo de la acción penal ante la instancia judicial que corresponda.

Este punto de conexión entre la mediación y los delitos de acción privada, constituye en definitiva el resorte promotor que inspiró la selección del tema desarrollado en este trabajo, en el cual se pretende efectuar una valoración jurídica de las nuevas concepciones teóricas en materia de mediación penal, así como sus perspectivas actuales y su posible aplicación en la solución de los conflictos penales que se generen en el restringido marco de los delitos contra el honor, pues, de manera casi general, se entiende que este eficaz mecanismo de control social tiene una riqueza de posibilidades creativas de la que carece la intervención judicial y que además, la protección de los derechos e intereses personales de la víctima en los delitos privados resulta posible alcanzarse mediante la oportuna utilización de un procedimiento no adversarial, pacífico y cooperativo, donde se procure una conciliación extrajudicial entre el autor del ilícito penal y la parte agraviada, con la asistencia de un tercero neutral que resulta esencial para facilitar el diálogo entre las partes en la situación de contienda.

El tema seleccionado en este trabajo tiene una trascendental importancia ante los retos de la actual coyuntura internacional, donde los constantes avances y retrocesos en la tarea de consolidar una equilibrada política penal han condicionado que prevalezca una tendencia reduccionista en la aplicación del Derecho Penal, con el consecuente desarrollo de un proceso despenalizador que, sin considerarse como una manifestación del abolicionismo o de la privatización de la justicia, reserva la sanción penal únicamente para reprimir aquellas conductas socialmente lesivas a los bienes jurídicos fundamentales o donde la superación de la perturbación social no se puede alcanzar con otros medios extra penales de menor injerencia.

La función tutelar del Estado, en la protección de los derechos individuales de los ciudadanos, no se agota con la organización de un Sistema Judicial eficiente, sino que requiere ofrecer y apoyar otras formas de solución de conflictos que pueden resultar, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos y afectivos, con la debida celeridad en relación al tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto pueden impedir la recurrencia del conflicto y socialmente más valiosos, ya que posibilitan la relación futura de las partes.

En el presente trabajo investigativo se evalúa el marco teórico para la aplicación de la mediación como solución alternativa de los conflictos originados en el ámbito de los delitos privados en Cuba y la posible implementación de un procedimiento en nuestra actual legislación procesal que permita a las partes resolver sus diferencias mediante el empleo de este eficaz mecanismo y no en reglas dictaminadas de manera estandarizada o unidireccional, que siempre actúan como un medio de acentuar el imperio de la voluntad estatal sobre la voluntad individual.

Este rumbo hacia un proceso sin litigio permite sugerir la conveniencia de instaurar un cauce novedoso y necesario para la solución de eventuales desencuentros entre los miembros de la sociedad. No se trata de que "todos" sepan que el conflicto existe, como ocurre en el principio de publicidad que consagra el derecho procesal tendiente a elevar el dicho de la "justicia de cara al pueblo"; sino de ofrecer confidencia y reserva, para obtener en la intimidad necesaria un hallazgo común de coincidencias que permita a las partes ser los protagonistas de su conflicto y resolverlo conforme a sus propios intereses.

Esta investigación permitirá sistematizar la mayor información posible que existe en lo concerniente al tema, lo cual presupone un aporte significativo en la búsqueda de convenientes vías para abordar jurídicamente el asunto y la posibilidad de asumir la mediación como una variante alternativa del proceso judicial en aquellos delitos perseguibles a instancia de parte, donde la acción

penal se inicia precisamente mediante querrela promovida por el agraviado con la asistencia o representación letrada de un abogado.

Estas proyecciones teóricas conducen al planteamiento del siguiente problema científico: ¿Cómo se puede garantizar a la víctima, en los delitos perseguibles a instancia de parte, una adecuada protección de sus derechos e intereses personales sin intervención del Derecho Penal Sancionador?

En aras de ofrecer una posible respuesta a este problema científico y cumplir además con los objetivos propuestos en el trabajo, se ha formulado la siguiente hipótesis: La aplicación de un procedimiento de negociación facilitada en los delitos perseguibles a instancia de parte, es capaz de tutelar eficazmente los derechos e intereses legítimos de la víctima.

El objetivo general de esta investigación es fundamentar la necesidad de creación de un marco teórico para la implementación en nuestro país de la mediación, como modelo alternativo de justicia ante la comisión de delitos perseguibles a instancia de parte.

A tales efectos se proponen los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar los fundamentos históricos, teóricos y conceptuales de la mediación como forma alternativa de resolución de conflictos penales.
2. Fundamentar jurídicamente la posible articulación de la mediación penal, como alternativa complementaria al procedimiento regulado para el ejercicio de la acción en los delitos perseguibles a instancia de parte, dentro de la actual legislación procesal penal.

Este trabajo se ha realizado siguiendo el método histórico-jurídico, para caracterizar la mediación como modelo alternativo de resolución de conflictos sociales, mediante el análisis de sus antecedentes históricos, principales características y particularidades en sentido general, el método jurídico-doctrinal, empleado en la conceptualización de las diferentes categorías e instituciones jurídicas relacionadas con la mediación que resultaron abordadas

durante el desarrollo de la investigación, así como el método jurídico-comparado que nos permitió realizar un estudio comparativo de la mediación penal, a través de los distintos países que la han instrumentado en sus legislaciones internas, lo cual constituyen referentes idóneos para evaluar la factibilidad de su implementación en la legislación nacional, y por último el método exegético-analítico, utilizado para situar los hechos en su contexto y evolución histórica, destacando el análisis de los principales documentos normativos y doctrinales que abordan todo lo concerniente a esta institución jurídica.

Entre las técnicas utilizadas estuvo el análisis de documentos que en su calidad de técnica metodológica puede ser utilizado de diversas formas y nos permitió, en este caso, recopilar documentos y de ellos extraer las informaciones necesarias para llevar a cabo la investigación, analizando las obras más actualizadas de los autores más reconocidos en el tema, para poder incorporar al trabajo nuestra valoración de los aspectos más novedosos relativos al tema de la mediación.

Se analizaron también documentos de carácter normativos, que son aquellos donde se regulan comportamientos y reconocen los derechos y obligaciones jurídicas para todos en general. Respecto a este particular, se realizó una valoración de los principales cuerpos normativos foráneos que regulan el tema de la mediación penal y su importancia de cara a los conflictos generados en el seno de la sociedad.

Otra de las técnicas empleada resultó la entrevista semiestructurada en la que interviene fundamentalmente el entrevistado, brindando información útil sobre el tema, asociando ideas y recordando sucesos, lo que aportó significativamente a nuestra indagación.

Para ello se elaboró un guión que se adjunta, con las cuestiones que más significativas relativas al tema de la mediación y su posible instrumentación como método alternativo para la solución de los conflictos penales generados en el ámbito de los delitos perseguibles a instancia de parte, lo cual permitió

ofrecer un espectro más amplio de iniciativa a las personas entrevistadas, refiriéndose a aspectos no previstos en la investigación pero que contribuyeron al enriquecimiento de este trabajo.

Las entrevistas se realizaron específicamente a miembros de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en la Provincia de Pinar del Río, que se desempeñan como abogados y cuentan con una reconocida experiencia en el ejercicio de la profesión, con especial interés a aquellos penalistas con sólidos conocimientos teóricos en materia de litigación penal, capaces de tributar información específica acerca de las cuestiones relacionadas con el tema que se aborda.

Asimismo se utilizó también la técnica de interpretación jurídica, mediante la cual se pudo realizar un análisis objetivo de las instituciones jurídicas relacionadas con el tema de la mediación y además un estudio de factibilidad dirigido a evaluar su asimilación en el ordenamiento jurídico cubano valorando sus posibilidades futuras de implementación.

En un primer momento, dentro de cronograma previsto para el desarrollo de este trabajo, se realizó un detallado estudio bibliográfico para profundizar en las principales teorías y posiciones doctrinales existentes a nivel internacional en cuanto al tema de la mediación penal, así como la evolución histórica de este interesante mecanismo de resolución de conflictos, cuyos resultados son el reflejo del marco doctrinal e histórico desarrollado en el Capítulo I del presente trabajo.

Seguidamente se realizó un estudio normativo comparado de las diferentes legislaciones foráneas que regulan lo concerniente al proceso de mediación, con la finalidad de encontrar los elementos básicos que identifican esta institución jurídica y sus posibles puntos de conexión con otras instituciones de similar naturaleza.

La utilidad de la investigación está dada en el hecho de sistematizar la teoría existente sobre un tema tan novedoso para nosotros como resulta la mediación

penal, además de ofrecer una concepción teórica que permita incorporar este universal método de justicia no convencional en un esquema jurídico susceptible de ser asimilado en nuestra legislación nacional y consecuentemente sea capaz de aportar los resultados que a continuación:

1. Análisis de los modelos y concepciones teórico doctrinales que se han desarrollado en relación a la mediación penal, lo cual podrá ser utilizado como material de consulta para futuros trabajos investigativos que aborden el tema.
2. Definiciones teóricas, conceptuales y normativas acerca de la mediación penal, que sirvan de base para el análisis integral de esta institución jurídica y permitan además establecer diferencias con otras instituciones jurídicas de similar naturaleza.
3. Presupuestos teóricos y doctrinales susceptibles de ser valorados por los órganos u organismos con potestad legislativa en nuestro país, así como por los propios operadores del derecho, con la finalidad de lograr una tutela eficaz sobre los derechos individuales de las personas víctimas de delitos privados, que este en correspondencia con el principio de legalidad socialista cuyo fin es satisfacer la noción de justicia popular, a través de la participación de la comunidad en la formación y la aplicación de las leyes.
4. Propuestas teóricas para sugerir la conveniencia de instrumentar la mediación como opción alternativa al proceso penal, que permita a la víctima someterse a un proceso conciliatorio con el victimario sin la necesidad de interesar la intervención judicial.

Este trabajo de investigación se estructura en dos capítulos, los cuales han quedado organizados de la siguiente forma:

El Capítulo I se titula: Fundamentos históricos, teóricos y conceptuales de la mediación como método alternativo en la solución de conflictos. En el mismo se realiza un recorrido histórico de esta institución jurídica, comenzando por su origen y evolución, definición, principales características y naturaleza jurídica,

principios procesales aplicables a la mediación penal, así como además se efectúa un análisis de la institución a la luz del Derecho Comparado, con especial referencia a legislaciones de algunos países de América Latina, Estados Unidos, Canadá y otros miembros de la Comunidad Europea, culminando el capítulo con las correspondientes conclusiones parciales.

El Capítulo II se titula: La articulación del modelo de mediación en el sistema de justicia penal en Cuba y su posible aplicación en los conflictos penales suscitados en el ámbito de los delitos perseguibles a instancia de parte. Aborda en un primer epígrafe el tema relacionado con la acción penal en los delitos perseguibles a instancia de parte, como espacio operativo idóneo para la posible implementación de la mediación en el esquema de justicia penal en Cuba, así como un segundo epígrafe donde se realiza una evaluación desde el derecho positivo cubano, del marco teórico necesario para la instrumentación de la mediación como metodología alternativa en la solución de aquellos conflictos penales originados por la comisión de los delitos contra el honor.

La investigación cuenta además con Conclusiones, Recomendaciones y los correspondientes Anexos.

Capítulo I. Fundamentos históricos, teóricos y conceptuales de la mediación penal como método alternativo en la solución de conflictos.

1.1 Origen y evolución histórica de la mediación penal como método alternativo de resolución de conflictos. 1.2. Concepto, características y naturaleza jurídica de la mediación. 1.3. Diferencias con otras instituciones jurídicas afines. 1.4. Principios básicos que sustentan la mediación penal como proceso. 1.4.1 Principio de igualdad. La “igualdad de armas” como igualdad moral. 1.4.2 Principio de imparcialidad. 1.4.3 Principio de independencia entre los mediadores y la autoridad judicial que realiza el envío o la apertura del proceso de mediación. 1.4.4 El derecho de las partes a la información. 1.4.5 El derecho de las partes a la defensa técnica. 1.4.6 Principio de presunción de inocencia. El reconocimiento de los hechos básicos (Basic Facts). 1.4.7 Principio de economía procesal. La necesidad de desarrollo en un plazo razonable. 1.4.8 Principio de eficacia vinculatoria de los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación. 1.5. Análisis de cara al Derecho Comparado. 1.6. Conclusiones parciales.

1.1. Origen y evolución histórica de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos.

Los orígenes de la mediación como mecanismo de gestión de conflictos con la participación de un tercero neutral los encontramos en la cultura oriental, específicamente en países como China y Japón. En estos países la mediación ha sido utilizada desde la antigüedad, pues la religión y la filosofía asignaban mucha importancia al consenso social, a la persuasión moral y a la obtención de un equilibrio o armonía en las relaciones humanas. En Japón, el líder de la aldea mediaba entre quienes tenían problemas interpersonales, como forma de asegurar la unidad de los miembros y la supervivencia de sus tradiciones.

En otras regiones del mundo, desde tiempos muy remotos, este método también era utilizado para resolver determinados conflictos sociales, esencialmente aquellos generados por causas criminales de pequeña envergadura. Durante siglos, los grupos éticos y religiosos, así como también las subculturas, han establecido sus propios sistemas alternativos para

resolución de desavenencias siempre ante la necesidad común de resolver sus conflictos sin la intervención de una autoridad externa.

La mediación ha sido altamente valorada por su incidencia en el consenso, la persuasión moral y el mantenimiento de la armonía en las relaciones humanas. La *Biblia*, por ejemplo, señala a Cristo como el mediador entre la especie humana y su Dios⁸. Por su parte en el Nuevo Testamento se hace referencia a que la mediación es congruente con los valores bíblicos del perdón, la reconciliación y la comunidad. "Benditos los pacificadores porque ellos serán llamados hijos de Dios", decía Mateo.

En el Renacimiento, la Iglesia Católica mediante el clero asumió el rol mediador en las controversias generadas en el ámbito familiar, los conflictos penales y las diferencias diplomáticas entre miembros de la nobleza y en épocas más recientes creó el Servicio Cristiano de Conciliación, a través del cual se puso en práctica diversos proyectos pilotos para capacitar y proporcionar mediadores eclesiásticos para la resolución de desavenencias personales siempre tendiendo todos ellos a evitar el litigio y el enfrentamiento.

Estudios más recientes han demostrado que en la cultura de los aborígenes de Australia, África, China, Fiji, Japón, los indígenas maoríes, los indios de América del Norte, Samoa y Tonga, las víctimas, las familias y los miembros de la comunidad se consideraban partícipes necesarios del proceso al momento de imponer sanciones. Los sistemas de justicia indígenas y los no occidentales utilizan un proceso de decisiones por consenso que incorpora a todas las partes directamente afectadas por el delito, así como a la comunidad en su conjunto. Este proceso incluyente busca la reconciliación y soluciones mutuamente aceptables en vez de la segregación del delincuente y la imposición de dolor. De esta forma la justicia no se mide por la asignación de culpa sino por considerar y remediar las causas subyacentes del delito. El

⁸ CASTANEDO ABAY, Armando, *Mediación para la Gestión y Solución de Conflictos*. Ediciones ONBC, La Habana, 2009, p.5.

objetivo fundamental es reparar la ruptura en las relaciones sociales y así restaurar la armonía en la comunidad. El proceso cumple este objetivo censurando el delito y no el delincuente, dándole a éste la oportunidad de expresar un remordimiento sincero y la disposición de reparar el daño, y de que se acepten sus disculpas y subsecuentes reparaciones

En el continente africano se utilizaban las *asambleas* o *juntas de vecindarios* como una especie de tribunales legos convocados por los vecinos y formados por personalidades respetadas en la comunidad, quienes buscan la solución sin un juez o árbitro y sin el uso de la coerción. En la India se utiliza el *panchayats* en virtud del cual cinco ilustres personas de la comunidad deciden sus pleitos o conflictos con base al sentido común y la tradición, así como la distribución de la razón entre las personas, constituyendo por su naturaleza un mecanismo tradicional de solución de conflictos.

Existen antecedentes de metodologías de justicia participativa en el campo del desarrollo comunitario⁹ que resultan particularmente interesantes en nuestro proyecto de desarrollo jurídico, pues se trata precisamente de antecedentes provenientes de Iberoamérica. De hecho, estudios de fondo de la realidad latina, permiten concretizar maneras hispanas intuitivas, tradicionales, históricas, e incluso institucionalizadas de regular el conflicto, de manera participativa, popular, no burocrática y pronta. Es importante propiciar un acercamiento a estas experiencias latinas para aprovechar este bagaje cultural en el enriquecimiento de la temática que se aborda en este trabajo.

En el Perú, durante los años setenta, se crearon las llamadas "rondas" campesinas, que consistían en formas espontáneas de auto-organización para proteger a la comunidad de robos y abigeatos que habían proliferado. También en este país existen los llamados jueces de paz, integrados por residentes de

⁹ ALCONADA, Julio M.F. *Resolución de Conflictos y Mediación Penal*. Tomado del sitio <http://www.carlosparma.com.ar/alconada.htm>, en fecha 27/06/04, p.14.

verificada moralidad y respeto dentro de la comunidad que ayudan a las partes a resolver sus controversias habituales. De tal forma, las comunidades indígenas hacen uso de sus propias tradiciones y cultura para encontrar modos de ejercer una justicia comunitaria.

Algo muy similar sucedió en las favelas de Río de Janeiro, donde las comunidades no recurrían ni a la policía, ni a los jueces para solucionar sus conflictos puesto que, como vivían en barrios ilegales, desconfiaban de estas instancias oficiales, siendo que tales conflictos eran mediados por las asociaciones de vecinos que se habían creado para organizar la lucha de los pobladores.

En Colombia también se constata la existencia de mecanismos comunitarios informales de resolución de conflictos. En Choco, por ejemplo, existen algunos órganos de mediación comunitaria llamados los "mayoritarios". Estos últimos constituyen una forma ancestral que asigna a ciertas autoridades familiares la función de resolver las disputas cotidianas que se suscitaban dentro del conglomerado social.

Aunque la difusión de estos mecanismos es escasa, en diversidad de comunidades tercermundistas, existen múltiples mecanismos de similar naturaleza con los matices locales del caso. Se presenta entonces una variante de origen localista respecto a la mediación. En este sentido, no puede dejarse de mencionar a las cooperativas, formas de organización de base bien diseminadas por toda Iberoamérica. En las mismas sus miembros, generalmente campesinos, interpretan el mundo desde una perspectiva colectiva y, por ende, resuelven sus intereses y disputas dentro del contexto comunitario. Esta es otra de las vías de resolver conflictos desde las estructuras organizativas comunitarias, sin acudir a otros mecanismos globales de mayor injerencia.

Ejemplos más recientes se encuentran en Chile a mediados de la década de los ochenta, como alternativa a depender de la inexistente asistencia del

gobierno de Pinochet. Esta rica tradición cultural de autogestión e iniciativa comunitaria es de primordial importancia para las prácticas de justicia participativa y constituye un antecedente de valor significativo en el campo de la negociación facilitada.

En materia jurídica son múltiples los antecedentes de justicia participativa. En Valencia, España, desde el siglo XIII existen los Tribunales de Aguas. Los mismos, son tribunales popularmente elegidos por los campesinos para resolver problemas referentes a la repartición equitativa del agua en la comunidad. De tal forma los campesinos de Valencia durante siglos han podido regular sus conflictos recurriendo a un tribunal arbitral, formado por personas respetadas de su propia clase y contexto socio cultural. Así se visualiza una variante cultural e identificativa de la mediación penal.

A su vez constituye un ejemplo el proceso jurídico en Oaxaca, México, realizado por el pueblo zapoteco en Ralúa. El mismo es una conjunción original de tradiciones indígenas y castellanas, que cuenta con una naturaleza popular y democrática, y cuyos matices se asemejan a un proceso de negociación. Por otro lado, cabe mencionar que, si bien los jueces de paz no están aun incorporados al ordenamiento jurídico, la eventual legitimación legal de dichas figuras se encuentra sobre el tapete en varios países.

También en México, en el mes de junio de 1993, fue creada la Fundación CENAVID, como respuesta a la preocupación que representaba para los más desprotegidos de la sociedad: los niños y las mujeres víctimas de delitos tales como, violencia física, moral o sexual.

En el caso puntual del Centro de Atención para Víctimas del Delito (CENAVID), que es una sociedad civil conformada en una Organización No Gubernamental (ONG), sin fines de lucro, tendencia políticas, ni creencias religiosas específicas, que brinda atención en consulta externa a víctimas de violencia sexual, maltrato dentro del hogar y abuso de menores. Cuenta con talleres de auto-ayuda y capacitación para todos los interesados en el tema, como

asimismo, se han desarrollado proyectos de investigación con la información recabada a través de cinco años de servicio.

