

MEDIACIÓN PENAL COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA PENAL SIN JUECES ¹

PABLO GALAIN PALERMO²

A. INTRODUCCIÓN

1. Al igual que otros países ligados a la Unión Europea, Portugal debe cumplir con una serie de recomendaciones en materia de política criminal, que pretenden una armonización supranacional de las reacciones nacionales a la comisión de infracciones y/o delitos por medio del Derecho penal o la adopción de medios alternativos para la resolución de los conflictos.³ A estas exigencias, se puede decir que Portugal ha cumplido con regularidad, aún cuando la asunción de todas ellas pudiera significar un precio muy alto que pagar en materia de coherencia intrasistémica.⁴

El sistema penal portugués construido luego de la dictadura de Salazar es un sistema armónico y respetuoso de los principios democráticos exigidos en las naciones más civilizadas,⁵ que admite diversas y muy distintas reacciones frente al delito, todas ellas según principios político-criminales que combinan la proporcionalidad entre el acto y la dañosidad social, la subsidiariedad y la intervención penal como *ultima ratio*, la celeridad y efectividad de la administración de justicia, así como acepta en su seno las fórmulas de consenso entre los sujetos implicados por el delito.⁶

Todas estas opciones ya existían en el sistema penal portugués con la reforma del Código del Proceso Penal aprueba por el Decreto-ley n° 78/87, de 17 de Febrero de 1987.⁷ Este sistema penal, a diferencia de otros

1 Este artículo fue escrito para el libro Homenaje del Profesor Jorge de Figueiredo Dias, publicado en *Stvdia Ivridica* 100 ad Honorem 5, Universidade de Coimbra, Coimbra ed, 2010, pp. 821-858.

2 Doctor Europeo en Derecho. Investigador responsable de la Sección Portugal y colaborador científico de la Sección Latinoamérica del Instituto Max-Planck Freiburg i.B, Alemania.

3 Cfe. Resolución (77), 27 de la Convención Europea de 1983; Recomendación (83), 7, de 23.06.1983; Recomendación (85) 11 de 28.06.1985; Recomendación (87), 18 de 17.09.1987; todas del Consejo de Europa; Recomendación (99), 19, de 15.09.1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Sobre la política criminal a seguir, Documento con conclusiones del Consejo de Europa (Tampere 15-16.10.1999); Documento elaborado por los Ministros de Justicia de los Estados-miembro de la UE (Helsinsqui 07-08.04.2005).

4 Vide ALMEIDA COSTA, "Alguns princípios para um direito e processo penais europeus", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 4 fasc. 2, 1994, p. 199.

5 Vide FIGUEIREDO DIAS, "Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, abr-jun 2007, p. 194. Como se ha dicho: "Es bueno aprender del ejemplo portugués, que después de disponer de un nuevo Código Penal emprendió la tarea de reformar en su totalidad el Código de Proceso Penal, con el mayor de los consensos posibles, con el control previo de constitucionalidad del Proyecto de Código; una labor reformadora que no se dejó atrapar por las corrientes modernas de simplificación procesal a ultranza, a cualquier coste, incluso sacrificando derechos y garantías fundamentales". Vide RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ed. Universidad Salamanca, 1997, p. 296.

6 Vide MIRANDA PEREIRA "Sanções e medidas de execução na comunidade". A importância dos relatórios sociais e a reforma do Código de Processo Penal. Política Criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um conceito abrangente de prevenção", en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 8, fas. 3, Julho-Setembro 1998, p.449; GALAIN PALERMO, "Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo", *Revista do Ministério Público*, 106, Ab-Jun 2006, Lisboa, pp. 57 y ss.

7 Entre el 21-23 de marzo de 2007 se llevó a cabo en la Universidad do Minho un coloquio para discutir los 20 años de funcionamiento de este nuevo Código del proceso penal portugués. Dicho encuentro sirvió de homenaje al Prof. Dr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS y se denominó: «Que futuro para o direito processual penal?». Allí se pudo apreciar que la mayoría de los participantes no estaba de acuerdo con una nueva reforma del sistema procesal penal, pues la misma podría ser considerada como un elemento extraño dentro de la lógica que inspiraba a la reforma de 1987. En dicho evento se denunció la marcha sin pausa hacia un derecho penal de autor (para algunos incluso se trata de un derecho para luchar contra

sistemas penales de la Europa continental, conoce desde entonces variadas formas de resolución alternativa del conflicto: la suspensión condicional o provisoria del proceso (cfr. Arts. 281 y ss CPPP), el sobreseimiento en caso de dispensa de pena (cfr. Art. 280 CPP), el reproche de culpabilidad con dispensa de la ejecución de la pena (cfr. Art. 74 CPP) y formas abreviadas de tramitación del proceso penal: el proceso sumario (cfr. Arts. 381 y ss CPP), abreviado (cfr. Arts. 391.º-A y ss CPP) y sumarísimo (cfr. Art. 392 y ss CPP).