En 1995, se inició una investigación muy profunda sobre RESOLUCIONES ALTERNATIVAS DE DISPUTAS (Jalisco, México), y a partir de allí, se elaboró un proyecto que fue presentado ante la Agencia de Desarrollo Internacional de los Estados Unidos de Norteamérica (USAID), en el cual se propuso desarrollar la cultura de la MEDIACIÓN en la sociedad civil del Estado, el cual culminó en el mes de Septiembre de 1997, con la suscripción de un convenio de colaboración en el cual USAID canalizó una partida presupuestaria para la apertura del primer “CENTRO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”, en Jalisco, siendo pioneros en la implantación de las resoluciones alternativas de controversias en México.

Tal es la polémica respecto a los jueces de paz, que el artículo 247 de la Constitución colombiana establece que la ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular. Aunque en este caso, el juez de paz actúa propiamente como juez y no como mediador, las características de equidad, es decir, fallar con base en leal saber y entender y de selección democrática mutuamente aceptable de quien ejerce la autoridad es totalmente coherente con la filosofía de la mediación.

En el continente americano tanto Colombia, Argentina como Estados Unidos de América cuentan actualmente con bases judiciales que avalan el desarrollo y la práctica de técnicas alternativas de resolución de conflictos. De igual forma, en Europa, los países escandinavos vienen desarrollando estos mecanismos desde los años setenta. En Noruega, por ejemplo, se utiliza la mediación para tratar casos de faltas y contravenciones, y ha resultado una herramienta eficaz como alternativa a los tribunales, particularmente en la prevención de delincuencia juvenil. Estos son ejemplos que evidencian las buenas prácticas de la mediación para resolver conflictos de leve envergadura.

Actualmente en Noruega las municipalidades son las instituciones encargadas de este tipo de proceso. Otros países europeos, como Holanda, por ejemplo, también tienen cierta experiencia en el desarrollo de estos mecanismos.

No obstante, la mayoría de los autores concuerdan que el desarrollo de la institución de la Mediación Penal surge en los Estados Unidos de América¹⁰, cuando se crean los Institutos de Mediación Penal. En esta nación, los primeros cuaquéros, ejercían tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desavenencias al margen del empedrado camino hacia el litigio judicial.

Sin embargo, no es hasta finales de la década de los sesenta cuando la sociedad estadounidense expresa un gran interés por las formas alternativas

¹⁰ Se puede señalar que el nacimiento concreto del movimiento a favor de la difusión de los A.D.R., coincide con la conferencia desarrollada en el año 1976 en los EE.UU., para celebrar el 70º aniversario del discurso hecho por Roscoe Pound frente a la *American Bar Association*, sobre el tema *"The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice"*. Al constatar que más de medio siglo de reformas desarrolladas, ya sea en la estructura del ordenamiento judicial, como en la disciplina del proceso, no habían influido mínimamente sobre el bajísimo índice de aceptación manifestado por los ciudadanos en relación con la administración de justicia, las varias relaciones presentadas en la conferencia formularon una serie de propuestas tendientes a sustraer de las Cortes algunas categorías de controversias y entregar a otros órganos –ajenos al aparato jurisdiccional y de naturaleza privada–, operantes de acuerdo a reglas que configuren un procedimiento flexible e informal. El motivo central de la referida conferencia era la exigencia de diversificar el procedimiento en función de la materia del contencioso, de modo de reducir el trabajo excesivo de los tribunales y de permitir que sus escasos recursos pudieran ser destinados a la definición de pocos casos, para los cuales el proceso no constituye la solución más antieconómica entre aquellas abstractamente hipotizables. En este punto, conviene destacar los estudios jurídico-sociológicos que Roscoe Pound realizó a principios del siglo XX. En el *trabajo "The Administration of Justice in the Modern City"*, publicado en *Harvard Law Review*, vol. XXVI, 1912-1913, p. 312 y ss., analiza el referido autor el cambio que significó en los EE.UU. la litigación del mundo rural, a la litigación masiva y costosa de la gran ciudad estadounidense. Entre las cosas que criticaba Pound en esa época sobre la Justicia urbana, estaba el derroche y desgaste del aparato judicial, con múltiples tribunales especiales y la rotación veloz de los jueces que laboraban en dichos tribunales. Preocupante era, a su juicio, el elevado coste económico que significaba el funcionamiento del aparato judicial, debido entre otras cosas a que los tribunales en los EE.UU. se ocupaban de demasiadas cosas, muchas de las cuales en otros países europeos eran resueltas por los departamentos legislativos o administrativos. Además, muchos conflictos que en el mundo rural estadounidense eran resueltos al interior de la familia o de la iglesia, en la gran ciudad estadounidense fueron traspasados a los tribunales de justicia

de resolución de desavenencias, o *Alternative Dispute Resolutions (ADR)*, es decir mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales.

El primer programa de mediación tuvo lugar en Columbus, Ohio, en 1969, en donde ante la gran cantidad de casos pendientes, la Fiscalía decide establecer un forum para someter a mediación los delitos mas leves, que de cualquier forma por el volumen de casos no serían debidamente tratados. El éxito de este programa condujo a que en 1977 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos crease otros centros de justicia vecinal en Atlanta Kansas City y Los Ángeles¹¹.

Hacia fines de la década del setenta en los Estados Unidos de Norteamérica, comenzó a discutirse una nueva vertiente en el tratamiento retribucionista de la pena estatal, y nació el concepto de justicia restitutiva. Esta idea giraba alrededor de considerar al delito como una ofensa a las relaciones humanas y luego en segundo lugar como una violación a la ley. Se reconoce que en el cuadro post-delictual existe también una oportunidad. Asigna a la víctima un rol primordial, al considerarla como uno de los protagonistas principales del proceso, en vistas a tener en consideración la reparación de los perjuicios, el reestablecimiento de las relaciones y el daño concreto de la agresión. En palabras de los autores invocados, la justicia restitutiva: “se relaciona con la noción de componer entuertos, de desagrar relaciones o rehacer situaciones como mejor se pueda luego del perjuicio o la acción contraria al bienestar”.

Naturalmente este concepto nos remite a retrotraer el estado de cosas al momento anterior al delito. De tal manera que no se puede soslayar el rol principal que la víctima ocupa en este sistema. Su voluntad colaborativa es vital en este proceso, tanto desde que acepte una reparación o reemplazo de lo dañado como en la posibilidad de perdón al ofensor. No se puede olvidar que el

¹¹BAKKER M. W *“Repairing the breach”*, cit. en NCL Rev. 72, 1994, págs. 1485 y ss.

fin último del derecho es la paz social. De allí que habría que incluir en el discurso a “la conciliación” víctima-victimario.

De forma general se sostiene que la mediación penal, aunque tiene sus orígenes o antecedentes más remotos en los países asiáticos, se configura como mecanismo para la solución de conflictos en los Estados Unidos de América, país donde se advierten los primeros indicios de esta institución como una forma de expresar la necesidad humana de resolver conflictos sin acudir a la vía de los tribunales de justicia. Se ha instituido indistintamente, en las diferentes regiones del mundo, unas veces como parte de la justicia comunitaria, y otras, por medio de Tribunales constituidos al efecto, o jueces de paz que han intentado mediar para resolver los litigios.

Existe un grupo considerable de países que aboga por el reconocimiento de la mediación penal como institución jurídica, toda vez que las experiencias derivadas del proceso de implementación han arrojado resultados satisfactorios. Incluso, otros sistemas jurídicos han optado por refrendar con rango constitucional la mediación, como el caso de, la Carta Magna Ecuatoriana y en la República Bolivariana de Venezuela, por la trascendencia de dicha institución a la solución alternativa de conflictos. A ello se suman los mecanismos posteriores de institucionalización de la mediación, como son los Centros de Mediación Penal, cuya regulación consta tanto en los Códigos Procesales Penales como en las leyes penales sustantivas y reglamentos.

Los programas de justicia restaurativa han surgido también paulatinamente en varias naciones occidentales, incluyendo conferencias de grupos familiares en Australia y Nueva Zelandia, reconciliación entre víctimas y delincuentes en Europa y América del Norte y círculos de sentencia en Canadá. Incluso se han adoptado proyectos adultos en comunidades apartadas de Estados Unidos, tales como la remisión condicional reparadora en Vermont y la mediación entre víctima y delincuente en Minnesota (Bazemore & Griffiths, 1997). Sin embargo, a pesar de su linaje histórico, fue hace poco tiempo que surgió la justicia restaurativa como opción viable en las sociedades occidentales

contemporáneas. Como resultado, la mayor parte de los esquemas restaurativos para delincuentes adultos “son de pequeña escala, con menos de treinta años de existencia, y operan ya sea como un complemento del sistema formal de justicia penal o a la par del mismo” (*Ministry of Justice, 1996*).

En respuesta a las deficiencias percibidas en los modelos tradicionales de la delincuencia juvenil, una nueva visión de esta situación ha surgido de investigaciones teóricas, de estudios etnográficos de culturas no occidentales, y de la tenacidad de juristas y profesionales dedicados. Este enfoque, arraigado en el movimiento de justicia restaurativa, busca la participación, el diálogo y la restitución de las relaciones sociales dañadas por la delincuencia juvenil, incorporando así los objetivos restaurativos ampliamente ignorados por los enfoques tradicionales a la delincuencia juvenil.

El modelo restaurativo de justicia juvenil se ilustra mejor por su forma más concreta y celebrada en la Conferencia de Grupo Familiar (CGF) de Nueva Zelanda, que constituye el núcleo de un elemento revolucionario de legislación, la Ley de Niños, Personas Jóvenes y Sus Familias de 1989. Este estatuto provee esencialmente tres vías para tratar a un menor una vez descubierto su delito. Primero, el policía puede emitir una advertencia al joven o usar alguna otra forma de estrategia diversionista no formal, que consiste típicamente en una advertencia inmediata en la calle o en presencia de los padres del joven. El policía puede también exigir una disculpa a la víctima o algún tipo de servicio comunitario. Según un estudio, casi las tres cuartas partes de todos los delincuentes juveniles reciben una advertencia o una maniobra policial diversionista.

Se aplica una segunda opción cuando las fuerzas del orden público expresan la intención de acusar al menor por su delito pero, tras consultar con un coordinador de justicia juvenil, decide convocar una conferencia de grupo familiar en vez de levantar una acusación formal. La última vía se utiliza cuando la policía está satisfecha de que se han cumplido los requisitos del arresto y el joven ha sido, de hecho, arrestado. El delincuente será llevado ante un juez del tribunal de menores y, si no se retira la acusación, se realizará una conferencia

de grupo familiar. De modo que con excepción de una advertencia o acción diversionista informal de la policía, una absolución en la vista oral, o de acusaciones por ciertos crímenes graves como asesinato y homicidio, la conferencia de grupo familiar es la vía establecida para tratar la delincuencia juvenil.

En resumen todos los historiadores concuerdan que, sin distinguir en que región o civilización se utilizó por primera vez la mediación como método de resolución de conflictos de naturaleza criminal, lo cierto es que la mediación penal se desarrolla como institución en los Estados Unidos de América, donde florece y se consolida como mecanismo de justicia coexistencial en la forma que actualmente se describe, pero con cambios sustanciales en su fisonomía ancestral. Esto representó una nueva forma de mirar la justicia donde en sus orígenes fue entendida como conciliación antes que como la idea de un proceso¹², hasta que las nuevas concepciones surgidas con el devenir histórico la apartaron del clásico emparentamiento con la conciliación, para lograr un prestigio institucional que repercute en numerosas legislaciones donde se pretende ingresar en su modismo resolutivo.

1.2. Concepto, características y naturaleza jurídica de la mediación.

Por “mediación” puede entenderse, en general, la participación en una disputa entre dos partes de una tercera persona neutral, o, más en concreto, "un método alternativo de resolución de conflictos, no adversarial, en el cual, un tercero, ajeno al problema, procura el acercamiento entre las partes facilitando

¹² En otros casos, se señala que los métodos alternativos a la Jurisdicción, lo que más tienen de alternativos a la Jurisdicción, es la diversa relación cooperativista que se instaura entre los actores del conflicto, por lo tanto, una legitimación diversa de la estructura resolutiva, construida ahora sobre la dimensión pactista y convencional, que Eligio Restá denominated como Justicia de proximidad y, sobre todo, inspirada en una filosofía diversa que denomina como restaurativa, que implica modelos de composición y gestión del conflicto decididos menos autoritariamente

su comunicación, para que, en forma cooperativa, arriben a un acuerdo que las satisfaga".

Tal como se define la mediación entonces, en el ámbito penal, esta no es más que la búsqueda, con la intervención de un tercero, de una solución libremente negociada entre los intervinientes en un conflicto surgido a partir de una infracción penal.

Este concepto de mediación se corresponde con la definición más común dada a esta institución que además integra todo tipo de mediación, ya tenga su origen en la iniciativa de las partes, en la sugerencia u orden del órgano jurisdiccional o en disposición preceptiva de la ley.

De la anterior definición se colige que la intervención de un tercero ajeno al problema es un elemento esencial del concepto de mediación. La figura del mediador aparece desde tiempos remotos ligada a funciones de dirección de la comunidad (política o religiosa), alcanzando una cierta autonomía últimamente con la institucionalización de los mediadores en países como Canadá, Estados Unidos, Alemania o Francia.

La mediación se encuentra claramente incluida entre los medios autocompositivos de solución de controversias jurídicas¹³, si bien se caracteriza, como quedó expuesto en el párrafo precedente, por la intervención de un tercero que la dota de singularidad frente a la conciliación. El rasgo esencial de la mediación es la intervención del tercero mediador, cuyas funciones han de quedar perfectamente definidas, si se quiere evitar la confusión con otras instituciones afines y obtener el éxito de la mediación misma.

Así, pues, esta característica de la mediación atiende a su aspecto subjetivo. Es consustancial a ella la existencia de un tercero al que corresponde mediar

¹³ En la autocomposición son las propias partes las que ponen fin al conflicto intersubjetivo de intereses a través del acuerdo de voluntades o del voluntario sacrificio o resignación de una de ellas.

en el conflicto para crear un ámbito propicio al acuerdo, proponiendo incluso hipotéticas soluciones. Tan importante es la labor del mediador que la institución que se estudia toma su denominación precisamente de la tarea o función que se confía al tercero: mediación. No puede haber propiamente mediación si no hay intervención de un tercero que desarrolle esa función. Si se alcanza un acuerdo *inter partes*, sin intervención del tercero, podrá hablarse de conciliación, o emplearse otro término, pero en ningún caso habrá mediación¹⁴.

Así, pues, el resultado (acuerdo entre las partes) viene caracterizado por la actividad desplegada por el tercero para alcanzarlo (mediación). De esta manera, en torno a la figura y funciones del mediador ha de gravitar la mayor parte del régimen jurídico de la mediación.

Su intervención en el conflicto es indirecta, no puede participar con su opinión en la búsqueda de los acuerdos, pues sería otorgarle un poder que pugna con la función que le es propia, la de restaurar el diálogo entre los propios interesados¹⁹. Tampoco es un asesor del juez ni un perito, pues si se le dota de la capacidad de informar al juez de los pormenores de las conversaciones y de la pugna subyacente, la comunicación que debe propiciar entre las partes no sería sincera. Tampoco puede ser un fedatario, ya que su actuación está sujeta a la regla de la más estricta confidencialidad.

En su actuación el mediador debe abstenerse incluso de participar en la redacción de los acuerdos en el sentido legal, que es el papel que corresponde a los abogados. No es ni siquiera un testigo, debe permanecer como extranjero, desarmado en medio de los contendientes, como aconseja Yves Cumunel en su trabajo "*À chacun son rôle en médiation judiciaire*".

Según José Landete Casas, tres son las notas significativas que caracterizan a dicho mediador en todas las instituciones a las que se ha hecho referencia:

¹⁴ Con criterios distintos, L. R. Rivera Rivera: El contrato de transacción. Sus efectos en situaciones de solidaridad, San Juan de Puerto Rico, 1998, págs. 19-20.

a) Tercería, es decir, no confusión con ninguna de las partes involucradas en la situación de contienda.

b) Ajenidad al problema que enfrenta a los particulares. Ello implica que el mediador sea neutral, lo que constituye cuestión distinta a ser imparcial. La distinción entre imparcialidad y neutralidad que hacemos en nuestro discurso es conveniente cuando se trata de temas en los que los sentimientos ocupan un nivel importante y en los que el tercero no intenta hallar la verdad objetiva.

El profesor Montero Aroca admite esta matización cuando distingue entre imparcialidad e imparcialidad en sentido estricto (neutralidad). Así, mientras que es evidente que un juez o mediador no puede ser parte en un conflicto (imparcialidad), las leyes lo que intentan garantizar es la actuación con objetividad del tercero en el caso concreto (neutralidad). La imparcialidad es un hecho objetivo (no confusión con las partes), mientras que la neutralidad es un hecho subjetivo (en el caso concreto, actuar con objetividad, sin favorecer especialmente a ninguna de las partes). Por ello es tan importante la neutralidad del mediador, porque su misión no va a ser la de actuar el derecho objetivo en el caso concreto, sino la de ayudar a dos o más personas a arrojar luz sobre el asunto que les enfrenta.

Para distinguir la mediación de otras figuras afines, la importancia de este significado de neutralidad es muy ilustrativa, puesto que en el proceso judicial y en el arbitraje, el tercero dirimente adopta una posición pasiva frente a la situación de las partes, ya que son sus abogados, en todo caso, los que suplen las deficiencias de sus clientes, limitándose la exigencia legal a la imparcialidad y a la igualdad de armas en el proceso, principios que tienen un alcance más limitado al ámbito puramente formal.

c) Confidencialidad en el desempeño de su misión, lo cual exige a su vez tres requisitos importantes: 1) que ninguno de los participantes en las sesiones de mediación (con independencia de la cualidad en que lo haya hecho) pueda ser requerido para que declare procesal o extraprocesalmente sobre las actuaciones y opiniones vertidas en el trámite de mediación; 2) que las actas

de las sesiones, los acuerdos estipulados o cualesquiera otros documentos que se redacten como consecuencia de la mediación, se limitarán a recoger los términos del convenio o la ausencia del mismo; y 3) que, en sus relaciones con las partes, el mediador deberá regirse siempre por dicho principio, sin "fugas de confesiones" de una a otra parte respecto de las audiencias o sesiones privadas.

Las líneas de la intervención del mediador deben partir del reconocimiento profundo de la legitimidad de todas las posiciones que puedan mantener las partes, de todas las opciones vitales ante un problema, pues únicamente así podrá intentar que cada parte comprenda el punto de vista de la otra. Para ello, el mediador debe saber escuchar, inspirar confianza, analizar la personalidad de las partes, estudiar la estructura del conflicto, para poder encontrar un nivel de comunicación viable y común, que les permita encontrar la solución por sí mismas. Por esta razón, entre las habilidades del mediador destaca la tarea de ayudar a las partes a diferenciar entre las posiciones y los intereses reales que subyacen tras ellas.

En la mediación, las partes son las protagonistas del acuerdo que pone fin a la disputa jurídica. Esto constituye también un rasgo definitorio de la mediación, que se presenta como un medio para alcanzar, como objetivo, un acuerdo de intereses por el que las partes ponen fin a una situación de enfrentamiento jurídico.

Esta característica, sin embargo, constituye un denominador común entre la mediación y la conciliación, pues ambas figuras comparten el mismo objetivo: el acuerdo pacificador del conflicto. La diferencia entre ambas radica en que es consustancial a la mediación la intervención de un tercero al que corresponde la labor de propiciar el acuerdo, mientras que, por lo general, en la conciliación no participa un tercero o, cuando interviene, su función queda limitada a garantizar las formalidades de la conciliación y los derechos de las partes. Su objetivo no es hacer posible el acuerdo, sino velar por que éste se adopte válidamente con todas las garantías.

Este razonamiento ha conducido a un importante sector de la doctrina a considerar que las características esenciales de la mediación se refieren a su objetivo y al modo en que éste se alcanza. El objetivo de la mediación es el acuerdo *inter partes* que evita o pone fin a un litigio entre ellas. Lo que singulariza ese acuerdo es que, en su consecución, participa un tercero imparcial que actúa como mediador, tratando de acercar las posturas de las partes. La labor del mediador queda limitada a esa tarea sin que en ninguna caso pueda imponer su criterio, ni siquiera forzar la voluntad de las partes para alcanzar el acuerdo. Tal como se ha dicho: «*el mediador no dispone, sino que propone*»¹⁵.

Junto a las características indicadas, se suelen señalar otras como la confidencialidad y la imparcialidad del mediador, la confianza de las partes en el mediador o la flexibilidad del procedimiento de mediación, pero como ha sido expuesto previamente, ninguna de ellas son características definitorias de la mediación como institución, por ello se alude a estas especificidades como notas características relacionadas con la figura del mediador y el modo en que se desarrolla la mediación.

El sistema de mediación se caracteriza por crear un contexto más flexible para la conducción de disputas. Tiene generalmente formalizada en varias etapas que varía según las escuelas de mediación, las cuales adscriben a diferentes fundamentaciones teóricas y crean sus propios modelos. La flexibilidad de sus métodos permite no atrapar su fisonomía en un dibujo idéntico, pues la materia sobre la que trabaje le indican las respectivas conveniencias del obrar.

Siguiendo la doctrina procesalista al respecto, la resolución de conflictos entre particulares puede venir dada por dos tipos de decisiones: a) por una decisión parcial, es decir, que dependa de la voluntad de una o de ambas partes en

¹⁵ LANDETE CASAS, J: «*Aspectos generales sobre la mediación y el mediador*», Revista Internauta de Práctica Jurídica, núm. 2, mayo-agosto, 1999 (disponible en www.uv.es/ripj/2mer.htm).

conflicto y b) por una decisión imparcial, es decir, originada por un tercero ajeno al conflicto.

A) Decisión parcial: autotutela y autocomposición

Esta toma de decisión podrá revestir dos modelos:

1. la autotutela o autodefensa, en cuya virtud una parte impone su voluntad sacrificando un bien jurídico de la contraparte. Se produce cuando una parte impone su solución a la otra, con lo que se está ante el tomarse justicia por propia mano, lo que está prohibido de modo general.

2. la autocomposición, que implica un carácter menos egoísta a la hora de decidir sobre el sacrificio de bienes jurídicos, puesto que dichos bienes pueden ser los propios del decisor o de ambos; el sacrificio es consentido, no impuesto. Esta fórmula es la ideal para la resolución de los conflictos entre particulares sobre materias que son de su entera disposición (no serviría, por tanto, cuando entrasen en juego derechos de terceros), ya que implica que "las dos partes en el conflicto ponen solución al mismo de modo pactado, sin que una se imponga a la otra y sin que se acuda a un tercero que decida coactivamente". Así, son ejemplos de fórmulas autocompositivas, el allanamiento del demandado o la transacción. Asimismo, y ocupando el grado más privilegiado y digno entre todas ellas se encuentra la mediación.

B) Decisión imparcial: heterocomposición

Esta solución puede ser adoptada mediante un contrato de las partes (arbitraje) o integrar el contenido esencial del derecho fundamental de todo ser humano a la tutela judicial efectiva (proceso con todas las garantías). La heterocomposición se basa en la existencia de un tercero, esto es, "alguien que no es ni primero (demandante, acusador) ni segundo (demandado, acusado), es decir, que no es parte, que impone su decisión".

Las desventajas que ofrece esta solución heterocompositiva provienen, precisamente, de que la respuesta viene impuesta por un tercero imparcial,

bien elegido por las partes (árbitro), bien designado por la ley (juez). Las partes quedan como meros contendientes irreconciliables, lo que implica que siempre habrá un perdedor, si no lo son ambos. Mientras que la fórmula autocompositiva supone que las partes llegan a un acuerdo sobre cómo debe ser la mejor solución del conflicto para ambas, evitando la posibilidad de que existan virtuales perdedores.

La mediación es, en definitiva, un proceso de resolución de conflictos, un cauce procedimental, un proceso de diálogo que intenta terminar con un contrato de transacción impropia y que depende en su iniciación, trámite y finalización enteramente de la voluntad de las partes en persistir en el mismo.

La relación que se plantea entre mediación y transacción, y más específicamente, transacción impropia, debe resolverse afirmando que una tiende hacia la otra. La mediación es el cauce y la transacción el fin, la mediación es el método y la transacción el objetivo.

Se justifica, en definitiva, el empleo de la mediación, como un proceso especialmente indicado cuando las dos partes que litigan han de seguir manteniendo relaciones en el futuro, dotado de una estructura formal y flexible, por el cual un tercero neutral, objetivo e imparcial, intenta que los ciudadanos enfrentados en un conflicto encuentren por sí mismos una solución razonable, satisfactoria para ambos, mediante encuentros en los que, con la ayuda del mediador, se racionalicen las causas de sus diferencias.

Frente al proceso judicial, la mediación es mucho menos rígida, en el sentido de que no existen reglas preestablecidas a las que deban someterse las partes ni en el ámbito formal o procesal, ni tampoco en cuanto al derecho material, es decir, en cuanto a la ley aplicable a la controversia, con la única excepción, como es lógico en uno y otro ámbito, de los principios constitucionales que previenen la indefensión, y de las materias de orden público.

La reflexión sobre la necesidad de modelos alternativos a la justicia penal, se inserta como un contenido más de un nuevo paradigma de análisis de las diversas relaciones cruzadas entre Estado, sociedad, ciudadanos y fenómenos de desviación social. El desarrollo de la mediación, como sistema teórico, traduce la emergencia de un nuevo modelo de regulación social, de una nueva fórmula de acción que no se limite simplemente a la gestión de los conflictos, sino que contribuya, también, a recrear espacios de comunicación y nuevos instrumentos de socialización.

La mediación responde, por tanto, a una nueva concepción de racionalidad comunicativa. El nuevo paradigma bascula sobre la reformulación del sentido y el alcance del conflicto social y una nueva atribución de roles de participación en la que el infractor merece una respuesta de reintegración y la víctima un papel protagónico en la búsqueda de soluciones que comporten, por un lado, su reparación y, por otro, restaurar las consecuencias perjudiciales del delito sobre la sociedad. Aquí radica la esencial diferencia con el modelo de respuesta judicial.

En el proceso penal la solución aparece como un mecanismo de heterocomposición en el que las partes, particularmente la víctima, juegan, con excesiva frecuencia, un rol marginal, pues son despojadas de su conflicto. En un buen número de supuestos, la decisión y su publicidad se convierten en instrumentos que refuerzan el carácter ejemplar de la sanción con la finalidad, por encima de los intereses particulares de los titulares del conflicto, de disuadir a potenciales infractores de cometer trasgresiones del orden público.

La diferente funcionalidad entre el modelo de justicia penal y el modelo de mediación como alternativa, se patentiza de forma evidente en las preconcepciones que de forma transversal empapan la actuación de los agentes llamados a la gestión de cada uno de aquéllos. El procedimiento judicial tradicional focaliza sus objetivos en la identificación de los hechos típicos que alteran el orden público, que producen atentados a los bienes jurídicos, individuales o colectivos merecedores de protección, concibiéndose la reparación como una simple indemnización, como una consecuencia periférica,

no tomando en cuenta la dimensión psicológica y social que dichas infracciones causan a la víctima y de forma más general a la propia sociedad.

La diferente lógica funcional se proyecta en que, a diferencia de la justicia penal, la mediación no tiene como objetivo primario la determinación de las responsabilidades ni la identificación de los tipos ni la graduación de la respuesta sancionatoria, sino la construcción de nuevas relaciones capaces de generar soluciones superadoras del conflicto. A diferencia de la justicia penal clásica, la mediación otorga a las partes el poder de gestionar su crisis, favoreciendo que la expresión directa de los sentimientos, el intercambio sobre las causas del conflicto intrapersonal y social permita, a la postre, fuera de estructuras formalizadas, la identificación de soluciones más equitativas.

La justicia restaurativa, para cuyo desarrollo la mediación constituye un instrumento fundamental, se presenta como una respuesta a la crisis de las finalidades tradicionales del *ius puniendi* del Estado, posibilitando el retorno de la víctima, mediante la atribución de un rol protagónico, al escenario penal.

La mediación, por tanto, se desarrolla sobre tres ejes: la deslegalización –la ley ocupa un papel menos central en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión–; la desjudicialización –la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos estatales de justicia centralizada–; la desjuridificación –el derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.

1.3. Diferencias con otras instituciones jurídicas afines.

La evolución sufrida por la mediación facilita encontrar diferencias con otras instituciones alternativas para la solución de controversias, como lo son el arbitraje, la negociación y la conciliación. La confusión entre estas técnicas o figuras genera disímiles problemas y por tanto, conviene precisar qué función tiene cada una dentro del sistema para la resolución de conflictos.

Con la conciliación se distingue de acuerdo con las modalidades como aquélla se realice. La conciliación extrajudicial tiene bastante proximidad con la mediación al estar ambas despojadas del marco litigioso que enfrentan pretensiones interesadas.

No obstante, la mediación y conciliación tienen muchos elementos comunes. En ocasiones se confunden estas metodologías, cuando se utiliza el término conciliación como resultado, y el de mediación como procedimiento. Mas en el Derecho comparado se reserva la palabra conciliación para cuando el procedimiento empleado para alcanzar un acuerdo es dirigido por un juez u otra persona del entorno del tribunal, y se denomina mediador cuando quien dirige el proceso es un tercero neutral, independiente del tribunal (aun cuando pueda estar vinculado a él).

De todos modos es suficiente ver que las actitudes son diferentes; mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir; la mediación facilita la comunicación entre las partes, no se detiene en el contenido del problema -aun cuando lo lleva en su destino- sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

En cambio, con la conciliación procesal (intraprocesal o extraprocesal) las distancias son elocuentes. Esta persigue pacificar sobre la cuestión litigiosa; su marco es el *thema decidendum* propuesto en la demanda y su contestación; hay un hábito de contienda que subsiste y pervive por sobre la eficacia posible del acto; además suele instalarse obligatoriamente (o no) como etapa del proceso, lo cual condiciona su flexibilidad y oportunidad; sin perjuicio de advertir que su eficacia depende en grado sumo de las personas que dirijan el debate.

La mediación no está en la órbita de estos condicionamientos. Parte del principio de voluntariedad para el modismo y sigue todo su curso atendiendo la manifestación de deseos liminar; el mediador no es absolutamente neutral, o al menos, lo es desde una perspectiva singular.

En esta corriente, el resultado es lo que menos interesa por estar elevado el sentido humanista del encuentro que pretende quebrar rigideces para acercar puntos de reflexión coincidentes. Por eso es correcto ver al mediador como un negociador espiritual que busca despejar la crisis elocuente entre las partes.

Del arbitraje se diferencia por las metodologías implementadas en ambas; mientras la primera respeta el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y justicia; la otra no sigue el sistema adversarial, es más, lo repudia.

El arbitraje suele ser solemne y ritualista en su armado, tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre laudo y sentencia existe grandes pareceres. También las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y eventuales alegaciones insertas antes de la emisión del laudo, demuestran la similitud con el desempeño de jueces ordinarios.

La mediación tiene un sentido más cooperativo, no existen fórmulas para su implementación, ni sacramentalismos que esterilicen su procedencia. El mediador, como antes dijimos, no busca respuestas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libre y voluntariamente concertadas que morigeren sus diferencias previas. La idea es eliminar en el enfrentamiento el pensamiento de que el otro es un adversario a derrotar; se trata de considerarlo como alguien con quien han de encontrarse coincidencias pues con él debemos continuar en relación y convivencia social.

Donde se hallan mayores diferencias es con el proceso judicial. En efecto, la litis mantiene aquella performance de lucha donde quien obtiene sentencia favorable, más que razón tiene victoria, como si el litigio fuese un campo de batalla.

El juez es un tercero imparcial e independiente, y llega a tal extremo el principio que suele confundirse con la absoluta distancia respecto al problema a sentenciar. Su pronunciamiento tiene por tanto la insípida decisión del neutral desinteresado, que mal que nos pese, porta más de ficción actuada que de

realismo jurídico, en suma, la dura constatación de que los jueces son fugitivos de la realidad.

En cambio, el mediador tiene habilidades particulares que no se relacionan necesariamente con el conocimiento jurídico. Su sabiduría es técnica, él sabe como aproximarse al conflicto, su destreza y aptitudes le facilita con gran entrenamiento alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes.

El mediador no resuelve, solamente sugiere caminos, alternativas. Tampoco asesora, ni dictamina, es únicamente un tercero que intercede entre los contradictores para ayudarlos a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Se precisa el concepto agregando que "en la mediación son las partes quienes intervienen en el proceso negociando según sus propios intereses y no delegando el control en un tercero. El proceso judicial, en cambio, es un debate entre abogados que exige conocimientos jurídicos, donde los interesados quedan excluidos y en el cual, finalmente, un tercero toma la decisión que es obligatoria para ellas. No se busca la cooperación ni la comprensión del problema por parte de otro, ya que las partes son contendientes, y el objetivo es convencer al tercero que decide de que uno solo de ellos tiene razón".

Estas singularidades adicionan un consecuente inmediato. Mientras el proceso ordinario sostiene sus decisiones en la aplicación del derecho positivo o judicial; la mediación reconoce la fuerza de voluntades comunes; es un trato de buena fe que las partes admiten como mejor camino para una síntesis final.

Finalmente, sostiene ENTELMAN, "la mediación tiene una riqueza de posibilidades creativas de la que carece la intervención judicial y arbitral. El mediador puede llevar al seno del conflicto más y mejor información. No sólo información genérica sobre la naturaleza de la relación conflictual y las consecuencias de cada una de las conductas de las partes. Puede llevar a éstas más información sobre el verdadero contenido de sus objetivos. Puede darles mayores conocimientos específicos sobre el conflicto concreto y puede, por ende, en sus diálogos independientes o conjuntos con ellas, conducir las

hacia un cambio de percepción, condición indispensable para un cambio del contenido de las pretensiones, es decir, para un cambio de objetivos que permita una resolución de naturaleza ganador-ganador"

En síntesis, las ventajas que reporta el sistema se encuentran condensadas en los puntos siguientes: a) es amistosa para las partes y utiliza un lenguaje sencillo; b) es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo tal que permite adecuarlas a las circunstancias y a las personas; c) mantiene relaciones en lugar de destruirlas; d) permite encontrar soluciones basadas en el sentido común. Si no logra un acuerdo, al menos posibilita poner de manifiesto la situación creada y la posición de la otra parte; e) produce acuerdos creativos. La mediación cambia las reglas del juego. El mediador conjuntamente con las partes trabajan para generar todas las opciones posibles para solucionar el conflicto buscando arreglos; f) las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo que dure la mediación; g) comparativamente con el proceso judicial, es reducida en sus costos; h) de igual manera, es reducida en el tiempo.

La negociación por su parte es el proceso mediante el cual las partes interesadas resuelven conflictos, acuerdan líneas de conducta, buscan ventajas individuales y/o colectivas, procuran obtener resultados que sirvan a sus intereses mutuos. Se contempla generalmente como una forma de resolución alternativa de conflictos o situaciones que impliquen acción multilateral.

Dada esta definición, uno puede ver que la negociación sucede en casi todas las áreas de la vida. En el área de la abogacía, un negociador experto sirve como defensor de una de las partes y procura generalmente obtener los resultados más favorables posibles a la misma. En este proceso el negociador procura determinar el resultado mínimo que la otra parte (o las partes) quiere aceptar, ajustando entonces sus solicitudes consecuentemente. Una negociación "acertada" en esta área se produce cuando el negociador puede obtener todos o la mayoría de los resultados que su parte desea, pero sin conducir a la parte contraria a interrumpir permanentemente las negociaciones.

Con una visión economista del proceso, en busca de la rapidez, simplicidad, menor coste, mayor eficacia de la justicia penal y por la influencia anglosajona del *plea bargaining*¹⁶, se tiende a favorecer los acuerdos entre acusación y defensa, o la conformidad del acusado con la pena y la calificación fiscal y se prevén modalidades procesales aceleradas, sin teórica disminución de las garantías como el abreviado.

Conforme al *plea bargaining*, de antemano se negocia entre la fiscalía y la defensa el reconocimiento de culpabilidad del acusado de antemano, es decir, de cierta forma se compra, a través del reconocimiento de culpabilidad, una considerable reducción de la pena que determina la fiscalía, de manera formal o informal, con el tribunal.

En resumen, a pesar de tratarse de técnicas o figuras conceptualmente afines, resultan muy diferentes metodológicamente, de manera que en el arbitraje existe un juez privado (*arbitro*), que decide externamente (*heterocomposición*) en derecho o en equidad, pero sin que las partes realicen ninguna función de racionalización ni tengan protagonismo en el proceso.

Por su parte, la negociación es un medio de evitación del pleito en el que los implicados intervienen directamente, o asistidos por sus respectivos abogados y asesores (autocomposición), pero sin que intervenga un tercero neutral, imparcial y experto en técnicas de comunicación, que es lo que distingue a la mediación de otras metodologías.

La conciliación (*heterocomposición*), sin embargo, es el intento de aproximación de posiciones que propicia el juez, con mejor voluntad que eficacia, y siempre con absoluta irregularidad, mas su fracaso histórico ha sido consecuencia de graves errores de planteamiento inicial, puesto que ni las partes pueden sincerarse ante quien después ha de juzgarlas (y, como es lógico, mostrarán ante el tribunal únicamente lo que les interese), ni el juez

¹⁶ FERNANDEZ ENTRALGO, J." *La conciliación en el proceso penal*". Impreso en LITOCOM, S. de R. L. de CV. Tegucigalpa, 2001, p. 51

puede proponer soluciones sin el riesgo de prejuzgar con ligereza, comprometiendo su función social.

La mediación se encuentra dentro de las técnicas autocomposición, pero tiene como característica fundamental que interviene un tercero que no juzga (arbitraje), ni concilia (juez o conciliador judicial), que no negocia (abogado), sino que es un experto en comunicación y su función es la de ayudar a las partes a que racionalicen el conflicto que les enfrenta, y busquen, por ellas mismas, la solución y la recomposición del sentimiento recíproco de injusticia que originó el problema.

1.4. Principios fundamentales que sustentan la mediación penal como proceso.

Como se sostiene en la introducción de este trabajo, el éxito del modelo de mediación como mecanismo de solución de conflictos no reside en su absoluta alternatividad o independencia del proceso penal-judicial, sino en su razonable integración en el sistema de justicia para favorecer fines restaurativos, reparatorios o no. Fines que le dotan de valor como mecanismo de mejora del sistema general de gestión de los conflictos penales.

La articulación reclama atender tanto a instrumentos sustantivos como procesales que posibiliten, por un lado, su funcionamiento como espacio paraprocesal autónomo y, por otro, que permitan revertir sus efectos al proceso judicial de forma compatible con las garantías y principios fundamentales.

Aun cuando los fundamentos ideológicos del modelo de justicia restaurativa permiten presentarlo como una respuesta alternativa a la justicia estatalizada, que somete al conflicto a reglas prefijadas de solución marcadas por el rigor y la estandarización, ello no supone que el proceso de mediación deba desarrollarse prescindiendo de determinadas exigencias de tipo ritual o procedimental en un sentido amplio. Toda forma de justicia, todo modelo de gestión de conflictos, reclama el respeto a un cierto grado de formalismo por razones estrictamente funcionales.

La ritualidad no debe entenderse como una reproducción del esquema jerarquizado y procedimental del modelo de justicia, sino como un instrumento al servicio, por un lado, de la comunicación y, por otro, de la obtención de los fines. Sin rito ni el proceso mediador puede desarrollarse ni los intervinientes pueden reconocer en el instrumento las notas que deben caracterizarlo como un verdadero mecanismo de solución del conflicto que puede desplazar, incluso, al siempre acechante interés del Estado en ejercitar el *ius puniendi*.

En este sentido, el preámbulo del texto Principios Básicos sobre el uso de los Programas de Justicia Restaurativa en Asuntos Penales (*Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*), aprobado en 2002 por la Comisión sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (*Commission on Crime Prevention and Criminal Justice*) de las Naciones Unidas, contiene una no matizada llamada a que en los programas de justicia restaurativa que se diseñen por cada uno de los Estados deba garantizarse de forma suficiente estándares del “justo proceso” que asisten al presunto autor del hecho delictivo y a la víctima, lo que también contempla, en esencia, el artículo 8 de la Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, cuando se refiere a la necesidad de salvaguarda de los principios fundamentales del proceso en los modelos de mediación. De acuerdo con el contenido de esta disposición, los principios esenciales aplicables a esta metodología requieren protección se exponen en los subepígrafes siguientes.

1.4.1 Principio de igualdad. La “igualdad de armas” como igualdad moral.

Dentro del catálogo de garantías debe destacarse, en primer término, aquélla que atañe al principio de igualdad de armas. Su traducción operativa en el proceso de mediación desde su tradicional rol en el proceso penal supone la necesidad de salvaguardar, que las disparidades de partida entre las partes, susceptibles de producir desequilibrios, así como las diferencias culturales, sean tomadas en consideración tanto en la decisión de envío o derivación del

conflicto hacia el proceso de mediación como en la forma de conducir o dirigir por los mediadores dicho proceso.