Estas figuras penales han ingresado al sistema jurídico portugués de un modo armónico según una política criminal coherente que se basa en la prevención de la lesión de bienes jurídicos y que diferencia dentro de una escala proporcional de reacciones frente al delito, sin renunciar a los criterios de justicia (vgr. principio de proporcionalidad) ante la búsqueda de eficacia y celeridad. Dentro de ese sistema coherente que legislativamente combina a las instancias de oportunidad y discernimiento del fiscal con las exigencias de la legalidad y oficialidad del ejercicio de la acción, también hay lugar para las soluciones de consenso que dan participación a la víctima u ofendido por el delito⁸ y le otorga beneficios procesales.⁹ Y todo ello, regulado de tal forma que puede ser considerado como un modelo a seguir.¹⁰

2. La condición de Estado-miembro de la UE “obliga” a la implementación de determinadas recomendaciones que provocan un reto demasiado grande para el legislador, que a veces no percibe con claridad que la ratio de las mismas ya se encuentra recogida en el seno del sistema.¹¹ Esto puede decirse en relación con las resultancias del TFUE (Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, 18-19.10.2007) que en el nivel de la cooperación judicial y policial entre las diversas administraciones de justicia nacionales, exigió la creación de mecanismos de diversion o de resolución alternativa de los conflictos sociales más graves (cfr. Art. 69-E.2, al. C, TFUE). Entre estos mecanismos, la UE insistió nuevamente¹² en la implantación de la mediación como forma alternativa de resolución del conflicto penal y ello derivó en la creación de la Ley 21/2007 de 12.06.2007, que permitió el ingreso de la mediación al interior del sistema procesal penal portugués. El legislador y la doctrina portuguesa coinciden que a través de esta norma se da ingreso al sistema penal nacional a lo que la doctrina penal y criminológica denominan “justicia restauradora”, un modelo que quiere romper con las decisiones verticales de los conflictos.¹³ Los defensores de la justicia restauradora pretenden una devolución

enemigos), que abrevia etapas procesales, que prescinde de la relación de causalidad entre acción y resultado, que se basa en meras omisiones de actuación, que permite negociaciones entre el fiscal y el presunto responsable a espaldas del juez, que exige la compensación del injusto sin probar la culpabilidad, entre otras características ajenas a un derecho penal liberal y garantista. Vide GALAIN PALERMO/MONTE FERREIRA/LOUREIRO, „Portugiesisch-deutsches Kolloquium: „Die Zukunft des Strafprozessrechts“, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 120, 2008, Heft 3, pp. 655 y ss.

8 Cfr. Título III. Do arguido e do seu defensor. Artículos. 57 a 67 CPPP

9 Cfr. Título IV. Do assistente. Artículos 68 a 84 CPPP.

10 Así lo he manifestado en “Formas de consenso”, cit, pp. 43 y ss.

11 En el sistema penal alemán, siguiendo la Recomendación (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985, la *Opferschutzgesetz* de 1986 intentó mejorar la situación procesal de la víctima, otorgando a ésta derechos procesales, aunque no se haya constituido como querellante, con el objetivo de facilitar la reparación del daño sufrido. Frente a dicha norma, una parte de la doctrina, desde un punto de vista más conservador y reticente a una supra-valoración del principio de igualdad de armas, trasladado a la relación entre *Täter* y *Opfer*, ha criticado el aumento de los derechos de la última, en el entendido que los mismos, podrían significar -como contrapartida- una disminución de las garantías del acusado. Vide SCHÜNEMANN, „Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflegen“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1986, p. 198. Luego, la Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleich vom 20.12.1999 (BGBl. 1999 I, 2491) implementó esta forma de mediación como una condición o instrucción para suspender condicionalmente el proceso (cfr. § 153a Abs. 1 StPO, sobreseimiento por allanamiento, según reciente terminología utilizada por ROXIN, vide “Acercas de la evolución del derecho penal alemán”, trad. Alejandro Kiss, ed. Hammurabi, Buenos Aires, en vías de publicación). La discusión sobre este punto continúa al día de hoy, vide JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung. Verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153a Abs. 1 StPO*, Dr. Kovac Verlag, Hamburg, 2008, pp. 119 y ss.