Dicha exigencia resulta, sin lugar a dudas, básica. La esencia del proceso restaurativo radica en su dimensión comunicacional. En la apuesta por las palabras en lugar de por las fórmulas de alegación formalizadas que caracterizan al proceso penal clásico. Pero es evidente que dicho espacio comunicacional reclama exigentes condiciones de desarrollo. Una de ellas es la necesidad de que las partes sean entendidas en sus sufrimientos o en la reivindicación de sus derechos. El mediador asume la alta responsabilidad de permitir satisfacer dicha necesidad mediante una indispensable actitud de escucha activa, debe además realizar una continua labor de reformulación y, en ocasiones, de traducción tendente a calificar los propósitos a veces explícitos, otras veces implícitos, de las partes, a resumir y delimitar los elementos de hecho que sirven de base al proceso de intercambio, a precisar las posiciones de las partes sobre cada uno de los puntos en conflicto, a identificar sus necesidades y sus prioridades en la búsqueda de una eventual solución.

El proceso comunicacional igualitario debe tomar muy en cuenta los factores de lenguaje, los niveles de competencia lingüística de cada uno de los intervinientes, evitando que el proceso de mediación se convierta en una nueva etapa del conflicto. Ello, desde luego, sin desconocer o despreciar los deseos de venganza o de represalia por parte de la persona ofendida que pueden marcar el inicio del proceso. La clave radica en metabolizar los elementos emocionales que actúan de forma inevitable como preconcepciones sobre el otro y de lo que el otro debe hacer para reparar el mal causado.

Las condiciones comunicacionales igualitarias deben permitir descubrirse, reconocerse, a las partes como iguales morales, en la expresiva fórmula dworkiniana. Para ello el respeto, la consideración en el tratamiento, la escucha, una cierta distancia escénica son condiciones indispensables. Además, el mediador debe procurar la confianza entre las partes que permita

analizar todos los aspectos que cada uno de los intervinientes considera que aparecen relacionados con el conflicto.

Lo anterior no supone que el proceso comunicacional se limite a un intercambio aséptico de información entre los partícipes sobre las razones del comportamiento dañoso, las consecuencias de éste y las posibilidades de reparación. En no pocas ocasiones, la eficacia restaurativa del proceso de mediación radicará, precisamente, en la intensidad de la dinámica emocional. En el favorecimiento de que el agresor pueda enfrentarse emocionalmente al daño causado, sintiendo compasión hacia la víctima, lo que sólo podrá producirse cuando ésta sienta, a su vez, respeto hacia el victimario.

Las condiciones “igualitarias” pueden permitir que el causante del daño pueda transformar su sentimiento de vergüenza desintegradora o autodestructiva por una vergüenza restauradora, entendida como remordimiento por lo realizado, pero que gracias al respeto comunicacional que le profiere la víctima le sirve, a su vez, como mecanismo de reintegración social.

La auto humillación derivada del reconocimiento de la culpa y del pedir perdón compensa la humillación a la que fue sometida la víctima, abriendo la vía a los fundamentos de una solución que restaure intrasubjetiva y comunitariamente el conflicto.

1.4.2 Principio de imparcialidad.

Es evidente la necesidad de asegurar que el mediador se sitúe como tercero respecto al conflicto, pero dicha posición no se corresponde ni debe corresponderse con la imparcialidad con la que debe actuar el juez en el proceso penal ante la comisión de algún hecho delictivo. Éste debe aparecer, y comportarse, como un agente neutral y equidistante de las partes (*nec ultrum*), es decir ni con uno ni con otro, mientras que el mediador, si bien debe situarse como tercero al conflicto que gestiona, debe aparecer, a la vez, próximo a las partes (con uno y con otro).

La imparcialidad del mediador se convierte, por tanto, en un mecanismo de obtención de las condiciones comunicativas necesarias, la situación ideal para la palabra, a la que se refiere Habermas. Imparcialidad y gestión cercana del conflicto son dos caras de una misma moneda, actuando como precondition ritual y como instrumento de desarrollo.

1.4.3 Principio de independencia entre los mediadores y la autoridad judicial que realiza el envío o propicia la apertura del proceso de mediación.

Lo anterior coliga con uno de los puntos más importantes y de difícil solución, el nivel de independencia exigible a los mediadores en los modelos de mediación en los que ésta debe articularse de forma necesaria con el proceso judicial penal. En efecto, frente a modelos de tipo comunitarista, la mediación penal en este caso se inserta como un espacio paraprocesal, pero dentro del sistema de justicia, a la sombra de los tribunales.

La independencia, por tanto, no equivale a inexistencia de lazos o ausencia de niveles de control. Lejos de ello, el modelo que se decanta de la precitada Recomendación nº R (99) 19 del Consejo de Europa sugiere la oportunidad de que la autoridad judicial actúe como un verdadero *gatekeeper* que controle no sólo los efectos del reenvío del resultado del proceso de mediación, sino también que las condiciones procedimentales de su desarrollo no colisionen de forma incompatible con valores constitucionales.

No obstante, el control debe ser externo al proceso de mediación. Un exceso de intervención por parte de las autoridades judiciales de envío, o destinatarias del reenvío, del mecanismo de mediación o del resultado alcanzado introduciría un alto riesgo de “neutralizar” el espacio comunicacional, frustrando las finalidades restaurativas que se pretenden. Las partes del proceso de mediación no pueden percibir que éste constituye una suerte de *longa manu*

del proceso judicial y que los mediadores son simples agentes comisionados del juez.

El proceso de mediación, sin perjuicio de los mecanismos de articulación con el proceso penal-judicial en curso, debe desarrollarse en condiciones de gran autonomía. Articulación y control no significan confusión de funciones ni dependencia orgánica. De ahí la importancia de la autonomía funcional de los servicios de mediación y que los mecanismos de articulación mediante las fórmulas de envío y reenvío eviten trasladar una imagen del proceso de mediación como espacio apendicular del proceso penal con el que comparte fines e intereses.

La actividad de mediación debe ocupar un claro espacio paraprocesal en el que el equipo de mediación se sitúe en una posición marcadamente diferenciada del juez y del Ministerio Fiscal. Para ello parece muy conveniente que el lugar donde deba desarrollarse el proceso de mediación se sitúe fuera del espacio físico donde se encuentren los órganos de la justicia penal, y que los servicios de mediación no se organicen como órganos objetivamente dependientes de la jurisdicción.

1.4.4 El derecho de las partes a la información.

La libre decisión de las partes a participar en un proceso de mediación constituye la sustancia, el principio base, la regla de oro, sin la cual no puede pensarse ni diseñarse un programa restaurativo. La importancia fundacional del derecho a la información se refleja tanto en los *Basic Principles* de la ONU a los cuales se ha hecho referencia en los párrafos precedentes, como en la *supra* mencionada Recomendación (99) del Consejo de Europa.

El consentimiento, la libre adhesión, reclama como precondiciones la competencia para prestarlo y la información de por qué y para qué se presta. Dicha información, como todas las que puedan o deban producirse en el seno de un proceso penal, debe procurar ajustarse a la competencia técnica y

lingüística de sus destinatarios y debe extenderse tanto a los derechos de los que se es titular como a las obligaciones que pueden derivarse del proceso de mediación. En todo caso, en dicha información debe procurarse trasladarse también no sólo los costes y beneficios del proceso, tanto desde la perspectiva de la persona responsable del daño como de la víctima, sino también las razones del proceso, “la filosofía pública” que lo inspira y las condiciones rituales de desarrollo.

La información debe actualizarse a lo largo del todo el proceso judicial, pues en cada fase debería garantizarse la entrada en juego del mecanismo de mediación cuyos objetivos restaurativos vendrán, en lógica consecuencia, determinados por el grado de desarrollo alcanzado en el proceso judicial con el que debe articularse.

1.4.5 El derecho de las partes a la defensa técnica.

La necesidad de que los procesos de mediación incorporen determinados niveles de adecuación a las exigencias derivadas del proceso justo, sitúa la cuestión de la asistencia letrada en un primer plano de importancia y de dificultad de articulación. Si el sentido y la función del proceso de mediación es propiciar un espacio comunicacional a las partes del conflicto en el que pueda gestionarse las emociones de forma racional, favoreciendo la búsqueda compartida y personal de un proyecto restaurativo, puede parecer poco apropiada la presencia de abogados en dicho espacio.

No obstante, las fuentes supranacionales más significativas a que se ha hecho mención, previenen el derecho a la asistencia legal en el curso del procedimiento de mediación como garantía específica. En todo caso, la compatibilidad de dicha asistencia con las singularidades comunicacionales del proceso restaurativo reclama establecer momentos de intervención que permitan preservar espacios en los que sólo estén presentes las partes materiales del conflicto y los mediadores.

Un desarrollo del proceso de mediación en condiciones de defensa técnica desigualitaria puede generar un inevitable sentimiento de sospecha para la parte, víctima o infractor, que no participa asistida de abogado. Por otro lado, una intervención excesiva de los abogados en el desarrollo del proceso de mediación puede comportar una fuerte tecnificación y una reproducción de ritos, roles y prejuicios propios del proceso penal ordinario.

De ahí la conveniencia de establecer momentos de intervención. Uno puede ser, sin duda, el de envío a la instancia mediadora, donde el abogado puede coadyuvar a que la información transmitida sea la adecuada a las partes. Otro, el relativo a la formalización, en su caso, de acuerdos restaurativos o reparadores, permitiendo un control endoprocedimental de su compatibilidad con los límites del proceso de mediación, con el valor de la dignidad y con las reglas de articulación con el proceso penal en curso. De igual modo, en acuerdos de contenido económico, la presencia de los abogados de las partes puede también servir para matizar o formular de manera técnicamente adecuada el alcance del acuerdo y las condiciones de cumplimiento.

En todo caso, la presencia de abogados en el proceso de mediación no debe privar ni a las partes del conflicto ni a los mediadores de su sustancial y personal protagonismo en aquél. Para ello, resulta esencial que los abogados que participen en el proceso compartan un cierto grado de compromiso ideológico con las razones del proceso y las finalidades restaurativas.

1.4.6 Principio de presunción de inocencia. El reconocimiento de los hechos básicos (*basic facts*).

Es obvio que el consentimiento para la participación en el proceso de mediación debe hacerse tomando en cuenta una realidad fáctica que delimite su desarrollo. Uno de los primeros objetivos del proceso comunicacional que se abra pasa, precisamente, por la fijación de unos hechos base que permitan

identificar los roles de cada uno de los intervinientes y las pretensiones restaurativas que puedan manifestar.

La verdad histórica no resulta indiferente para el proceso de mediación. La reconstrucción consensuada de dicha realidad constituye, en un buen número de casos, el primer objetivo y la primera consecuencia restaurativa tanto en términos emocionales-individuales como sociales. El mediador, por tanto, debe poder intervenir con la certeza sustancial de que el hecho generador del conflicto existe y que el autor se ha declarado, virtualmente, responsable porque sólo con estas condiciones puede desarrollar su labor de construcción de un espacio de consenso en el encuentro de las partes.

Ahora bien, la fijación de los hechos base debe realizarse en condiciones de absoluta impermeabilización, de tal modo que se excluya, desde el primer momento, su traspaso o acceso colateral o directo al proceso judicial.

Ello constituye una de las piezas basales del modelo alternativo. La creación de condiciones comunicativas pasa por la generación de un clima de confianza no sólo entre las partes, sino entre éstas y los mediadores. Las partes, en particular el causante del daño, deben confiar en que la información que transmitan sobre los hechos o su propia aceptación de responsabilidad no pueden salir del ámbito de la mediación, y que su derecho fundamental a la no autoincriminación en el ámbito del proceso penal será respetado.

Desde esta perspectiva los mediadores deben actuar bajo cláusula de estricta confidencialidad que deber ser respetada por todos los poderes implicados en el proceso penal. De ahí que la comunicación que se dirija a la autoridad judicial dando cuenta del resultado del proceso deba limitarse a precisar de forma muy sintética el acuerdo alcanzado o la imposibilidad de alcanzarlo. Debe evitarse de la forma más eficaz posible todo influjo cognitivo en el juez de los contenidos elaborados o adquiridos en el curso de la práctica mediadora.

Para ello han de prevenirse rígidas reglas de inutilización de la información derivada del proceso de mediación que pueda acceder al proceso judicial o de atribución de valor indiciario de culpabilidad al simple dato de la participación del acusado en el proceso de mediación. La única excepción a las reglas de

inutilización procesal de los datos obtenidos en el curso de la actividad de mediación debe ser el expreso consentimiento de las partes intervinientes.

En el plano de las garantías de la víctima y el victimario, al enfrentar el conflicto alternativamente, debe realizarse siempre con el mayor respeto al principio de presunción de inocencia, por lo que solo debe ofrecerse tal vía a los casos inequívocos de culpabilidad y donde el encausado haya reconocido su participación en los hechos, y previamente aquel ha de ser informado sobre sus derechos, entre los que desempeña un papel esencial el de la defensa.

Otra de las garantías que ha de observarse es que ambos tengan la posibilidad de acudir en cualquier momento a los órganos judiciales y para ello es indispensable que las instancias mediadoras les proporcionen una información completa y detallada de los procedimientos de mediación y los judiciales.

En contra de este tipo de método, se puede argumentar que vulnera el principio de contradicción que debe estar presente en todo proceso penal; sin embargo, amén de estos criterios, un sector importante de la doctrina considera que no sería desacertada su utilización, siempre alternativa, en casos de menor trascendencia, donde ofensor y ofendido estén debidamente informados, como se ha referido, y el bien lesionado, por su valía, sea susceptible de ventilarse mediante la negociación facilitada, sustentándose esta posibilidad en el más estricto apego al principio de presunción de inocencia.

1.4.7 Principio de economía procesal. La necesidad de desarrollo en un plazo razonable.

La duración razonable de ambos procesos, el judicial y el de mediación, constituye una garantía básica tanto de la persona que aparece como presunta responsable como de la presunta víctima.

Ahora bien, no cabe negar un diferente sentido de la temporalidad en uno u otro espacio. En efecto, el contenido esencial de la mediación como un proceso comunicacional obliga a reelaborar el valor del elemento temporal respecto a cómo opera en el curso de un proceso judicial. En éste, el elemento temporal aparece íntimamente vinculado al desarrollo de las diferentes fases del procedimiento. Aquél se concibe de forma lineal e instrumental. La acción judicial se estructura alrededor de una lógica racional-legal en la que ocupa un puesto destacado el tiempo de producción de los diferentes actos que la integran. El incumplimiento de los plazos puede provocar, incluso, la extinción de la acción o, en todo caso, pérdida de expectativas de alegación y defensa.

Sin embargo, en el proceso de mediación, el tiempo aparece como condición de la comunicación, por lo que se convierte en un instrumento dúctil, que las partes pueden, en buena medida, gestionar de forma autónoma. Los plazos del proceso de mediación no preexisten, sino que se pactan por los propios intervinientes. El mediador, no obstante, debe dinamizar el desarrollo de las sesiones, procurando que el tiempo no se convierta, tampoco, en un impedimento para alcanzar acuerdos restaurativos. En todo caso, por las propias características de la actividad mediadora la aparición de factores no previstos, como reacciones emocionales agudas o graves, puede hacer modificar los tiempos pactados del proceso, ajustándolos a las nuevas circunstancias y exigencias comunicacionales.

Ahora bien, lo anterior no excluye la necesidad de que los plazos del proceso de mediación deban articularse con las exigencias de que el proceso judicial se desarrolle en un tiempo razonable. El plazo señalado en la decisión judicial de envío no puede interpretarse preclusivo, en su sentido procesal ordinario. El control judicial mediato sobre el desarrollo del proceso de mediación puede justificar que, en efecto, en un supuesto de prolongación excesiva el juez ordene su clausura y la consiguiente reactivación del proceso judicial, pero, en todo caso, deberá identificarse una ausencia notable de razones que justifiquen la demora, un riesgo de que la acción penal pueda extinguirse por prescripción o un pronóstico cierto de que la continuación del proceso de mediación no comportará la obtención de acuerdos razonables.

1.4.8 La eficacia vinculatoria de los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación.

Uno de los elementos esenciales que permite atribuir al proceso de mediación el valor de verdadera alternativa, aun de forma articulada, al proceso penal judicial reside en el reconocimiento de efectos a los acuerdos que elaboren las partes del conflicto. Tanto la antes referida Recomendación (99) nº 19 como los *Basic Principles* hacen expresa referencia a tal cuestión, a la que le otorgan el estatuto de verdadero principio configurador, reconociendo expresamente su íntima relación con el principio de *non bis in idem*¹⁷ en su dimensión tanto procesal como sustantiva.

Cuando se adopten decisiones de transposición de acuerdos de mediación, aquéllas tendrán el mismo valor que cualquier otra decisión judicial, es decir, vinculación, obligatoriedad, firmeza, ejecutoriedad. Si éstas implican la no persecución de las infracciones penales que dieron origen al proceso, la consecuencia procesal debe ser la de la imposibilidad futura de persecución. Si la consecuencia supone una reducción de pena, también debe reconocerse a la decisión eficacia definitiva. Si el acuerdo restaurativo implica una decisión de no necesidad de ejecución de la pena o de suspensión de la pena, impuesta en sentencia firme, puede, como instrumento al servicio de la propia eficacia del acuerdo, establecerse condiciones temporales que patenten la seria voluntad de cumplimiento por las partes, sobre todo, de la persona cuya responsabilidad penal fue declarada en sentencia.

1.5. Ámbito de aplicación de la mediación penal de cara al Derecho Comparado.

La Mediación Penal como método de resolución alternativa de conflictos que ha devenido en institución ampliamente divulgada y utilizada en varias regiones del mundo con resultados incuestionables, no solo por países seguidores del

¹⁷El principio de *Non Bis in Idem* (prohibición de doble incriminación), postula, fundamentalmente, que no se puede juzgar dos veces a la misma persona por el mismo hecho.

sistema de derecho común sino también del sistema de jurisprudencia francesa, no solo por países capitalistas sino también por países que transitan por un sistema socialista, ya que la mediación penal brinda la posibilidad de una mejor resocialización del violador de la norma penal así como un mejor tratamiento a la víctima¹⁸.

Un importante referente para analizar la mediación desde la óptica del Derecho Comparado, lo constituye indudablemente el Derecho Internacional. El Tribunal de la Haya de 1907, sobre la solución pacífica de conflictos internacionales, afirmó en su artículo 3 que “todo Estado tiene que ofrecer sus buenos oficios o su mediación cuando surja un litigio entre terceros Estados”¹⁹. A ello se suma lo acordado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, que declara que los métodos alternativos de resolución de conflictos son: «Procesamientos informales para la resolución de conflictos incluyendo mediación, arbitraje y justicia o prácticas nativas, las que deben ser utilizadas cuando fueran necesarias para facilitar una conciliación y una reparación por el daño sufrido por las víctimas».

Otra alusión a la institución de la mediación se recoge por la Unión Europea en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001²⁰, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, a tenor de la cual se establecen que los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las

¹⁸RAMIREZ TEMPRANA, Reinaldo: *Es posible utilizar la mediación penal en Cuba* Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2006, p.1.

¹⁹ BEGOÑA, María, San Martín Larrinoa: *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos*, España, 1997.

²⁰ Esta normativa establece en su artículo 10 que 1. “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas. 2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la medida en las causas penales”, estableciendo además en su artículo 17 una obligación para los Estados miembros de, antes del 22 de marzo de 2006, poner en vigor de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que resulten necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en el referido artículo.

causas penales poniendo en vigor las disposiciones legales necesarias²¹. De tal forma, los Estados miembros se ven obligados, y para el resto de la comunidad internacional aparece al menos como referente.

Los organismos intergubernamentales también están tomando nota de la justicia restauradora. Por consiguiente, la justicia restauradora es cada vez más debatida y discutida a nivel internacional. El Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó una recomendación sobre el uso de la mediación en las situaciones penales (*European Forum for Restorative Justice, 2008*). La Unión Europea ha financiado la creación del Foro Europeo para la Mediación entre Víctimas y Transgresores y la Justicia Restauradora.