12 Cfe. nota de pie 3. También Recomendación R (2006) 8, nº 13 de 14.06.2006.

13 Vide DALY, “Restorative Justice. The real story”, en *Restorative Justice*, DECLAN ROCHE (ed), Ashgate, Dartmouth, London, 2003, pp. 57 y ss. En el mismo volumen ZEHR/MIKA, “Fundamental concepts of Restorative Justice”, pp. 54 y s. En España la doctrina tradicional niega cualquier posibilidad de justicia restauradora, vide por todos ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 445. Otros se refieren a la conciliación y la reparación como una posible tercera vía en el sistema penal, vide PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada 1999, pp. 268 y ss. Sin embargo, en trabajos recientes se comienza a hablar de la posibilidad de aceptar en el sistema penal la mediación en relación con la justicia restauradora, vide por todos GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 169 y ss. De todas formas, la doctrina penal sigue observando en forma crítica la relación entre la mediación con el sistema penal y una “justicia reparadora”, porque el ingreso de esta forma de componenda del conflicto penal puede significar una expansión del sistema penal, vide MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, GARCÍA VALDÉS ET ALL (coords), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 465 y ss, 496.

del conflicto a los actores sociales sin participación de los operadores tradicionales de la justicia penal, objetivo que no ha sido correctamente interpretado por el legislador portugués, que con la implementación de la mediación en el sistema penal, sólo ha prescindido de la figura el juez.

3. Mi contribución a este libro homenaje pretende reflexionar sobre las distintas propuestas que se consideran bajo el paraguas de la “justicia restauradora”, con el objetivo de determinar si las nuevas propuestas de consenso (mediación, reparación) son parte de un modelo **alternativo** de resolución de los conflictos distinto al proceso penal, o si en realidad se trata de figuras **complementarias** de lo punitivo que tienen que ubicarse dentro del sistema penal. La reflexión también pretende determinar la necesidad y oportunidad de adoptar en el sistema penal portugués la institución de la mediación, del modo en que fue implementada por la Ley 21/2007 de 12.06.2007.

B. DERECHO PENAL Y FORMAS DE CONSENSO: DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL CONTINENTAL Y EL COMMON LAW.

4. El desarrollo del derecho penal liberal en el sistema continental europeo, en particular de la teoría de la dañosidad social, basada en la lesión a bienes jurídicos y de la teoría de la pena, condujo a lo que los abolicionistas denominan: “la expropiación del conflicto”,¹⁴ porque el derecho penal no se puede abocar a la resolución de conflictos privados sino solamente de conflictos sociales.¹⁵ En este sentido, el fin de la pena, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, reside en la prevención por medio de la represión.¹⁶

El derecho penal liberal del sistema continental monopolizó en el Estado la potestad de administrar justicia, legitimando esa expropiación en el principio de igualdad y en la pretensión de eliminar todo vestigio de venganza privada. Para ello, las penas no podían ser negociadas entre las partes involucradas, ni se podía permitir ningún tipo de acuerdo sobre la naturaleza o monto del castigo. En esta concepción del derecho penal, las consecuencias jurídico-penales no pueden surgir del consenso, sino de un juicio de reproche proveniente de la decisión de un tercero imparcial, que procura cumplir con las expectativas generales.¹⁷ La sanción penal

14 Cuando interviene el Derecho penal el conflicto se politiza y burocratiza, pues el mismo resuelve los conflictos sociales como si de un problema técnico se tratara, privándolos de su real connotación política y social. Vide BARATTA, “Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, trad. Beatriz Lenzi, *Derecho Penal*, año 10, octubre-diciembre 1987, n° 40, p. 644. En opinión de CHRISTIE, “*lo que representa la más significativa pertenencia sustraída es el conflicto en sí mismo, y no los bienes originalmente arrebatados a la víctima, o a ella restituidos*”. Vide CHRISTIE, “Los conflictos como pertenencia” trad. de Bovino y Guariglia, en *De los delitos y de las víctimas*, Reimpresión, ad-hoc, Buenos Aires, 2001, p. 169.

15 El sistema penal no puede estar orientado hacia los individuos, y en ese sentido, AMELUNG diferencia entre el fin y la función de la norma, y considera que la función del derecho penal tiene que guardar relación con la protección y restitución del sistema lesionado y no con (la reparación) del individuo. Vide AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Atehnäum Verlag, Frankfurt, 1972, pp. 354 y ss. El daño social causado por el delito puede afectar a una persona en particular, la cual tiene la posibilidad de intervenir en el proceso penal en defensa de su interés o de sus derechos, pero también, es un daño que atenta contra la generalidad al lesionar el ordenamiento jurídico. Este daño que provoca el delito y que interesa al Derecho penal es aquel que atañe a la generalidad y que no puede ser solucionado de forma privada, por un simple acuerdo de restitución o de compensación entre el autor y la víctima. Ibidem, pp. 368 y ss.

16 Vide por todos, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Auf. § 3 Rn. 3; BverfGE 45, pp. 254 y s.

17 Así lo impone la Constitución, en el caso alemán el Art. 92 de la GG. El Derecho penal tiene que solucionar un conflicto social e intentar reducir la complejidad del sistema, y para ello, las expectativas deben ser comunes y no individuales (del autor o de la víctima), permanentes o válidas por largo tiempo y objetivas (que sirvan para distintas situaciones y personas). Vide LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Suhrkamp, Frankfurt, 1983, p. 42. El cuidado de las libertades de los individuos o la búsqueda de consenso social no forman parte de los objetivos del proceso judicial, que se encamina a la legitimación del *statu quo* y a la perpetuación de las relaciones de poder-comunicación que requieren de decisiones eficaces y funcionales, que no pueden surgir del consenso. Vide TERRADILLOS, “Criminalización”, REYES (Director), *Terminología científico-social*, PPU, Barcelona, 1988, p. 208. LUHMANN niega la racionalidad comunicativa como base del consenso, puesto que no hay comunicación fuera del sistema social, y los individuos se encuentran en el entorno. Vide LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, 2. Auflage, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005, p. 114. Sin embargo, si bien la comunicación en el proceso es una “comunicación dirigida y dominada unilateralmente”, donde no todos los participantes se sitúan en una posición similar, ello no tiene por qué impedir etapas comunicativas dentro del proceso penal de un sistema democrático de Derecho, que brinde mayores espacios de comunicación en un sentido dialogal

implica siempre un juicio de desvalor ético-social que es consecuencia de la búsqueda de la verdad.¹⁸ Las expectativas generales se contemplan con la imposición de una sanción cuya ejecución intentará satisfacer una finalidad preventiva general. Consecuencia directa de esta concepción del Derecho Penal, como otrora dijera BINDING, las expectativas individuales (y las soluciones de consenso, vgr. mediación, reparación del daño) son consideradas como una cuestión exclusiva del derecho civil.¹⁹

5. Esta concepción del sistema penal de la Europa continental, que separa tajantemente la compensación del daño a la víctima de las funciones del derecho penal no es pacífica, ni puede adquirir validez universal. En los sistemas penales del *common law* y de oriente medio,²⁰ así como en los sistemas consuetudinarios de sociedades tribales²¹ y de pueblos indígenas (incluso de Latinoamérica),²² la reparación y otras formas de compensación de la víctima por parte del autor del delito, siguen ocupando un lugar de privilegio en el sistema de sanciones.²³

Hoy en día, en los países pertenecientes al *common law*, a diferencia de lo que sucede con los países del sistema continental europeo, no se discute sobre la inclusión de formas consensuadas de solución del conflicto penal, ni sobre la consideración de la mediación y la reparación como instituciones penales, sino que el punto álgido se refiere a resolver sobre a qué modelo de justicia ellas pertenecen.²⁴ La discusión actual en el sistema del *common law* se centra en cuál es el mejor modelo de justicia para albergar a las distintas propuestas de reparación del daño.²⁵ La doctrina diferencia entonces un *modelo retributivo*, que llaman “Justicia Retributiva” (al que prefiero referirme como *modelo tradicional* o “Justicia Tradicional”) y un *modelo restaurador*, al que denominan como “Justicia Restauradora”.²⁶

antes que meramente impositivo. Vide HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde/Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 158 y s.

18 Vide HASSEMER, “Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad”, trad. Valle Mariscal, GARCÍA VALDEZ ET ALL (COORDS.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, cit, p. 387.

19 Vide BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2. Aufl., Leipzig, 1890, p. 288.

20 Las prácticas de resolución comunitaria y compensatoria de los conflictos no son propiedad exclusiva de los sistemas del *common law*, sino que son moneda corriente en los sistemas tradicionales de Medio Oriente, vide ALBRECHT/SIMON/REZAEI/ROHNE/KIZA (Hrsg.), *Conflicts and Conflicts Resolution in Middle Eastern Societies- Between Tradition and Modernity*, Duncker&Humblot Berlin, 2006.

21 Las primeras manifestaciones de la JR se basaban en las tradiciones de pueblos tribales de Nueva Zelanda, Australia, Canadá y EEUU, para la resolución de sus conflictos sociales. Vide RUDIN, “Aboriginal justice and restorative justice”, ELLIOTT/GORDON (ed) *New Directions in Restorative Justice. Issues, practice, evaluation*, Willan Publishing, 2005, pp. 89 ss.