El Estatuto de Roma sobre el Tribunal Penal Internacional (IPI) incluye un conjunto de medidas que podrían considerarse como restauradoras (Thordis, Ngendahayo & Sellers, 2000). Por ejemplo, la creación de una unidad de víctimas y testigos, la capacidad del tribunal para escuchar y tomar en cuenta los intereses personales de las víctimas cuando resulte provechoso o necesario, la obligación de formular los principios relativos a la restitución y otras compensaciones a las víctimas, y el mandato de establecer un fondo fiduciario para las víctimas de la criminalidad y sus familias.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha aprobado una resolución en que se exhorta a la utilización de programas de justicia restauradora en la justicia penal, y donde identifican los Principios Básicos para Utilización de la Justicia Restauradora (*United Nations Economic and Social Council, 2002*). Dichos principios dan una clara orientación a las naciones para introducir y poner en práctica programas de justicia restauradora. El interés de las Naciones Unidas en la justicia restauradora es demostrado por otros documentos, propuestas y borradores y especialmente por la Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia (UN, 2000) y la Declaración de las

²¹ GORJON GOMEZ, Francisco Javier y VARGAS VIANCONS, Juan Enrique Vargas: *Arbitraje y Mediación en las Américas*, Ed. CEJA, JSCA, UANL, 1985.

Naciones Unidas de los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Crimen y Abuso de Poder (UN, 1985).

Se hace un llamado a los Estados para que formulen políticas de justicia restauradora que promuevan un amplio conocimiento favorable a la mediación y demás procesos de justicia restauradora entre las autoridades encargadas de ejecutar la ley, autoridades judiciales y sociales, así como también entre las comunidades locales, grupos étnicos y raciales, y proporcionar la capacitación adecuada implementando estas políticas. A su vez, se solicita al Secretario General emprender actividades para ayudar a los Estados Miembros a desarrollar políticas de justicia restauradora y facilitar el intercambio de experiencias en temas de programas de justicia restauradora, incluyendo la divulgación de las mejores prácticas, a nivel regional e internacional. De hecho, la justicia restauradora no es algo nuevo. Por ejemplo, el Manual Internacional sobre la Justicia para las Víctimas, elaborado por las Naciones Unidas en 1996, observa que “el ámbito de la justicia restauradora implica al transgresor, a la víctima y a toda la comunidad en un esfuerzo orientado a crear un enfoque equilibrado dirigido hacia el transgresor y al mismo tiempo centrado en la víctima. La compensación a las víctimas se ha transformado en una característica fundamental de la justicia restauradora en muchos países desarrollados”.

En esta materia, se destaca un importante modelo nacido en Canadá y los Estados Unidos, cuyo objetivo fundamental radica en la búsqueda de soluciones informales y externas al proceso judicial convencional, a través de un proceso de mediación que conduzca a la reparación de las consecuencias dañosas, llevada a cabo en cualquiera de las fases del procedimiento judicial.

Así, tomando como ejemplo a los Estados Unidos, vale mencionar la Agencia de Servicios a la Víctima, de Nueva York, institución que practica este método en la fase policial, lo que permite evitar la puesta en marcha del engranaje judicial, cuando están en juego valores de menor relevancia jurídico-criminológica.

En la fase prejudicial, su uso conlleva al archivo de la causa, cuando se logre la satisfacción de la víctima, sobre lo que existe un importante proyecto denominado Proyecto para la Reconciliación Víctima-Ofensor, igualmente desarrollado en Canadá y Estados Unidos.

Asimismo, en esta fase operan la mayoría de los proyectos de mediación en Europa, especialmente en Francia, con el objetivo de evitar el proceso judicial.

No obstante, también se desarrolla esta forma de solución pero en el marco de la determinación de la pena a nivel judicial, especialmente en modelos austríacos y alemanes y, en casos concretos de delitos considerados graves, recogándose en la sentencia el compromiso alcanzado en la mediación con la posibilidad de establecer un control de la ejecución de los acuerdos obtenidos entre el infractor y la víctima.

Partiendo de la mediación en la esfera penal, cabe detenerse en dos modelos fundamentales en Francia: mediación social, consistente en un procedimiento en el que se solucionan los conflictos con la participación de mediadores voluntarios que reciben los casos a través del ofensor o el ofendido antes de que acudan al sistema penal, con el objetivo de recuperar el diálogo y restaurar la relación social deteriorada por aquel; y mediación penal, que se lleva a cabo esencialmente por asociaciones de ayuda a las víctimas, que, por lo general, reciben los casos de la fiscalía por un acuerdo preestablecido, en el que, si no se efectúa aquella o finaliza, cualquiera que sea su resultado, la estructura mediadora debe comunicar tales extremos al órgano que la ha encomendado para que, en virtud del principio de oportunidad, decida el archivo de la causa o el ejercicio de la acción pública.

En este sentido, se puede afirmar que en Francia constituye una vía alternativa a la del procedimiento judicial, que se puede utilizar en

cualquier hecho delictivo, amparado ello en el Artículo 41 del Código de Procedimiento Penal que, fundado en el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, establece que “el Fiscal puede, con carácter previo a su decisión sobre la acción pública y con el acuerdo de las partes, decidir acudir a una mediación si estima que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al problema resultante de la infracción y de contribuir a la rehabilitación del autor de la infracción”²².

El modelo de mediación penal en el precitado país persigue, además de evitar la sobrecarga de los tribunales, dos objetivos esenciales:

- ✓ La protección de las víctimas por la vía de la reparación material y psicológica.
- ✓ La reinserción social del delincuente y la protección del orden público.

En cuanto al primero de estos, lo sustancial es que la víctima se sienta parte de su propio proceso, interviniendo de manera importante en la búsqueda de una solución apropiada al daño sufrido.

En cuanto al segundo aspecto, se pretende que, mediante el encuentro entre el autor del daño y la víctima, el primero conozca el sufrimiento que ha causado y asuma sus responsabilidades sin percibir que lo marginan al estatuto de delincuente, bajo el cual la resocialización resulta en extremo engorrosa ejerciendo la víctima una función terapéutica en la búsqueda de la reinserción del infractor, siendo fundamental el sentimiento de responsabilidad en el victimario por el daño causado, para evitar la reincidencia.

²² Vid. Artículo 41, Código de Procedimiento Penal, Francia.

En este procedimiento de mediación, se respetan los derechos del ofensor, entre los que se encuentra el derecho a la defensa, de manera que cada persona convocada sabe que puede hacerse asistir de un abogado y que es libre de rechazarla en cualquier momento, si así lo desea.

Además de los casos que presenta la fiscalía, existe la mediación creada por los propios órganos judiciales, mediante la cual se pretende que los abogados estén siempre presentes en el proceso, tanto porque desde el punto de vista jurídico puede resultar valioso, como para la observancia de las garantías hacia el justiciable.

Existe un panorama muy amplio de mediación penal en Francia, variedad en la que radica la fuerza de la institución, por contarse con un conjunto dispar de operadores y la combinación de muchas voluntades unidas en el logro de idénticos objetivos.

Otro ejemplo es la instituida en España, que, aunque con menos desarrollo que en Francia, gana cada día más partidarios, aun cuando no existe una norma que permita la utilización del procedimiento mediador entre autores y víctimas para dar lugar a alternativas al proceso penal o, al menos, una disminución de la pena o de sus elementos aflictivos. No obstante, se valen de distintas fuentes normativas internacionales que, según estudiosos del tema, pudieran sustentar esta práctica, tales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, las Normas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, entre otras.

Sin embargo, no resulta suficiente la presencia de normas sustantivas que permitan la entronización en el sistema penal del proceso de mediación; se necesita que, desde el derecho adjetivo, esto sea permisible, pues ha venido empleándose el Derecho Procesal en

España con fines descriminalizadores desde dos filosofías: una basada en el respeto al principio de legalidad y la otra que lo concibe de una forma más flexible, dándole entrada al principio de oportunidad, de modo que el órgano encargado del ejercicio de la acción penal pueda tener un ámbito de discrecionalidad sobre este.

Si esto se logra, entonces la mediación puede tener un uso ideal como vía alternativa al proceso penal, tratada de forma extrajudicial, lo que sin dudas evitaría una agravación de la victimización, y de la estigmatización que el proceso penal lleva consigo para el victimario; también esto podría alcanzarse de tener el juez a cargo del asunto (ya en el nivel judicial) la atribución de sobreseer libremente el caso, cuando el autor haya reparado a la víctima satisfactoriamente los efectos del daño causado.

En correspondencia con lo anterior, aun cuando la doctrina que se ha pronunciado sobre el arreglo consensual es bastante escasa, existe una corriente favorable hacia la utilización de esta vía alternativa al proceso penal o actuando en él dentro de un marco penológico. Al respecto, se advierten dos experiencias que se destacan, como son el Programa de Conciliación y Reparación a la Víctima, de la Generalidad de Cataluña; y la Oficina de Ayuda a la Víctima del Delito, de Valencia.

En relación con la promoción de servicios de mediación, encontramos una referencia indirecta en la legislación estatal, en la Ley No. 35 de 1995, sobre asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, donde se previene, en su artículo 16, la posibilidad de que por parte del Ministerio de Justicia, en coordinación o mediante convenios de colaboración con las comunidades autónomas y ayuntamientos, puedan implantarse oficinas públicas de asistencia a las víctimas en cuyo seno se han desarrollado algunos servicios públicos de mediación.

Ello ha permitido experiencias singulares como las desarrolladas en Cataluña, impulsada por la *Direcció General de Mesures Alternatives i Justícia Juvenil*, y en la Comunidad de Madrid, mediante la firma de un convenio de colaboración por parte del Consejo General del Poder Judicial, la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid²³.

Un ejemplo de experiencia práctica de la mediación con jóvenes infractores, se dio en Catalunya, España, desde el año de 1990, a partir de este modelo que implementó el Departamento de Justicia, por la competencia que en menores infractores de la ley asumió la Comunidad Autónoma Catalana en 1989. Empiezan a diversificarse las maneras de intervenir, con la aparición de programas de intervención rápida y desjudicializadora, como el de mediación, conciliación y reparación a la víctima, ofrecida por el Ministerio Fiscal y llevada a la práctica por los equipos de mediación en todo el territorio catalán.

El modelo propone pasar de la intervención judicial mínima, a una intervención educativa máxima, sin dar opción a que los pequeños y primeros delitos se consoliden en conductas juveniles disociales; como diría el Canadiense Marc LeBlanc, es preferible intervenir precozmente con “delincuentes juveniles de ocasión y de transición”, para no hacerlo tardía e infructuosamente con los “delincuentes juveniles de condición”.

En el año de 1990 no había en España un marco legislativo que regulara la instauración de los programas de mediación-reparación a la víctima, por ello, en mayo de 1990 los jueces especializados en menores y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, empezó la experiencia de mediación como alternativa al proceso penal en el caso de faltas y de pequeños y primeros delitos cometidos por jóvenes infractores en Catalunya.

²³ Debe destacarse como resultado tangible de la experiencia madrileña la elaboración de un interesante protocolo de actuación, redactado por el magistrado Ramón Sáez, los fiscales Justino Zapatero, Teresa Olavarría, Carmen de la Fuente, María Jesús Raimunda, los abogados Esther Pascual y Alfonso Bibiano y el profesor de Derecho penal Julián Ríos. En Barcelona debe destacarse el impulso de la magistrada Rosa Freire.

El impulso definitivo fue en junio de 1992 con la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, vino a dar Carta de Ciudadanía a la experiencia-piloto, iniciada dos años antes.

Por otro lado, la regulación contenida en la LO 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, ha incorporado valiosos instrumentos que han permitido un notable desarrollo de fórmulas de mediación, sobre todo el juego para determinadas infracciones no violentas sujetas al principio de oportunidad.

En regiones tan distantes como la República Popular China, también existen referentes vinculados con de la mediación. En la actualidad, el sistema legal chino considera de trascendental significación los principios de autodeterminación y la mediación.

En este país existen los Comités de Mediación o también llamados Comités Populares de Conciliación, los cuales están integrados con una membresía de cinco a once personas y tienen entre sus principales funciones la de reconciliar conflictos relacionados con causas criminales leves o de reducida relevancia penal. Las decisiones o acuerdos adoptados por esta institución tienen que estar atemperados a las normativas internas de la nación, pues de lo contrario, el Tribunal tiene la facultad de impugnar el acuerdo tomado por resultar contrario a derecho (*contra legem*). Estos comités tienen una composición heterogénea y están integrados por todo tipo de personas que funcionan con el apoyo de un asistente judicial. La República de China es un ejemplo de la mediación en el continente asiático.

Por su parte en América Latina también se constata la existencia de regulaciones relacionadas con la mediación penal, con sus notas características que varían según las concepciones jurídicas defendidas por el sistema de derecho imperante en cada país.

Brasil:

En el sistema Prejudicial de Río Grande se utiliza la mediación penal para solucionar pequeñas causas criminales fundamentalmente de contenido patrimonial, obteniendo grandes resultados con esta forma alternativa de resolución de conflictos²⁴.

El Salvador:

En el Salvador la mediación y la conciliación no contenciosa o prejudicial penal se encuentran relacionados a procesos de accidentes de tránsito sin lesiones graves, este proceso se realiza ante los denominados jueces de paz²⁵.

Ecuador:

En Ecuador, con base en la Ley de Arbitraje y Mediación de septiembre de 1997, el Defensor está facultado para intervenir como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública, siempre y cuando el Defensor del Pueblo lo considere procedente y necesario (Ley de la Defensoría del Pueblo, artículo. 8) Existen desde 1996 numerosos Centros públicos y privados de Arbitraje y Conciliación, donde también se utiliza la Mediación²⁶.

Argentina:

El movimiento de Resolución Alternativa de Conflictos ha sido iniciado por el Ministerio de Justicia de la Nación en el año 1991, quién comienza su accionar

²⁴ *Revista Noticias del Mercosur*, 26 de julio de 2004, Dirección de prensa y comunicaciones, Ministerio del Trabajo de Brasil.

²⁵ RAMÍREZ TEMPRANA, REINALDO, *idem*.

²⁶ RAMÍREZ TEMPRANA, REINALDO, *idem*.

con la modernización de la justicia a través de la reforma del Código de Procedimiento Penal y la creación de una Comisión que se dedica al estudio de las modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial.

En 1992, el Decreto Presidencial N° 1.480 de fecha 19 de agosto del propio año, declara de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de resolución de conflictos, encomienda al Ministerio de Justicia la formulación de proyectos legislativos y el dictado de normas reglamentarias para la puesta en marcha de la mediación, crea el Cuerpo de Mediadores que funcionará en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, reglamenta su actuación, y determina los principios básicos de la institución de la mediación.

En 1994, a tenor de la Resolución N° 535, se aprueba el nuevo reglamento para los mediadores habilitados por el Ministerio de Justicia de la Nación. Por su parte, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 174 establece que “La ley establecerá, para las causas de menor cuantía y vecinales, un procedimiento fundamentalmente oral que garantice la inmediatez, informalidad, celeridad accesibilidad y economía procesal. Se procurará, con preferencia, la conciliación y la mediación”.

El 1º de enero de 1998 entró en vigor el nuevo Código Procesal Penal, Ley N° 7594, de 4 de junio de 1996. Este nuevo cuerpo procesal trajo una serie de institutos alternativos a la prosecución penal, o simplificadores del proceso, entre los que se encuentra la conciliación y la mediación en materia penal, su artículo 36 permite que hechos acusados como delitos puedan ser conciliados o mediados según corresponda entre la víctima y el imputado bajo ciertas condiciones propuestas por ambos, mientras exista equilibrio en la negociación. Estos delitos pueden ser los de acción privada, los de acción pública a instancia privada, y los de acción pública puros y simples, siempre que la pena señalada en el tipo penal no sea mayor de 3 años y que el imputado sea primario.

Como punto culminante del desarrollo obtenido por la Argentina en cuanto a la utilización de estos métodos de justicia no convencional, en el año 2001 se dicta la Ley 4989 de Mediación Penal²⁷. Como punto culminante del desarrollo obtenido por la Argentina en estos métodos, en el año 2001 se dicta la Ley 4989 de Mediación Penal.

En la provincia de Buenos Aires con la modificación del Código de Procedimiento Penal en virtud de la Ley 11.922 y modificatorias, así como la Ley 12.061 de Ministerio Público, la mediación penal encuentra por primera vez un marco legal que legitima su utilización como instrumento de solución de conflictos y sienta las bases jurídicas para su ulterior desarrollo. El artículo 86 de la precitada normativa procesal establece que en oportunidad de ser ejercida la acción penal, se tendrá en cuenta el arrepentimiento activo de quien aparezca como autor y la reparación voluntaria del daño, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas.

La ley 12.061 prevé en su artículo 38 que el Ministerio Público propiciará y proveerá la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación, que permitan la solución pacífica de los conflictos. Y el artículo 45 señala que el área social comprende entre otras la actividad de mediación y asistencia a la víctima.

México:

Aunque en otros países la mediación penal ha sido instrumentada como método de solución de conflictos generados ante la comisión de delitos de elevada repercusión social, en México resulta particularmente útil en aquellos delitos en que proceda el perdón de la víctima u ofendido, por lo que en la reforma efectuada a la legislación penal de Querétaro en fecha 25 de agosto del 2000, se estableció la conciliación y mediación penal en delitos

²⁷RAMÍREZ TEMPRANA, REINALDO, *idem*.

proseguibles mediante querrela criminal por la parte agraviada, quedando como responsabilidad de los agentes del Ministerio Público²⁸.

República Oriental del Uruguay:

En el Uruguay, a fines de los años noventa, se institucionalizó la mediación y la conciliación como métodos alternativos de resolución de conflictos en todas las materias y en tal sentido se oficializó su empleo en delitos de reducida gravedad, así como en los delitos cometidos por jóvenes, cuyo proceso de mediación es ejercido fundamentalmente por Organizaciones No Gubernamentales (ONG), entre las que se desatacan:

Defensa de los Niños Internacional Uruguay, filial local de la ONG de igual nombre, que desde 1999 lleva a cabo programas de mediación en el área de la justicia juvenil, por derivación judicial, tanto en casos de delitos contra la propiedad como contra las personas (hurto, apropiación indebida, lesiones personales, rapiña, etc.), realizando actividades de mediación entre víctima-ofensor o infractor adolescente y coordina el programa de libertad asistida.

Otra organización la encontramos en Rumbos, la cual constituye una ONG que trabaja en el Departamento de Maldonado desde el año 2000 con un programa de Libertad Asistida y Mediación víctima/ofensor en el área de los menores infractores²⁹.

Puerto Rico:

En Puerto Rico, durante el 1983, se inauguró en San Juan el primer programa de servicio público para mediación de controversias entre ciudadanos mediante

²⁸J. Enrique Urquidi: *Mediación. Soluciona conflictos sin litigios*, Centro de resolución de conflictos. México, 1999.

²⁹RAMÍREZ TEMPRANA, REINALDO, *idem*.

el Centro de Solución de Disputas (CSD). La Ley No 19 de fecha 22 de septiembre de 1983, facultó al poder judicial a establecer programas o centros que sirvan como foros informales para la resolución de determinadas disputas y conflictos que surgen entre los ciudadanos.

Posteriormente, entre 1994 y 1995, se establecieron cuatro centros de mediación en diversas regiones judiciales del país; el 21 de mayo de 1993 se constituyó el Comité Asesor de Medios Alternos de Resolución de Disputas y en junio de 1998 se aprobó el Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos, en este mismo año, PROBONO institución estatal inició un programa de capacitación a abogados de su servicio jurídico gratuito y a personal administrativo de sus oficinas; esta capacitación estuvo a cargo de facilitadores de la Fundación Instituto de Mediación de Argentina³⁰.

República Dominicana:

Así es como el Código Procesal Penal de la República Dominicana, prevé mecanismos de solución del conflicto alternativos al juicio, contemplando los métodos siguientes: la conciliación, la suspensión condicional del procedimiento y el juicio penal abreviado³¹.

El Código de Procedimiento Penal, promulgado el 19 de julio del año 2002, en su artículo 38 establece la mediación para facilitar el acuerdo de las partes y faculta al Ministerio Público para solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas en mediación, o sugerir a los interesados que designen una.

³⁰RAMÍREZ TEMPRANA, REINALDO, *idem*.

³¹AMADIS RODRÍGUEZ, Juan Luciano. *Métodos alternativos de solución de Conflictos en el Código Procesal Penal*, Colección Capacitación Jurídica, Fundación Institucionalidad y Justicia (Finjus), Pp. 6-9.

Decreta la secretividad que sobre el asunto deben tener los mediadores y que de no resultar la solución del conflicto por esta vía, las manifestaciones de las partes deben permanecer secretas y carecen de valor probatorio.

Venezuela:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, otorgó rango constitucional a los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), cuando dispone en su artículo 258 que: “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”³².

En este país, la mediación se instrumenta en la fase preliminar del proceso penal, el fiscal decide que caso se lleva a mediación y se traslada a un centro de mediación, adscrito al Ministerio Público, el acuerdo debe ser revisado por el juez y el fiscal para su aprobación, implementación y seguimiento, quedando finalmente el escrito en el expediente del juez.

Colombia.

En la Ley 906 de fecha 31 de agosto de 2004³³, Código de Procedimiento Penal de Colombia, se regula los procesos de Justicia Restaurativa en el Libro VI, Capítulo I, dentro de esta se estableció el programa de Justicia Restaurativa y como mecanismos de esta, la conciliación pre procesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

En el Capítulo III, se regula el procedimiento de mediación penal y en el artículo 523 define la Mediación como el mecanismo mediante el cual un tercero neutral,

³²FRANCO, Oscar J. *Consideraciones y Análisis de la Normativa Vigente en Latinoamérica Sobre los medios Alternativos de Resolución de Conflictos*.

³³Publicado en la edición del Diario Oficial No. 45.657 del martes 31 de agosto de 2004

particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

Según lo regulado en esta norma, procede la mediación desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

La solicitud de la mediación, podrá ser interpuesta por las partes, ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, proceda a designar el mediador y establece para los casos de menores, inimputables y víctimas incapaces, que sus representantes legales deberán participar en la mediación.

Esta norma regula la actuación del mediador en tanto establece que este expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación.

Las reglas son establecidas por el Fiscal General de la Nación, pues éste elaborará un manual que fije las directrices del funcionamiento de la mediación, particularmente en la capacitación y evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de la mediación y, en general, los programas de justicia restaurativa.

En Cuba el uso de la mediación está limitado exclusivamente al campo del Derecho Mercantil y Familiar, sin embargo, en la esfera penal su utilización está vedada de eficacia jurídica pues no existen disposiciones normativas que la regulen como institución aplicable a conflictos penales, ni siquiera en aquellos delitos de escaso relieve jurídico donde la respuesta penal queda supeditada a la propia valoración del órgano estatal que tiene a su cargo el desarrollo de la investigación.

I.6. Conclusiones parciales.

Desde las sociedades más primitivas y menos desarrolladas ha existido el conflicto como un resultado natural de la convivencia humana, y por tanto, la consiguiente necesidad de resolverlo y hacer o administrar justicia de acuerdo a las normas de convivencia social. Lo anterior se traduce en la idea de existencia de métodos en el devenir del desarrollo social que han ido evolucionando, desde la forma adversativa hasta la no adversarial para la solución del dilema.

Dentro de este segundo grupo (métodos de justicia no adversarial) cobra vida la mediación como un mecanismo de control social informal, instituida en distintas latitudes del mundo con matices funcionales que varían según la idiosincrasia de cada región.

La mayoría de los autores coinciden en que la mediación penal, aunque remonta sus orígenes a la cultura oriental, se consolida como institución en los Estado Unidos de América, donde surgen los primeros indicios de esta metodología orientada hacia la solución de determinados conflictos de corte criminoso al margen del sistema de justicia penal tradicional.

Esta metodología largamente experimentada en los países de tradición de *Common Law* ofrece una mejor respuesta a los intereses en juego que subyacen en determinados tipos de conflictos penales, en los que las partes

implicadas procuran resolver sus contingencias de una manera cooperativa y fuera del ámbito judicial.

La aplicación de este medio de justicia alternativa ha alcanzado un gran desarrollo en el mundo contemporáneo, precisamente por haber demostrado una serie de ventajas, en relación con el método de justicia tradicional.

En el ámbito de justicia penal, la mediación se define como la búsqueda, con la intervención de un tercero neutral, de una solución pacífica y libremente negociada entre los intervinientes en un conflicto surgido a partir de una infracción penal.

De la anterior definición se advierte que los elementos esenciales que caracterizan o identifican esta metodología, se refieren a su objetivo y al modo en que éste se alcanza, es decir, la búsqueda del acuerdo entre las partes contendientes para evitar o poner fin al conflicto y la participación de un tercero imparcial que actúa como mediador, tratando de acercar las posturas de los intervinientes y conciliar sus intereses.

Existe en la actualidad un grupo considerable de países que aboga por el reconocimiento de la mediación penal como institución jurídica, toda vez que las experiencias de implementación han sido favorables. Incluso, otros sistemas jurídicos han optado por refrendar con rango constitucional la mediación, como es el caso de, la Constitución de Ecuador³⁴ y en la República Bolivariana de Venezuela, por la trascendencia de dicha institución en la solución alternativa de conflictos. A ello se suman los mecanismos posteriores de institucionalización de la mediación, como son los Centros de Mediación Penal, cuya regulación legal consta tanto en normas de naturaleza procesal como sustantiva.

³⁴ *Vid.* Constitución del Ecuador. Título IV. Participación y organización del poder. Capítulo IV. Función judicial y justicia indígena. Sección octava: Medios alternativos para la solución de conflictos.

En Cuba, el empleo de la mediación como vía para resolver disputas está reservada exclusivamente al ámbito mercantil y familiar, no así en la esfera penal donde aún persiste la utilización del método de justicia tradicional, a pesar de estar estadísticamente probado que la mediación constituye un instrumento eficaz para resolver conflictos de naturaleza criminal a nivel mundial, con loables resultados para los que a ella se someten y la sociedad en sentido general.

Capítulo II. La articulación del modelo de mediación en el sistema de justicia penal en Cuba y su posible aplicación en los conflictos penales suscitados en el ámbito de los delitos perseguibles a instancia de parte.

2.1 La acción penal en los delitos perseguibles a instancia de parte en Cuba. Espacio operativo idóneo para la articulación de la mediación como alternativa al sistema de justicia penal. 2.2. Necesidad de un marco objetivo para la implementación de la mediación penal como propuesta de solución a los conflictos generados en la esfera de los delitos privados en Cuba

2.1. La acción penal en los delitos perseguibles a instancia de parte en Cuba. Espacio operativo idóneo para la posible articulación de la mediación como alternativa al sistema de justicia penal.

La Ley 5 de 1977, “Ley de Procedimiento Penal”, en su Libro VI, Título V, artículos del 420 al 434, regula todo lo concerniente al procedimiento para el ejercicio de la acción penal en los delitos perseguibles a instancia de parte, en este caso los delitos de calumnia e injuria³⁵, conocidos en la doctrina como delitos privados o Delitos Contra el Honor de los particulares.

El enjuiciamiento, en general, en estos casos recae sobre la persona o personas que hayan proferido calumnias o injurias a personas particulares, que serán las únicas legitimadas para proceder, o en su defecto la persona llamada a suplir al agraviado en caso de incapacidad de éste; y en caso de muerte su viudo, viuda, ascendientes y descendientes y hermanos, de acuerdo con el orden de prelación que establece la Ley.

³⁵ Vid. Código Penal. Artículo 321. Disposiciones complementarias. Delito de Injuria y Calumnia. Requisitos de Procedibilidad.

La doctrina, y en muchos casos, el ordenamiento sustantivo de otros países, hace distinciones en cuanto a los tipos de calumnia o injuria y los dividen en cuatro supuestos:

1. Calumnia o injuria inferida a particulares a través de otros;
2. Calumnia o injuria vertida en juicio;
3. Calumnia o injuria inferida por escrito; y
4. Calumnia o injuria inferida verbalmente.

Lo cual exige, por la índole privada del objeto del proceso, que el mismo proceda siempre mediante querrela criminal y que el agraviado se muestre siempre parte como acusador particular o privado, lo cual presupone que el Fiscal no resulta el titular de la acción penal en estos casos.

Una evaluación de los elementos configuradores del tipo en estas modalidades delictivas, especialmente en lo concerniente al bien jurídico objeto de protección, obliga a sostener que ambas figuras, tanto la calumnia como la injuria, atacan el patrimonio moral de las personas, sustentado objetivamente en la opinión que tienen los demás de su valor como ciudadanos, y subjetivamente, el daño o temor que pueda crear esa opinión pública que se ha originado en contra de alguien.

Nuestra legislación procesal, establece este procedimiento especial sobre la base doctrinal de que, estos delitos objetivamente sólo son perseguibles a instancia de parte, son delitos privados, donde la acción no puede ser ejercida por el Ministerio Fiscal como sucede en la mayoría de las tipologías delictivas reguladas en la legislación sustantiva, y sólo cabe a la parte ofendida la posibilidad de accionar y poner en funcionamiento al órgano jurisdiccional en búsqueda de tutela efectiva a su derecho, lo que exige una serie de requisitos legales de cumplimiento obligatorio.

Lo anterior se vislumbra desde el primer artículo que norma este procedimiento especial, el 420, que refiere que sólo corresponde la acción penal en esos delitos, mediante querrela, a la parte ofendida o a las personas llamadas a completar su capacidad legal. También por Acuerdo No. 535 de fecha 9 de

noviembre del 1977, tomado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, se faculta a los jueces profesionales a personarse y ejercer por sí las acciones y derechos ante los Tribunales, siempre que resultaren previa y expresamente autorizados, con arreglo a lo regulado sobre el ejercicio de la abogacía.

En cuanto a los requisitos exigibles para el inicio de la acción penal mediante la correspondiente querrela criminal, se precisa que la misma requiere dirección y firma de letrado, además del cumplimiento de los requisitos de carácter formal relacionados con el escrito de interposición de la querrela, en el cual se deberá realizar alusión expresa a los siguientes aspectos: a) Tribunal competente ante el que se presenta (siempre de nivel provincial); b) las generales del querellante (nombre y apellidos, lugar de residencia, etc.); c) idénticamente del querellado, y de desconocerse alguna de ellas hay que referir las señas o información que mejor puedan llevar a su identificación; d) el relato de hechos, refiriendo relación de circunstancias en las que ocurrió, lugar en que acaeció, fecha, incluso la hora, esto por supuesto y como expresa la Ley, si se conocen; e) calificación legal, de forma razonada planteando si se integra un delito de calumnia o injuria, el grado de participación que se señale a cada querellado, las sanciones solicitadas de orden penal y las referentes a la responsabilidad civil si ello procediere; f) relación de las pruebas que se pretenden practicar con relación a la comprobación de los hechos; g) solicitud al Tribunal de que se admita la querrela, se practiquen las prueba planteadas y se dicte la sentencia accediendo a lo solicitado, y por último h) el escrito debe llevar la firma del que establece la querrela, querellante o de persona que a su solicitud, si él no pudiera firmar, lo haga en su representación cuando el mismo comparezca por sí mismo o sea, presentada por abogado que no tenga poder especial para formularla.

En la querrela por delito privado tiene una significativa importancia la designación del querellado y la descripción exacta de los hechos que se persiguen. Sólo podrán ser objeto de enjuiciamiento los hechos objeto de querrela y las personas contra las que se dirigió aquélla. En los delitos públicos o perseguibles de oficio, si de la instrucción se deriva la existencia de otros

posibles delitos o responsables, nada impedirá extender a los mismos la causa, si se trata de hechos conexos, o incoar nuevas diligencias por separado. Esto no es posible en los delitos privados. Solo los hechos recogidos en el escrito de querrela podrán ser objeto de investigación y, en su caso, ulterior condena, además de que sólo las personas contra las que se dirige la querrela podrán tener la consideración de imputados. Dada la divisibilidad de las acciones por delitos de injuria o calumnia, el presupuesto procesal de la interposición de querrela sólo podrá entenderse cubierto para aquéllas personas designadas nominativamente o de forma indirecta en la querrela.

En cuanto a los casos en que el querrellado venga sujeto a una jurisdicción especial, o sea, a un Tribunal determinado, por razón de cargo o funciones, será ante ese Tribunal que se interpondrá la querrela, e igualmente se hará cuando sean varios los querrellados y alguno de ellos estuviese sometido a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer del delito. Esto puede darse en los casos que la Ley lo regula con relación a las jurisdicciones especiales, lo cual se establece en el actual artículo 422 de la vigente Ley de Procedimiento Penal. Por lo contrario, el querellante, sea cual fuere su condición o fuero, quedará sometido a la jurisdicción, a todos los efectos del proceso, del Tribunal competente para conocer del delito objeto de la querrela por él interpuesto, según se establece en el artículo 423 de la supramentada Ley Instrumental.

El querellante puede desistir de continuar el juicio en cualquier momento antes de que el Tribunal adopte la resolución correspondiente y en estos casos el órgano juzgador no podrá hacer uso de las facultades que le otorga el artículo 350 (fórmula), como ocurre en los delitos perseguibles de oficio ante la retirada del Fiscal. No obstante el mismo estará sujeto a las responsabilidades derivadas de los actos anteriores.

Con independencia de lo anterior, se considera abandonada la querrela cuando el que la estableció, querellante, dejó de impulsar el proceso dentro de los diez días siguientes a la práctica de la última diligencia que se haya realizado, o deje de evacuar cualquier trámite dentro del plazo requerido para hacerlo, de igual forma, ocurrirá ante el caso de muerte o incapacidad que le impidan

comparecer, no lo haga alguno de sus herederos o el representante legal, a sostenerla en un término de treinta días a partir de la fecha del emplazamiento que se realice a tales efectos. Como se puede observar, los requisitos exigidos en el artículo 424 resultan significativos, con especial relevancia a aquel que establece la imposibilidad de que el Tribunal continúe el proceso ante el desistimiento del querellante.

Como ya hemos anotado con anterioridad, solamente están legitimados para la iniciación de un proceso de querrela, el perjudicado, su representante legal en caso de incapacidad, y en caso de haber fallecido su viuda o viudo, los ascendientes, descendientes y hermanos, en este mismo orden de prelación, lo cual no excluye que ante la inactividad de esos parientes, en cada grado, los siguientes puedan ejercer ese derecho a continuar la acción ya iniciada. De darse el caso de que sean varios los parientes que quieren o pretendan ejercer la acción, éstos lo harán bajo una sola dirección letrada, lo cual les será prevenido por la instancia judicial, no tomándose en consideración otro actuar que no se ajuste a lo preceptuado en el artículo 425, de nuestra Ley Ritual.

Es importante señalar que, en los delitos de delito de calumnia o injuria, cuando la acción delictiva es cometida en juicio, se precisará acreditar la autorización del Tribunal que haya conocido del proceso penal o asunto civil de que se tratare en que se entienda cometido el delito. No siendo esta autorización prueba bastante para la imputación, según se aclara en el artículo 420, mientras que el artículo 427 viene referido a la situación procesal que se da cuando la calumnia o la injuria han sido proferidas por escrito, requiriendo, de ser posible, la presentación del documento original contentivo de la ofensa; o de la designación, en su defecto del archivo, protocolo, expediente, o actuaciones en las cuales se encuentre consignado la acción calumniosa o injuriosa, así como acompañar copia del mismo. Se sobrentiende que esto ha de realizarse conjuntamente con el escrito de calificación. El artículo 428 norma la cuestión de las copias y documentos que deben acompañar al escrito de promoción y al auto que resuelve lo procedente sobre su admisión.

En el artículo 429 se establecen las causales de inadmisibilidad de la querella cuando no se cumplen los requisitos referidos en los párrafos que anteceden y a su vez se señala otro grupo de éstos que, a igualmente resultan esenciales para la tramitación del proceso y por su importancia se detallan a continuación:

- ✓ Cuando los hechos relatados en ella no sean constitutivos de delito, lo cual resulta obvio³⁶; o resulten manifiestamente falsos.
- ✓ Cuando haya prescrito la acción³⁷, esto al igual que en el procedimiento ordinario y que se resuelve o bien de oficio o cuando las partes alegan la cuestión incidental, de la fase intermedia, del artículo 290, apartado 3.
- ✓ Cuando proceda la cosa juzgada, o sea, cuando con anterioridad se haya dictado resolución y esta haya quedado firme, denegando la admisión de la querella o el Tribunal haya tenido al querellante por desistido o decaído en su derecho.

No obstante, se da la aclaración que, si la querella se declara inadmisibile por haber sido la misma interpuesta ante el Tribunal incompetente, podrá la misma iniciarse interponiéndola ante el que corresponda.

En cuanto al medio de impugnación, en este caso el recurso de casación, que podrá establecerse en su momento procesal oportuno, contra el auto que la declarase inadmisibile, se pronuncia el artículo 430, pero aclarando que existe excepción cuando el mismo haya sido resuelto por el Pleno del Tribunal Supremo Popular. Este supuesto sólo podría darse en casos muy especiales, cuando el querellado, por su fuero, tuviese que ser procesado por ese órgano jurisdiccional.

En el artículo 431, se norma el traslado a la parte querellada de las copias del escrito, para que éste nombre abogado que lo represente dentro del quinto día

³⁶ Esa posibilidad de repulsa de la querella a *limine litis* está en perfecta armonía con el principio constitucional de tutela efectiva.

³⁷ Vid. Ley 62 de 1987, Código Penal, Extinción de la Responsabilidad Civil. Artículo 59, inciso f) y Artículo 64.

desde el momento del requerimiento, y de no hacerlo se le nombrará de oficio. Desde esta perspectiva el derecho a la defensa constituye una garantía esencial del procedimiento y tal como regula el proceso ordinario, transcurrido el término establecido para designar abogado sin haberlo verificado, se procederá por la instancia judicial a proveer al imputado o querellado un abogado de oficio que asuma la defensa y represente sus intereses.

Por último, se nombra el trámite de evacuación de conclusiones, al cual se le otorga un término de 5 días, al igual que en el proceso ordinario, pero con la variante de que se plantea que dentro de los tres primeros días a partir del plazo concedido, el Abogado de la defensa tiene la oportunidad procesal de oponer como cuestión previa la inadmisibilidad de la querrela, alegando para ello alguno de los motivos contenidos en el Artículo 429, y en ese mismo momento, de ser posible, avalar su petición con las pruebas que éste, en capacidad de presentar, cuestión que será de conocimiento del querellante al dársele traslado de esta oposición, por un término igual al concedido al querellado de tres días, y tres días más tendrá el Tribunal para resolver lo pertinente. En esto se pudiera presentar alguna situación especial que dejare el término en suspenso, esto sobre la base de alguna tramitación documental que sea necesario solicitar para tenerse a la vista, y que no estaba a la disposición de ninguno de los interesados.

Se plantea además en este propio artículo 429 que, contra el auto que desestima el incidente no procede recurso alguno, pero, al igual que en el procedimiento ordinario, se da la posibilidad de la reproducción para en su día ser utilizado como motivo de recurso contra resolución que ponga fin al proceso.

Transcurren los dos últimos preceptos aclarando los fundamentos en que deberá basarse el Tribunal para resolverlo procedente, o sea, sobre la base de las pruebas planteadas por las partes y el desarrollo del juicio oral. Y que en los supuestos de desistimiento o abandono de la querrela, lo que corresponde es el archivo de las actuaciones, así como en los casos en que hubiese recaído una

sentencia absolutoria, la misma se declarará firme aún en el caso de que el querellante haya interpuesto recurso.

Existen diversos criterios en relación a la naturaleza jurídica de este procedimiento especial, lo que ha conducido a muchos autores a considerar que la posibilidad del ejercicio de la perseguibilidad y punibilidad del hecho de forma privada, constituye , una manifestación de voluntad de la parte ofendida, lo cual si en lo primero es acertado en lo segundo considero que no, ya que el único que tiene esa posibilidad es el órgano jurisdiccional, el que como titular del *ius puniendi* en última instancia, la declara con lugar y dicta sentencia resolviéndola.

En cuanto a la querella se ha sostenido por algunos autores que “la misma no es una condición de hecho sustantivo, sino una institución que tiene existencia en el ámbito del proceso, es decir, una institución procesal”, sin embargo, otros con mayor acierto sostienen que si bien la querella es una institución procesal especial, en ella, como en todos los demás procedimientos, lo que se normaliza es la forma de proceder para resolver las cuestiones referentes a conductas antijurídicas de determinada peligrosidad que afectan a la sociedad o a uno de sus miembros, y que, por supuesto, vienen tuteladas por la legislación penal sustantiva.

Desde la óptica en que ha sido regulado este procedimiento especial se estima que el mismo constituye realmente una manifestación de voluntad del particular, ante una acción delictiva que atenta contra su honor y que se encuentra bajo la tutela de la Ley Penal, y que por las normas procesales que se recogen en nuestra ley, se le da al sujeto pasivo la posibilidad de actuar en consecuencia como sujeto facultado para promover, a través de la acción, el ejercicio de la jurisdicción penal, de acuerdo con las normas establecidas para ello en la denominada querella criminal.