22 Vide BORJA GIMÉNEZ, “Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis”, en FLORES GIMÉNEZ (Coord.), *Constitución y pluralismo jurídico*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pp. 111 y ss; “Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica”, en BERRAONDO (Coord.): *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao, 2006, pp. 663 y ss; “Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica”. *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal*, 2006 (Lima y Friburgo –Suiza-, 2007); pp. 101 y ss; TIFFER SOTOMAYOR, *Die Wiedergutmachung im Strafrecht der Lateinamerikanischen Länder im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland*, Magisterarbeit, Rechtswissenschaft Fakultät Albert-Ludwig Universität Freiburg, 1989, VII.

23 En realidad, las formas de resolución de los conflictos son muy diversas, sin embargo, comparten los mismos fines reparadores e inclusivos, que no son ajenos a muchas sociedades modernas. ZEHR, “Evaluation and restorative justice principles”, ELLIOTT/GORDON, *New directions in restorative justice*, cit, p. 299.

24 La falta de uniformidad de los modelos restaurativos es de tal magnitud que ni siquiera se han puesto de acuerdo en una definición de *justicia restauradora* que sea válida para todos ellos. Todavía hoy parece que la definición más aceptada es la que brindara TONY MARSHALL en “*The evolution of restorative justice in Britain*”: **justicia restauradora es un proceso en el cual acaecido un delito, todas las partes que tengan un interés en el mismo, intentan de consuno una solución colectiva de cara a las implicaciones de futuro**. Vide DALY, “The real story”, cit, p. 58; ZEHR/MIKA, “Fundamental concepts of restorative justice”, cit, p. 80. En una posición crítica DIGNAN, *Understanding victims and restorative justice*, Open University Press, England, 2005, pp. 3 y ss.

25 Entretanto, há quem desconfie das vantagens dos meios alternativos (*diversion*) para a vítima, que, ainda que a permita obter uma rápida reparação, por outro lado, a priva do direito a um processo judicial. “Whether they favour the interest of victims is more difficult to say since diversion deprives victims of their day in court...”. Ver ASHWORTH/ZEDNER, “Defending the criminal law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions”, *Criminal Law and Philosophy* vol. 2, Number 1, January 2008, p. 26.

26 “La giustizia riparativa può essere definita in breve come una forma di risposta al reato che coinvolge la vittima, il reo e la comunità nella ricerca di soluzioni agli effetti del conflitto generato dal fatto delittuoso, allo scopo di promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti e il rafforzamento del senso di sicurezza collettivo”. Vide CERETTI/MAZZUCATO, “Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d’Europa e O.N.U.”, *Diritto Penale e Processo*, 6/2001, p. 772.

6. Esta discusión sobre dos modelos diferentes de hacer justicia no se ha trasladado a los países del sistema continental, sino que las distintas propuestas que exigen un papel de mayor relevancia al consenso (mediación) y a la reparación en el derecho penal, han ingresado directamente a través del proceso penal, bajo el manto de legitimación que les otorga una supuesta orientación político-criminal hacia los intereses de las víctimas.²⁷

Téngase en cuenta, no obstante, que el traslado de instituciones del sistema del *common law* al *continental law* requiere de una discusión previa, pues ambos sistemas parten de premisas muy disímiles. En los sistemas pertenecientes al *continental law* el liberalismo político logró construir una justicia penal respetuosa de determinadas garantías y principios irrenunciables de todos los justiciables, en lo que puede considerarse como una lucha por la legalidad.²⁸ Esta lucha por la legalidad en el derecho penal material se sustentaba -precisamente- en el principio de legalidad, principio de reserva, en la culpabilidad por el acto, en la proporcionalidad entre el injusto y la pena y en las reglas de medición de la pena; mientras que en lo formal, hay que mencionar a los principios de no retroactividad, *favor rei, in dubio pro reo, nemo tenetur*, entre otros, que pretendían proteger al individuo de las arbitrariedades del sistema.²⁹

Por su parte, en los sistemas del *common law* el interés no se centraba en determinar criterios de justicia material o formal, sino de economía procesal, en lo que puede denominarse una lucha por la obtención de mayor celeridad y eficacia.³⁰ Para ello, se requería de un sistema procedimental acusatorio puro, en el que existieran verdaderas partes enfrentadas procesalmente, con tal poder de disposición sobre la esencia del litigio y sobre las garantías y principios, que permitiera que las partes pudieran negociar la solución más conveniente disponiendo del objeto del proceso, aceptando la culpabilidad sin prueba en contrario, la recolección privada de pruebas, etc.³¹ Es decir, las diferencias entre ambos sistemas eran sustanciales, mientras uno se centraba en la legalidad el otro se fundaba sobre fórmulas menos rígidas (que permitieran soluciones del conflicto con mayor celeridad y costos más bajos).³²