En el caso de la querella, lo que existe como fundamento al depositar la titularidad de la acción penal en manos directamente ofendido o de las personas que lo puedan representar en el ejercicio de este derecho, es el interés del Estado de proteger bienes jurídicos inherentes a la personalidad del

individuo como el honor o la intimidad personal. En este sentido un importante sector de la doctrina coincide en afirmar que el ejercicio de la acción penal en los delitos privados cuenta con las siguientes notas características³⁸:

- ✓ Voluntaria. En el acto de promover la acción penal privada prima la voluntad del titular, sin la cual no se pone en marcha la maquinaria judicial.
- ✓ Renunciable. La acción penal privada es renunciable.
- ✓ Relativa.- La acción penal privada es relativa, por cuanto la administración de todo el proceso penal y, sobre todo, la capacidad de ejercitar el *ius puniendi* está en manos del Estado, el particular tiene por tanto sólo facultades que se enmarcan dentro del control penal estatal.

Por último, cabe señalar que la acción penal privada en la mayoría de los países se encuentra limitada a unos cuantos delitos referidos mayormente al honor y los que afectan bienes jurídicos íntimos de la persona humana, violación de la intimidad personal o familiar, entre otros.

De lo anterior se concluye que, similar a los procesos de mediación, en el procedimiento especial regulado en la vigente legislación procesal para el ejercicio de la acción en los delitos perseguibles a instancia de partes, el principio de autonomía de la voluntad, tal y como quedó expuesto en el segmento introductorio del presente trabajo, es el eje sobre el que gravita la esencia de ambas metodologías, que en el caso de la mediación se potencia con la intervención profesional de un tercero (mediador) como facilitador de la comunicación, de la racionalización de los problemas, y como garantía de que la formación de la voluntad no va a estar condicionada por ningún tipo de elemento extraño a lo que realmente son los verdaderos intereses de las partes, mientras que en la querrela criminal la voluntad del agraviado está

³⁸ SALAS BETETA, Christian, “La acción Penal”, tomado del sitio <http://www.ofdnews.com/comentarios/1195>, en fecha 2 de mayo del 2006, 07:33:30 GMT.

dirigida a solicitar la intervención de un juez que procure la reparación del daño moral causado por el ofensor.

Todo ello obliga a concluir que, tanto en la querrela como en la mediación, la participación en el proceso es voluntaria, de manera que no se puede imponer forzosamente a ninguna persona que inste a un órgano judicial para interponer una querrela criminal o a que colabore en la “reconstrucción” de una relación viable de futuro, como destaca la definición de mediación que hemos adoptado, si no está dispuesta a participar de forma activa en el proceso de racionalización del conflicto y en la búsqueda de soluciones a los problemas que dificultan una salida digna y positiva a la crisis que lo ha originado. La articulación de esa relación de futuro supone la voluntad de cooperación entre las personas que, en principio, están enfrentadas.

Esta característica, que en definitiva constituye un denominador común entre ambas instituciones, sitúa a la persona como gestor de su propio problema, lo que presupone una contradicción con los métodos clásicos de justicia convencional, en los que la actitud del individuo resulta hasta cierto punto pasiva, pues son otros factores quienes tienen el protagonismo dentro del escenario conflictual.

Se estima, por tanto, que la mediación puede funcionar como una vía alternativa o accesoria, para la solución de controversias en las que intervienen individuos insertos en conflictos originados con motivo de infracciones penales que afectan el honor, imperando de esta forma la restitución sobre la retribución y sin que el empleo de la mediación contraste en este supuesto con ningún principio constitucional.

Es una propuesta ideal para lograr la protección de los derechos defendidos por el agraviado y tutelar eficazmente sus intereses personales, sin la necesidad de solicitar la intervención judicial, que en la generalidad de las ocasiones focaliza su función de impartir justicia exclusivamente en reprimir el

delito y no en buscar una compensación o reparación satisfactoria para el daño moral experimentado por la víctima.

En este sentido el empleo de la mediación se traduce en un método que evita llegar al Derecho Penal como último recurso, es importante resaltar que la mediación aplicada como posibilidad real en los delitos perseguibles a instancia de parte, de ninguna manera pretende suplantar al sistema de justicia penal convencional, sino el brindar la mejor ayuda posible en la solución del conflicto como variante alternativa o complementaria, siempre y cuando las partes así lo consientan dada su naturaleza voluntaria, lo que a su vez funcionaría como un medio de prevención al resultar una fórmula eficaz de resolver los conflictos. En definitiva, el mediador no sustituye ninguna función jurisdiccional, solamente coadyuva en la búsqueda de soluciones factibles y opina sobre conveniencias

La inserción de la mediación en el procedimiento establecido para el ejercicio de la acción penal en los delitos privados, resulta una posibilidad tangible, que lejos de contraponerse a las corrientes que prevalecen, ya la tutelar o la garantizadora de derechos, las complementa y demuestra que mediante la mediación se logran beneficios tanto a las víctimas, como a los propios victimarios, sin invadir la esfera jurídica de acción de las autoridades que pudiesen intervenir en el procedimiento en caso de que fracase el proceso de negociación facilitada; de manera que con esta vía de resolución de controversias se logran depurar situaciones que en muchas ocasiones no son abordadas o cubiertas en su totalidad por el procedimiento formal, siendo entonces una oportunidad para abordar conflictos donde la causa no reside sólo en las características del ofensor, sino en conflictivas añejas, resultantes de fricciones entre víctima y victimario.

Esta nueva opción a la justicia, encuentra un campo fértil de acción en los delitos perseguibles a instancia de parte y constituye una alternativa viable a la judicialización, además de que no produce un daño tan lesivo en la mente de los involucrados, acaba con la etiquetación lacerante y elimina los resentimientos por falta de comunicación.

En esencia, se puede considerar que mediante el empleo de la mediación penal se cumplen con los objetivos de asegurar la protección de la víctima en los delitos contra el honor, a través de la restitución y la reparación del daño moral causado; por ser un instituto que algunos lo ubican antes de iniciar el procedimiento y al solucionar los conflictos entre víctima-agresor, se erige como una alternativa para el Procedimiento Jurisdiccional.

En síntesis, la mediación penal es un método de resolución de conflicto susceptible de ser utilizado ante situaciones que generen querrelas criminales, cuya característica principal estriba en la participación de un sujeto neutral, el mediador, encargado de ayudar a las partes involucradas a lograr un acuerdo para solucionar el conflicto y reparar o restituir los daños causados por la conducta del infractor. Es indudable que esta vía apunta a restablecer los intereses del ofendido pudiendo sustituir, en algunos casos, a la persecución penal estatal si se cumple el acuerdo pactado con éxito.

No se debe obviar que el propósito de la mediación como institución es el de diseñar un procedimiento de resolución del conflicto que se adecue al valor de justicia por parte de los individuos implicados, donde se genere un espacio de discusión de la ofensa y de negociación de un plan de reparación aceptable.

Los programas de justicia restauradora, dentro de los cuales se inserta la mediación penal, le dan a la víctima, al infractor o infractora y a los miembros afectados de la comunidad, la posibilidad y habilidad de estar directamente involucrados en reaccionar al crimen.³⁹

Hay cinco objetivos que deben cumplirse en un programa o sistema para que sea considerado verdaderamente parte de la justicia restauradora⁴⁰:

³⁹ La justicia restauradora fue introducida principalmente en Canadá, Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda; pero ahora es un fenómeno mundial. Para informaciones globales, ver: <http://www.restorativejustice.org/resources>.

⁴⁰ ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. *Sistemas Alternativos a la Resolución de Conflictos (ADR). La mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Documento de Trabajo 110/ 2007

Participación plena y consenso completo. Esto significa que las víctimas y los infractores o infractoras intervienen en el proceso, además de que también pueden participar otras personas a quienes se considere que se han vulnerado sus intereses, por ejemplo, vecinos que ya no se sienten seguros a causa de la criminalidad existente en su zona. Se concentra en los beneficios de la participación voluntaria, aunque frecuentemente la parte ofensora esté motivada principalmente por el deseo de evitar el proceso penal y un probable severo castigo.

Sanar lo que ha sido dañado o destruido. Una de las primeras preguntas en cualquier proceso restaurativo es “¿qué necesita la víctima para sanar el daño, recuperarse y recobrar su sentido de seguridad?” Las víctimas pueden necesitar información, la posibilidad de expresar su ira y su enojo hacia las personas que les han hecho daño, y necesitar la reparación de esos daños. Tal vez los infractores o infractoras también necesitan ser sanados, liberarse del sentimientos de culpa y de temor; solucionar los conflictos o problemas de base que condujeron al delito; y tener la oportunidad de reparar los daños.

Responsabilidad plena y directa. La responsabilidad va más allá de que las personas infractoras se den cuenta que han desobedecido la ley. Tienen que encontrarse con las víctimas a las cuales hicieron daño, enterarse sobre cómo sus acciones han perjudicado a otras personas, y tomar medidas para reparar el daño que causaron. Los infractores o infractoras deben también explicar su conducta, para que de esta manera la víctima y la comunidad puedan tratar de entenderla.

Reunificar lo que fue dividido. El delito causa profundas divisiones entre las personas, dentro de las comunidades y aún en las familias. El proceso restaurativo pretende reconciliar a la víctima y el infractor o la infractora, y a lograr la reintegración de ambos en la comunidad. Esto no significa que el ofensor no tenga que enfrentar a sus responsabilidades; pero ofrece posibilidades innovadoras para manejar el caso sin utilizar exclusivamente la

punición y el encarcelamiento.⁴¹ Una de las premisas de la justicia restauradora es que los roles de “víctima” e “infractor” tienen que ser de carácter temporal y no durar toda una vida. El sistema penal a veces crea víctimas e infractores profesionales, vale decir, que aceptan esta identidad y este rol permanentemente y se comportan en conformidad por el resto de su vida. El objetivo de la justicia restauradora es liberar ambos de su pasado, donde ya no sean definidos, limitados, y encerrados principalmente por el daño que hayan causado o padecido.

Fortalecer a la comunidad y evitar más daños y perjuicios en el futuro. La criminalidad provoca perjuicios, pero al mismo tiempo puede revelar ciertas injusticias preexistentes. Estas pueden ser de carácter personal (como por ejemplo, una vieja enemistad entre el “infractor” o “infractora” y la “víctima” que se exprese en una conducta criminal). Pueden también ser desigualdades sistémicas permanentes por razones de origen racial o posición económica, aunque no justifiquen la conducta de la parte infractora. Deben ser resueltas para fortalecer a la comunidad y garantizar que sea un lugar justo y seguro donde se pueda vivir y convivir.

Cada uno de estos objetivos dotan a los programas de justicia restaurativa con una especial singularidad frente al modelo de justicia penal o justicia retributiva como también se le conoce, pues como acertada afirma el Dr. Emilio C. Viano⁴², “representan una nueva perspectiva en el campo del derecho penal, la

⁴¹ Por ejemplo, Murder Victims’ Families for Reconciliation (MVFR) es una organización fundada y dirigida por sobrevivientes que representa familias de víctimas de homicidio que se oponen a la pena capital (www.mvfr.org). En la Cárcel Estatal de California en Solano, el programa de reconciliación entre víctimas y ofensores facilita encuentros entre presos responsables de crímenes violentos y las víctimas.

⁴² Pionero en el campo de la victimología, los derechos de las víctimas y experto en el tema de la criminalidad transnacional, el Dr. Emilio Viano es reconocido internacionalmente por sus contribuciones en los campos de la justicia y de los derechos humanos. En la actualidad se desempeña como profesor en la *American University* y Profesor Adjunto en *Washington College of Law* en los Estados Unidos. Miembro de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria (FIPP), del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología (Paris) y de la Sección USA de la Asociación Internacional de Derecho Penal, y Consultor Internacional del Comité Permanente de América Latina para la revisión y actualización de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptadas por la ONU en 1955.

victimología y la criminología” que garantizan a las partes ser los verdaderos protagonistas de sus propios conflictos.

Esta vertebración identificativa de la mediación penal, como programa básico de justicia restauradora, con las figuras de la víctima y el ofensor en los delitos privados, obliga sugerir la conveniencia de su articulación formal dentro del actual modelo de sistema de justicia penal en nuestro país, aunque no se puede soslayar que la puesta en práctica de esta propuesta genera importantes dudas al momento de estudiar su adecuación a las normas de fondo y de forma que regulan el actual sistema de penal.

2.2 Necesidad de un marco objetivo para la implementación de la mediación penal como propuesta de solución a los conflictos generados en la esfera de los delitos privados en Cuba

Como se apuntó anteriormente, el éxito del modelo de mediación como mecanismo de solución de conflictos no reside en su absoluta alternatividad o independencia del proceso penal-judicial, sino en su razonable integración en el sistema de justicia para favorecer fines restaurativos, reparatorios o no. Fines que le dotan de valor como mecanismo de mejora del sistema general de gestión de los conflictos penales. La articulación reclama atender tanto a instrumentos sustantivos como procesales que posibiliten, por un lado, su funcionamiento como espacio paraprocesal autónomo⁴³ y, por otro, que permitan revertir sus efectos al proceso judicial de forma compatible con las garantías fundamentales.

De alguna manera, el desarrollo de la mediación penal en Cuba, debido al déficit cultural e ideológico del que adolece, debe someterse en un primer momento a un proceso de retroalimentación. Su introducción a la sombra del sistema tradicional de justicia puede constituir un paso necesario que no

⁴³ *Vid.* Conclusiones del Seminario sobre Mediación Penal organizado, dentro del Plan de Formación Continuada, por el Consejo General del Poder Judicial, en Madrid, los días uno a tres de junio de 2005.

supone cerrar el círculo de su expansión, ni las posibilidades futuras de aproximación a prácticas cada vez menos estatalizadas.

Una aproximación realista al desarrollo de la mediación penal en nuestro país, obliga a diseñar buenos mecanismos de articulación entre el proceso de mediación y el proceso judicial, partiendo de la necesidad de reconocer al primero un espacio de autonomía funcional, pero que al tiempo sea compatible con las exigencias de control y eficacia de los acuerdos restaurativos que se alcancen dentro del espacio reservado para el segundo.

Nuestro país debe asumir la alta responsabilidad de permitir la entrada en juego de nuevas formulas legales o alternativas, algunas próximas a la noción de la llamada *community mediation* (mediación comunitaria) y la creación de servicios de mediación intercultural que no tengan la obligatoriedad de transitar necesariamente, por la estrecha e inútil puerta del proceso penal. Pero para ello no sólo bastan soluciones de tipo normativo. Se hace imprescindible la apertura de un debate social horizontal al que estén llamados a participar todos los agentes sociales implicados.

Cuba se enfrenta a la actual realidad multicultural con una evidente desventaja, originada precisamente por la ausencia de un modelo de gestión de los conflictos y de bases conceptuales de análisis para su desarrollo, lo que, paradójicamente, presupone también una ventaja, que se traduce en la posibilidad de buscar vías de gestión novedosas que no arrastren preconcepciones sobre la organización social, por ello resulta válido afirmar que, en estos momentos de necesidad incipiente de contar con nuevas formulas legales para la solución de conflictos, “el pragmatismo en la regulación del modelo de mediación en el ámbito penal constituye la mejor garantía para su adecuado progreso”⁴⁴.

⁴⁴ ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. *Sistemas Alternativos a la Resolución de Conflictos (ADR). La mediación en las jurisdicciones civil y penal. Documento de Trabajo 110/ 2007*

La lamentable omisión del legislador nacional en lo concerniente a la articulación de la mediación dentro del Sistema de Justicia Penal en Cuba, no ha impedido que, de forma fraccionada, se hayan realizado esfuerzos de implantación de otros modelos operativos de justicia no convencional en el ámbito penal, donde aquélla resulta posible aprovechando los resquicios normativos que concede nuestra legislación nacional.

Desde la perspectiva antes expuesta, se impone *prima facie* realizar un análisis de las principales disposiciones normativas dentro de nuestro actual ordenamiento jurídico, que si bien no resultan suficientes para la total incorporación de la mediación como instrumento alternativo en la solución de conflictos penales, no obstante, permiten su futura vertebración e inserción en el sistema de justicia penal tradicional.

Así pues, La Constitución de la República de Cuba, no excluye la eventual posibilidad de articulación del proceso de mediación en el sistema de justicia convencional, cuando dispone en su artículo 120 que “la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye⁴⁵, lo que técnicamente abre las puertas para la utilización de mecanismos de negociación facilitada en la solución de algunos conflictos engendrados en el seno de la sociedad.

Ahora bien, por su parte la ley 62 de 29 de diciembre de 1987, “Código Penal”, en su parte expositiva claramente evidencia la voluntad política del Estado Cubano de estimular otras formas de enfrentamiento al fenómeno delictivo distintas de aquellas tradicionalmente empleadas, cuando expone que, “En los últimos años el Estado Socialista ha establecido y desarrollado vías distintas para prevenir y enfrentar las violaciones de la ley, lo que significa un progreso importante en la estructuración de un eficaz, armónico y educativo sistema de

⁴⁵ Vid. Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992 y en el 2002.

lucha contra las infracciones de la legalidad y para la formación de una cultura de respeto a la ley, todo lo cual permite extraer, actualmente de la esfera penal las conductas que por su naturaleza no constituyen propiamente delitos y que por su carácter a los efectos de su tratamiento deben pasar a otras ramas jurídicas”.

Esta formulación expositiva que se ilustra en nuestra legislación penal sustantiva, permite la entronización de nuevas metodologías para el enfrentamiento a las conductas violatorias de la ley, distintas de los mecanismos de justicia tradicional comúnmente utilizadas, lo que sienta las bases para la progresiva incorporación de otros instrumentos de naturaleza no retributiva que, inspirados en el principio de tutela efectiva, contribuyan de manera eficaz en la solución de algunos conflictos penales de menor injerencia, sin la intervención del Derecho Penal Sancionador.

La conquista obtenida con la incorporación del artículo 8, apartado 3, del precitado cuerpo legal, constituye un ejemplo loable del incipiente proceso de articulación de métodos no convencionales de justicia penal dentro de nuestra legislación sustantiva, en este caso el Derecho Administrativo, pues la facultad de penalizar la conducta presuntamente delictuosa corresponde en este caso a la autoridad actuante durante el proceso investigativo, a quien el legislador concedió la prerrogativa de corregir pecuniariamente al infractor, previa aprobación del Fiscal, en aquellos delitos cuyo marco sancionador no exceda los tres años de privación de libertad o multa superior a mil cuotas y siempre que la conducta del agente comisario no revele una elevada peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor como por las características y consecuencias del hecho⁴⁶.

Dentro del significativo grupo de modalidades delictivas en las que se prevé por los especialistas la posibilidad de aplicar las técnicas de la mediación penal, una familia centra toda la atención de este trabajo, los llamados delitos contra

⁴⁶Ley 62, Código Penal (actualizado), Editorial Ciencias Sociales, 1998.

el honor, (Injuria y Calumnia), donde el ejercicio de la acción penal no se confiere al Ministerio Público como sucede en los delitos perseguibles de oficio, sino que el propio agraviado deviene en titular de la acción y la promueve a voluntad ante la instancia judicial mediante querrela criminal articulada con la asistencia letrada de un abogado.

Este espacio operativo, donde la actividad jurisdiccional no depende de la acción penal pública sino de la voluntad de la víctima, constituye el escenario idóneo para la articulación de formulas alternativas de negociación asistida que no se limiten simplemente a la gestión propia del conflicto, sino que contribuyan, también, a recrear espacios de comunicación y nuevos instrumentos de socialización donde la víctima y ofensor u ofensora pueden discutir y evaluar alternativas de solución que no estaban antes contempladas.

La mediación entre víctimas e infractores o infractoras puede introducirse en cualquier etapa del proceso de justicia penal, o llevarse a cabo al margen de dicho proceso, es válido recordar que la mediación en estos supuestos presenta dos variantes interesantes, mediación preprocesal o extraprocésal (voluntaria) y la mediación intraprocésal o endoprocésal (inducida).

Se trata de métodos alternativos al proceso, pero lo cierto es que a veces la alternativa presupone un proceso. Por ello, habría que decir que lo alternativo tendría dos perspectivas fundamentales. La primera es externa al proceso y comprendería los medios de tutela que excluyen el proceso y que, de este modo, son radicalmente alternativos. La segunda es a su vez interna y comprendería aquellos medios técnicos de tutela endoprocésal que no puede decirse sean propiamente sustitutivos del proceso, en cuanto implican ya su existencia y promoción, pero sí aparecen configurados como optativos a su curso ulterior y, sobre todo, como alternativos a la decisión judicial final. En todo caso, la alternativa por antonomasia viene a ser la primera perspectiva,

esto es, la que intenta evitar el recurso a la Jurisdicción y al proceso que se desarrolla por y ante ella⁴⁷.

En el espacio preprocesal la mediación en puridad se sitúa extramuros al sistema penal. La obtención de un eventual acuerdo restaurativo provocará como efecto principal la evitación de la apertura del proceso en sentido estricto. Su eficacia queda constreñida al conjunto de infracciones para cuya persecución resulta necesaria la denuncia de la parte agraviada o perjudicada por el delito.

En estos supuestos los acuerdos restaurativos que se alcancen no acceden al proceso penal⁴⁸ y, por tanto, tampoco a una decisión judicial, por lo que carecerán de eficacia oponible o ejecutiva, sin perjuicio de fórmulas civiles de reclamación de lo convenido, siempre que se limiten a fórmulas reparadoras de carácter patrimonial. Ello no significa, sin embargo, que el proceso de mediación en estos casos no satisfaga fines específicos que permitan a las partes obtener objetivos restaurativos de tipo simbólico, como una explicación del porqué de la acción dañosa o el ofrecimiento por el agresor de disculpas a la víctima.

Para el Dr. Armando Castanedo Abay, “la mediación como mecanismo de saneamiento de las relaciones sociales, no se puede dejar única y

⁴⁷ En un sentido similar se expresa GAGGERO. En efecto, sostiene este autor que la denominación de todos los métodos A.D.R. como alternativos a la Jurisdicción, sólo es correcta si con ella se intenta remarcar que, mediante el recurso a dichos métodos, las partes se sustraen de los actos de ejercicio de la función jurisdiccional. Pero, en algunos casos, cuando se habla de los A.D.R. como métodos extrajudiciales de solución de conflictos, no necesariamente se está diciendo que se desarrollen fuera del ámbito de la Jurisdicción. En este sentido, se puede precisar que sólo son remedios extrajudiciales los *Adjudicative* A.D.R., es decir, aquellos que resuelve un tercero, y que son claramente un camino diverso al de la Jurisdicción. Los *Non Adjudicative* A.D.R. no son incompatibles con el desarrollo frente a la magistratura, sino que consisten en instrumentos que persiguen una finalidad profundamente diversa respecto al ejercicio de la actividad jurisdiccional, y que consiste en la composición negocial del conflicto.

⁴⁸ En puridad, como afirma Ubertis (2005), el efecto es la desprocesalización del conflicto.

exclusivamente a la voluntariedad de los sujetos que la requieren”⁴⁹, en tanto esta situación a la postre dejaría, según el referido autor “poco espacio para comprender a cabalidad que los vínculos se van deshumanizando y se van tecnificando y que los intereses son la clave mediante la cual se logran y desechan relaciones humanas”⁵⁰.

Por su parte, la mediación intraprocesal (inducida) es aquella que depende de una remisión previa del conflicto, por la autoridad facultada, a la Oficina de Mediación correspondiente.

Significa la aplicación de mecanismos por los cuales fluyan los conflictos que demandan la intervención jurisdiccional (de los tribunales de justicia), por cauces ágiles, sencillos y eficientes, que garantizan la verdadera esencia de la mediación: “erigirse como verdadera alternativa a la justicia tradicional”⁵¹, y que, a su vez, no tengan necesariamente que recibir el tratamiento jurisdiccional.

De acuerdo con este análisis, coincido totalmente con el referido autor en cuanto a los beneficios derivados del proceso de mediación inducida y en tal sentido, considero prudente afirmar que esta metodología de tutela endoprocesal, se ajusta perfectamente a la exigencias regulatorias que sugiere una adecuada articulación de un proceso de negociación asistida en los delitos perseguibles a instancia de parte, donde la remisión al proceso medial sea propuesto por la instancia judicial competente para resolver la querrela criminal (Tribunal Provincial Popular), la que en todo caso vendrá obligada a garantizar de forma adecuada su impermeabilización respecto a los contenidos e informaciones reveladas en las sesiones de mediación, lo cual permitiría que,

^{49 49} Vid. CASTANEDO ABAY, Armando, *Mediación para la Gestión y Solución de Conflictos*. Ediciones ONBC, La Habana, 2009, p.155.

⁵⁰ CASTANEDO ABAY, Armando, *Idem*.

⁵¹ CASTANEDO ABAY, Armando, *Idem*.

tanto el infractor como la víctima, pueden identificar en dicha actuación externa de control judicial una mayor garantía de sus derechos.

Resulta de vital importancia, por tanto, la creación de un centro de mediación que posibilite la construcción de un espacio operativo donde se puedan resolver los conflictos generados entre la víctimas y el victimario. En este campo resulta imprescindible la asistencia de un Equipo Técnico Interdisciplinario (abogados, psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, etc.), quienes podrán asumir la función de mediador una vez efectuada la derivación o remisión judicial. Este centro deberá subordinarse metodológicamente al Ministerio de Justicia.

Es evidente que la decisión de envío debe ir acompañada de los antecedentes documentales y datos identificativos de las partes que permitan al equipo de mediación valorar técnicamente las posibilidades de abrir el proceso. Para ello, la interacción con el órgano judicial y los demás operadores técnicos del proceso puede resultar una herramienta de inestimable valor para el éxito del proceso.

El reenvío de los resultados del proceso de mediación debe realizarse directamente a la instancia judicial que canalizó la remisión. El documento elaborado por el equipo de mediación debe limitarse a dar cuenta del acuerdo restaurativo, en caso de que se haya alcanzado, o del resultado negativo, sin extenderse a informaciones sobre los hechos, obtenidas o recabadas durante las sesiones ni a consideraciones sobre responsabilidad o actitudes demostradas durante el desarrollo de aquéllas. El Tribunal, a su vez, debe dar cuenta a las partes, ofreciendo un plazo para pretender la consecuencia procesal que estimen oportuna derivada del resultado del proceso de mediación. Esta metodología, sin temor a equivocarnos, contribuye a garantizar la eficacia vinculatoria de los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación.

Es evidente que Cuba se encuentra frente a una carencia de un marco teórico sustentable que pueda englobar a este proceso. Se sabe que estos

procedimientos necesitan de una estructura especializada compleja, que abarca diversas materias interdisciplinarias, y además una importante tarea de seguimiento post acuerdo de las partes involucradas en el conflicto. No obstante ello, se puede afirmar que, en la actual coyuntura nacional, la implementación de un modelo de entendimiento facilitado dentro del sistema de justicia penal en nuestro país, constituye meta obligada mientras se desee lograr un gradual perfeccionamiento del mismo y garantizar una tutela efectiva a los derechos de las partes involucradas en situación de contienda.

En este sentido, se considera que la realidad cubana actual impone la necesidad de reflexionar muy seriamente sobre éste tema, sobre todo en la posibilidad de articular la mediación penal como alternativa en el saneamiento de los conflictos suscitados en el ámbito de los delitos privados, en tanto la propia sociedad exige sus mecanismos de autorregulación, pues no resulta difícil encontrar una persona que, a pesar de encontrarse en medio de un conflicto penal de esta naturaleza, no desea bajo ningún concepto acudir a un tribunal a resolver su problema, alegando que la cuestión puede resolverse con el asesoramiento de una autoridad que sea capaz de escuchar a ambas partes y ofrecer las soluciones legales que correspondan.

El que una sociedad cree y utilice adecuadamente la mediación como alternativa a la resolución de sus conflictos, con sus características de privacidad, rapidez, equilibrio inter-partes, satisfacción de expectativas de todas las partes del conflicto y el restablecimiento de la comunicación entre ellas, posibilita indefectiblemente que ésta cuente con un mecanismo efectivo de autorregulación, que pueda defenderse de acciones u omisiones que la dañen sin necesidad de utilizar métodos coactivos y que asegure de manera objetiva.

Por último, quisiera agregar que la función que cumplen los letrados en el proceso de la mediación resulta de vital importancia para la seguridad y funcionamiento del instituto de la mediación, debido a que los mismos tienen el insoslayable deber de informar y asesorar a sus clientes acerca de las ventajas y desventajas de participar en un proceso de mediación.

Con relación a la mediación penal es esencial que las partes tomen conocimiento que el mediador en ninguna oportunidad podrá suplir el rol del abogado de parte, asesorando a las mismas, ya que uno de los pilares básicos del instituto de la mediación es que el mediador tenga durante todo el procedimiento una conducta de imparcialidad, como así mismo de neutralidad hacia las partes.

Luego de que las parte hayan tomado conocimiento acerca de qué es y cómo funciona el proceso de mediación, sus representantes tendrán que analizar el caso en particular para saber realmente si es aconsejable o no que sus clientes participen de la mediación o si bien resulta más apropiado recurrir a otros métodos para resolver definitivamente el conflicto existente. Lo importante es que el cliente este siempre informado y por sobre todo sea él, quien decida qué camino desea elegir para resolver la controversia existente.

Asimismo, cuando los abogados comprendan adecuadamente el instituto de la mediación podrán facilitar el proceso y en consecuencia aumentar la probabilidad de lograr un acuerdo beneficioso para todas las partes intervinientes; evitando que las partes acudan al servicio del sistema judicial que como ya bien sabemos hoy en día es desgastante para las personas involucradas.

La conveniencia se instrumentar un proceso de mediación para resolver las disputas generadas en la esfera de los delitos contra el honor, se justifica además por el resultado derivado de las encuestas y entrevistas realizadas a diferentes profesionales del derecho, esencialmente abogados de probada experiencia y verificada capacidad técnica pertenecientes a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en la Provincia de Pinar del Río.

De los veinte expertos entrevistados resultó que todos conocen los distintos métodos de justicia alternativa, sobre todo la mediación, la conciliación y el arbitraje. Muchos han utilizado en algún momento del desarrollo de su trabajo y de manera informal, algunos de los métodos enunciados, o al menos técnicas que se emplean en la aplicación de los mismos (sobre intentando conciliar

posiciones entre las partes); coinciden en que el empleo de estas técnicas de justicia alternativa carecen de eficacia jurídica en nuestro país al no existir una norma que regule dicho procedimiento en materia penal y por tanto pueda validarse el acuerdo con carácter obligatorio para las partes en conflicto con vistas al futuro.

De igual forma, hay consenso en lo relativo a que en nuestro país se encuentra limitada la aplicación de mediación penal, justamente por la carencia de un marco legal que regule esta institución.

Todos concuerdan en que la mediación resulta un método adecuado para resolver conflictos penales y que de hecho su aplicación queda reservada con mayor efectividad, en los conflictos originados por delitos perseguibles a instancia de partes.

Resultó además un criterio generalizado que los profesionales, previa capacitación como mediadores, ideales para guiar un proceso de este tipo son los juristas, ya sean abogados de Bufetes Colectivos u otros profesionales del derecho adscritos al Ministerio de Justicia; en tanto poseen las herramientas necesarias para conducir el debate y establecer los límites de lo legal.

Al referirse a las dos posibilidades o métodos para resolver conflictos penales, le atribuyen igual importancia, tanto a la justicia alternativa como al modelo tradicional, mientras que nadie niega la eficacia de éste último cuando no se logra el acuerdo y es necesario imponer el derecho que la ley otorga de forma coactiva. Coinciden que sería muy saludable para una sociedad como la nuestra, poder ofrecer otra posibilidad para aquellas personas que deseen resolver su problema de forma civilizada y pacífica, en tanto el "buen arreglo" contribuye al fomento de relaciones duraderas entre los integrantes de una familia, y por ende estabilidad en el desarrollo social.

La totalidad de los entrevistados opinan que la falta de regulación jurídica de la mediación penal, como método alternativo de resolución de conflictos, limita otras posibilidades de solución de conflictos en materia penal; de aquí que

hayan dirigido sus recomendaciones básicamente hacia la necesidad de implementación de una norma jurídica reguladora de dicho método.

CONCLUSIONES

1. En el mundo moderno se utilizan formas alternativas para la solución de conflictos penales perfectamente aplicables a nuestro país, cuyas ventajas permiten modificar la manera tradicional de arreglar los problemas de esta naturaleza, al permitir enfrentarlos desde una perspectiva constructiva y a su vez menos formal, que impacta de forma positiva en la psiquis humana al desarrollarse fuera del marco jurisdiccional; con la garantía de especialistas capacitados que puedan auxiliar a los contrarios en recuperar el diálogo y a su vez fijar los límites de la legalidad de sus acuerdos
2. La mediación constituye una forma de Justicia Alterativa, con un amplio campo de aplicación en Cuba, especialmente para solucionar conflictos penales derivados de la comisión de delitos perseguibles a instancia de parte.
3. En un sistema social como el nuestro en que el Estado resulta fiel velador del cumplimiento de las garantías constitucionales de las personas, procurar la implementación de un sistema de justicia alterativa para resolver conflictos penales de naturaleza privada, fortalece nuestro crecimiento ético al reconocer en los ciudadanos, proveídos de una cultura general integral, su capacidad para desarrollar el diálogo y con ello una Justicia de Paz.
4. El proceso judicial clásico o método adversarial debiera reservarse para resolver aquellos conflictos penales suscitados en la esfera privada, solo cuando no pudiera lograrse un acuerdo entre víctima y victimario en la vía pacífica extrajudicialmente; pues la imposición coactiva sobre determinados actos humanos no siempre logra establecer coordinadas de relaciones futuras entre las partes que posibiliten mantener el entendimiento.

5. Dado el desarrollo social alcanzado por el país en los últimos años, es el momento oportuno para regular en el orden legal la implementación de un sistema de mediación que facilite la solución de los conflictos penales generados en el ámbito de los delitos privados.
6. Asimilar la dimensión de lo que representa la puesta en práctica de un programa de mediación penal, a escala nacional, aliviaría en gran medida la agudeza del enfrentamiento de la sociedad a los propios conflictos que en esta se generan.
7. La introducción en Cuba del proceso de negociación facilitada permitirá, entre otras múltiples ventajas, el perfeccionamiento sistemático y gradual del sistema jurídico nacional.
8. Es preciso desarrollar y conceptualizar un modelo de mediación complementario a la litigación penal, para contribuir así al desarrollo de una cultura transformativa y sanadora de los conflictos que atañen la esfera de los particulares, a los cuales les otorga una visión jurídica.

RECOMENDACIONES

- Proponer a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular valorar las posibilidades para la articulación de la mediación penal en el Sistema de Justicia Penal en Cuba, considerando sus múltiples ventajas en lo concerniente a la solución de conflictos penales con relación al método de justicia tradicional.
- Instrumentar inicialmente la mediación como alternativa de solución complementaria al proceso penal, en el procedimiento establecido para el ejercicio de la acción penal en los delitos perseguibles a instancia de parte en nuestra vigente legislación procesal.
- Socializar los resultados derivados de esta investigación con otros espacios operativos de carácter académico y científico, mediante la adecuada intervención de la Unión Nacional de Juristas y las respectivas Facultades de Derecho del País, con el marcado propósito de profundizar en la propuesta y contribuir de manera positiva en la progresiva articulación de este modelo en nuestro Sistema de Justicia Penal.
- A las autoridades encargadas de fomentar la cultura jurídica en los ciudadanos, hacer extensiva la información relacionada con este novedoso mecanismo de solución conflictos en materia penal y las ventajas que este se derivan en sentido general, mediante los correspondientes medios de difusión masiva puestos al servicio de la población.

BIBLIOGRAFÍA

CASTANEDO ABAY, Armando. *Mediación. Una alternativa para la solución de conflictos*. Colegio Nacional de Ciencias jurídicas y Sociales. Hermosillo, Sonora, México. 2001.

TOUZART, Hubert. *La mediación y la solución de los conflictos*. Editorial Herder. Barcelona. España. 1981.

CUMUNEL, Yves. *Qu'est la médiation judiciaire?*, *Gazette du Palais* nº 188. Paris.1999.

LARRAURI, Elena. *Tendencias actuales de la Justicia Restauradora*, en Serta in memoriam Alexandri Baratta.VV AA; editado por Pérez Álvarez, Fernando, Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Aquila fuente, alamanca.2004.

SAN MARTÍN LARRINOA, María Begoña: *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos*, España, 1997.

SINGER, Linda R.: *Resolución de Conflictos*. Editorial Paidós, Buenos Aires,1996.

JURGEN, Habermas, *Between Fact and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg, trans. 1996).

MORRILLAS CUEVAS, Lorenzo, Ponencia. “*El Derecho Penal Mínimo o la expansión del Derecho Penal*”, presentada en el Encuentro Internacional sobre Temas Penales Contemporáneos. Habana. 2005.

BERIZONCE, Roberto Omar, *El abogado negociador*, Comunicación al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, 1993.

ALVAREZ HIGHTON, Elena. “*Resolución alternativa de disputas y Sistema Penal*”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

RAMIREZ TEMPRANA, Reinaldo. *Es posible utilizar la mediación penal en Cuba* Tercer Encuentro Internacional: Justicia y Derecho, La Habana, 2006.

PAZ SILVANA, Sitio Web: Restorative, Página consultada: “*Mediación Penal y Principios Procesales*”, Dirección: URL Http//: www.derecho.com

FRANCO O, Oscar. *Consideraciones y Análisis de la Normativa Vigente en Latinoamérica Sobre los medios Alternativos de Resolución de Conflictos*. Caracas, Venezuela, 2007.

AMADIS RODRIGUEZ, Juan Luciano. *Métodos alternativos de solución de Conflictos en el Código Procesal Penal*, Colección Capacitación Jurídica, Fundación Institucionalidad y Justicia, España, 2004.

MARTINEZ DE MURGUÍA, BEATRIZ: *Mediación y Resolución de conflictos. Una guía introductoria*, Ed. Paidós, 1999.

Legislación Consultada

Constitución de la República de Cuba, MINJUS, 1999.

Ley No 62/87, Código Penal de Cuba (actualizado), Colección Jurídica, MINJUS, 1999.

Ley No 5/77, Ley de Procedimiento Penal de Cuba, (actualizada), Gaceta Oficial de la República.

Código Procesal Penal de El Salvador (1998)

Código Procesal Penal de Venezuela (1998)

Código Procesal Penal de Costa Rica (1998)

Código Procesal Penal de Paraguay (1998)

Código de Procedimiento Penal de Bolivia (1999)

Código de Procedimiento Penal de Ecuador (2000)

Código Procesal Penal de Chile (2000)

Código Procesal Penal de Nicaragua (2001).

Código Procesal Penal de la República Dominicana (2002).

Código Procesal Penal de Colombia (2004).

Ley de Mediación No 8.858 del 2000 de la Argentina.

Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, 1999.

Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación de México.

Ley de Procedimiento de Resolución Alternativa de disputas de Texas, Estados Unidos, de 1987.

Decreto No 1.480 de fecha: 19/8/92 de la Argentina, donde se declara de interés nacional la Mediación como método no adversarial de Resolución de Conflictos.

Resolución No 535 de 1994 de la Argentina, aprobando el Reglamento para los mediadores.

Ley No 4989 del 2001, de la Argentina, Ley de Mediadores de la Argentina.

Ley de la Defensoría del pueblo del Ecuador de fecha: 1996

ANEXOS

Anexo I. Entrevista a Especialistas.

Compañero(a):

El presente cuestionario tiene como objetivo conocer su criterio sobre la posibilidad de articular la mediación penal como medio alternativo para la solución de conflictos en el Sistema de Justicia Penal en Cuba.

1. Nombres y apellidos _____
2. Cargo que desempeña y especialidad _____
3. Años de experiencia _____
4. ¿Conoce usted algún mecanismo de resolución alternativa de conflictos?
Sí___No___ (De resultar positiva la respuesta mencione alguno)
5. ¿Ha utilizado usted de manera informal, en algún momento del desarrollo de su trabajo, alguno de esos métodos alternativos de justicia? Sí___No___
(Argumente su respuesta).
6. ¿Considera usted que alguno de estos métodos tienen eficacia jurídica en materia penal en Cuba? Sí___No___ (Argumente su respuesta).
7. ¿Estaría usted de acuerdo con la articulación de la mediación en el sistema de justicia penal en Cuba? Sí___ No___ (Argumente su respuesta)
8. ¿Considera usted que la mediación penal pudiera utilizarse de forma alternativa en las querellas criminales en Cuba? Sí___ No___ (Argumente su respuesta)
9. ¿Qué particularidades tendría, en el caso cubano, la figura del mediador penal?
8. ¿Cuáles resultan, a su juicio, las principales limitaciones para instrumentar la mediación penal como mecanismo de justicia alternativa de en Cuba?
10. ¿Considera usted que el método de justicia alternativa debe sustituir al método de justicia tradicional? Sí___ No___ (Argumente su respuesta)
9. ¿Qué sugiere usted para lograr el perfeccionamiento sistemático y gradual del sistema justicia penal en Cuba?

Muchas gracias.