Filosófica y políticamente, los sistemas del *continental law* se aferran a los principios rígidos del Estado de derecho³³ y en sus autoridades democráticamente electas (los portadores de la *vox communi*), mientras que los sistemas del *common law* depositan su confianza principalmente en los individuos y en las estructuras sociales (*la vox citoyenne*).³⁴ Esta distinta opción filosófico-política sirve para explicar por qué en los sistemas

27 Sobre el redescubrimiento de la víctima y la *überraschende Konvergenz* ("sorprendente convergencia") político-criminal de los partidarios de distintas corrientes penales y criminológicas, vide SCHÖCH, „Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft 9, 1984, pp. 385 y s; SEELMANN, „Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht“, *Juristenzeitung*, 1989, p. 670.

28 Vide MAIER, "Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal", GARCÍA VALDÉS ET ALL (COORDS.) *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 2390.

29 Vide SEELMANN, „Paradoxien“, cit, pp. 670 y ss; ESER, „Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen“, en *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 1007. MAIER menciona también el principio de formalización del procedimiento, que determinaba las características básicas para condenar penalmente: "juicio público, oral, contradictorio y continuo; las máximas relativas al juez natural y a la imparcialidad de los jueces de mérito...la garantía del recurso para el condenado". Vide MAIER, "Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal", cit, p. 2390.

30 Vide FERRAJOLI, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, 3ª edición 1998, pp. 567, 570, 746, 752.

31 ³¹ Un sistema adversarial (entre partes) arrastra los mismos inconvenientes que los procesos privados en los que la parte con mayor poder adquisitivo obtendrá las mejores pruebas para sostener su posición. De este modo ante la inexistencia de una autoridad supra partes que dirija la investigación y la instrucción previa al inicio del proceso, la única consecuencia negativa de este sistema adversarial puede encontrarse en las enormes desigualdades que pueden darse en la práctica para determinar el objeto del proceso y la recolección de las pruebas. Vide BACHMAIER, "Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal", en BACHMAIER (COORD), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008, pp. 32 y s.

32 No obstante este objetivo utilitario, en la doctrina anglosajona hay quienes opinan que dicho modelo es más formal, costoso e insume mucho más tiempo a la justicia que los modelos de la Europa continental. En opinión de ALSCHULER: "Como consecuencia, nuestro sistema, supuestamente acusatorio depende cada vez más de la prueba de la culpabilidad a través de la boca del propio imputado, que lo que sucede en cualquier sistema europeo inquisitorial". Vide ALSCHULER, "La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad. El «plea bargaining» y su historia", trad. Javier Mafuchi, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VII, n.º 12, 2001, p. 78.

33 Vide WERLE, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 33.

34 La noción de control social surge de los estudios sociológicos y criminológicos norteamericanos, (mientras que en Europa este concepto se desprendía del término "Estado") que han procurado "explicar la relación individuo-sociedad y

del *common law* tienen mayores posibilidades de éxito los modelos de *justicia restauradora* y las ideas de justicia comunitaria, vecinal o grupal.³⁵

Esta diferencia de base ayuda a explicar el éxito de la justicia restauradora en el mundo anglosajón, siempre dispuesto a encontrar la solución más económica y cercana a lo comunitario. Sin embargo, no se puede afirmar que los sistemas del *continental law* no hayan intentado adoptar similares principios restauradores, sino que como señala WALGRAVE, los sistemas del *continental law* siempre han pretendido desarrollar estos principios sin renunciar a las instancias formalizadas para administrar justicia.³⁶ Por ello, el legislador ha dado ingreso con singular éxito a una serie de instituciones que suponen alternativas a la pena (mediación, reparación del daño, trabajo en beneficio de la comunidad) dentro de un marco de “privatización del catálogo de sanciones”.³⁷

7. A pesar de las diferencias filosóficas y políticas advertidas existen similitudes político-criminales, puesto que ninguno de estos dos sistemas cuestiona que la prevención y el control social sean las metas del Derecho penal. El sistema penal se ha tornado esencialmente preventivo, no obstante, hay que tener en cuenta que la prevención puede ser una fuente de inspiración de la política criminal, pero ella no puede ser la meta del Derecho penal. Como dice HASSEMER, en el sistema penal la prevención no puede ser la meta a conseguir, porque ella sólo puede servir como respaldo de una reacción justa al delito.³⁸ Si la prevención fuera la meta del derecho penal, éste sólo alcanzaría el éxito destruyendo sus propios fundamentos.³⁹ Un derecho penal puramente preventivo que adelanta su intervención al campo previo al comienzo de ejecución de un determinado delito, por más grave que el delito sea o por más que peligroso que se pueda considerar a los potenciales autores, para no convertirse en un “derecho de policía”, tiene que respetar los principios constitucionales y caer dentro de las “fronteras del derecho penal” que reacciona frente a la comisión de un injusto culpable.⁴⁰ Una política criminal racional debería diseñarse según las necesidades de reacción frente al fenómeno del delito, respetando las características esenciales del sistema penal.⁴¹ En ese sentido, la búsqueda constante

legítimar el control social, concretamente, como reacción punitiva a la desviación. En dicha relación, primordialmente en el ámbito continental, tras la Revolución Francesa, se ha confundido la sociedad con el Estado”. Vide VARONA, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998, p. 446.

35 Vide WALGRAVE, “Restorative Justice in Comparison”, WINTERDYK/CAO (Ed), *Lessons From International/Comparative Criminology/Criminal Justice*, Sitter Publications, Ontario, 2004, p. 131. No debe extrañar que el trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal tuvo su primer desarrollo en los sistemas del *common law*, exigiendo el consentimiento del delincuente para su imposición. El “consentimiento” es un elemento de primer orden tanto en las distintas formas de mediación, conciliación, transacción como en el trabajo en beneficio de la comunidad, y es el primer requisito del trabajo en beneficio de la comunidad, que lo diferencia del trabajo forzado. Vide PRADEL, « Le consensualisme en droit pénal comparé », Coimbra, 1988, cit. p. 1. En el sistema portugués, el trabajo en beneficio de la comunidad es un sustituto de la pena de multa (cfr. Art. 48 CPPP), y consiste en una solución que permite sustituir a la reparación material, cuando por motivos económicos ésta no puede ser realizada. En estos casos el autor podría solicitar exponer dicha situación al magistrado para que se considere su voluntad de reparar y las circunstancias que impedirían su consecución en el plano material. La propuesta de realizar este tipo de trabajos en beneficio de la comunidad existe en el modelo italiano y en el de los países bajos. Vide PRADEL, « Travail d'intérêt général et médiation pénale. Aspects historiques et comparatifs », MARY PHILIPPE, (Dir), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 37.

36 Vide WALGRAVE, “Restorative Justice in Comparison”, cit. p. 128.

37 Vide KRAHL, „Privatisierung von Strafsanktionen“, SCHNEIDER et all (Hrsgs), *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, De Gruyter Recht, Berlin, 2008, p. 498. En opinión de KRAHL, a este tipo de sanciones no les cabe ningún reparo desde el punto de vista jurídico.

38 Vide HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 277.

39 Ibidem, p. 279.

40 Vide SIEBER, „Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt. –Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2009, Heft 7, pp. 353 y ss.

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

de alternativas para enfrentar los fenómenos criminales y de alternativas a la privación de libertad, hoy se combina con la búsqueda de alternativas a la pena como consecuencia jurídica del delito.⁴²

Considérese que la inflación normativa, la naturaleza y el número de los delitos y la burocratización de los procesos de resolución que caracterizan a la modernidad tardía, han provocado un renacimiento de la posición de la víctima en el proceso penal y de los procesos de administración y gestión (negociación), y este sólo hecho, ha servido de legitimación a los medios alternativos de resolución del conflicto.⁴³ De este modo, la política criminal se ha orientado también a las necesidades del ofendido por el delito, procurando que con la intervención del sistema penal también se satisfagan los intereses de las víctimas directas (no sólo de las víctimas potenciales).⁴⁴ En ese contexto de redireccionamiento político criminal, son bienvenidos los mecanismos informales de resolución de los conflictos, que permitan una supuesta orientación a las necesidades de la víctima sin renunciar a la función de prevenir y controlar a la sociedad.⁴⁵ De este modo, tanto la mediación entre el autor y la víctima, como la reparación del daño se legitiman discursivamente⁴⁶ por tratarse de consecuencias jurídicas inclusivas,⁴⁷ auténticas instancias de participación y consenso de los “dueños del conflicto”, que parecen cumplir con una retracción del Estado y con la exigencia de “devolución del conflicto” a la sociedad.⁴⁸

8. La revalorización de la posición de la víctima y la posibilidad de encontrar consensos, dando participación para ello también al autor, han provocado cambios fundamentales en el proceso penal en países del

42 ⁴¹ Vide CARRANZA, *Alternativen zur Freiheits- und Geldstrafe unter besondere Berücksichtigung der Wiedergutmachung- eine Rechtsvergleich mit Südamerika und Vorschläge zum Ausbau des südamerikanischen Sanktionensystems*, Shaker, Aachen, 1996, pp. 125 y ss.

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

44 Véase que la lógica de la política criminal actual, en cuanto atañe a las víctimas consiste en que la función del Derecho penal se limite a la prevención general para impedir que la víctima potencial se convierta en víctima actual. Vide SILVA SÁNCHEZ, “La posición de la víctima en el marco general de la función del Derecho Penal”, *Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, Tomo 2, Caracas, 1998, p. 403. Como consecuencia de esta nueva forma de intervención penal, la víctima directa había dejado de ser objeto de interés del *Derecho penal moderno*. Vide FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit, p. 259.

45 SCHÜNEMANN no encuentra utilidad es las alternativas de consenso a las que recurre el legislador alemán, porque con las conformidades o acuerdos procesales sólo se “reemplaza la investigación de la verdad material a realizar en el juicio oral como base de la sentencia, por el consenso del participante. En otras palabras, mediante la sumisión del inculpaado al marco de una sentencia acordada previamente, relativamente suave, o al menos presentada por el tribunal como relativamente suave”. Vide SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, cit, p. 44.

46 Vide CERETTI, “Mediazione penale e giustizia”, cit, pp. 720 y 741.

47 Un análisis histórico de los medios de mediación, consenso y compensación entre los individuos tras la comisión de un delito indica que ellos no han sido utilizados para obtener un acercamiento o (re) conciliación entre los individuos, sino para compensar y dar satisfacción del daño causado al clan (*Sippe*) o a la familia del ofendido. La reparación servía para compensar el prestigio perdido por el clan tras el delito y constituía una especie de recomposición del status quo. Esto demuestra que ellas no nacieron con la finalidad de incluir a las partes enfrentadas en la resolución del conflicto, sino directamente para poner fin al conflicto mediante una compensación. Vide STEFFEN, *Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Wiedergutmachung. Historische Bezüge und moderne Ausgestaltung*, Shaker Verlag, Aachen, 2005, p. 207.

48 Estas funciones de retracción del monopolio del Estado para la aplicación de la fuerza en la solución de los conflictos no se condice con una disminución de su función de control social, que a través de los medios informales o de “diversion” parece verse ampliada. Vide BUTTIG, *Die Wiedergutmachung der Folgen einer Straftat*, Sierke Verlag, Göttingen, 2006, pp. 243 y s..

sistema continental europeo como Alemania,⁴⁹ Italia,⁵⁰ Portugal, Holanda⁵¹ y algunos cambios en España,⁵² por citar a algunos países europeos, y también en países de Latinoamérica que pertenecen al mismo sistema jurídico, como en Argentina,⁵³ Brasil,⁵⁴ Costa Rica⁵⁵ o Chile.⁵⁶

No pueden caber dudas respecto a que asistimos a un “renacimiento” o “revalorización” de las formas de consenso cumpliendo funciones dentro del derecho penal; en algunos casos, inclusive constituyéndose en instituciones que por sí mismas permiten poner fin al conflicto penal. Sin embargo, este ingreso de las formas de consenso ha dividido a la doctrina entre los que defienden a las formas de consenso como figuras del derecho penal y quienes sostienen que ellas sólo pueden tener lugar como un proceso alternativo y distinto al procedimiento formalizado. A este proceso desformalizado lo denominan proceso de “desviación”, y en él poco importa si el conflicto se dirime por exclusiva voluntad de las partes, por resolución homologatoria del juez competente o peor aun, por exclusiva decisión del fiscal. De este modo, lo que en el sistema del *common law* puede estar en sintonía con sus aspectos filosóficos o políticos, en el sistema del *continental law* puede lesionar algunos principios básicos del derecho penal y del derecho constitucional.⁵⁷

9. Como exigía la doctrina,⁵⁸ las formas de consenso han ingresado a través del proceso penal sin una previa discusión teórica acerca de su compatibilidad con el derecho penal material. Hoy en día asistimos a un fenómeno muy peculiar, que puede catalogarse como un viraje del interés del legislador en relación a los fines y garantías que se imponen al procedimiento penal. El procedimiento penal se ha entendido tradicionalmente como una herramienta auxiliar y necesaria del derecho penal, como un medio de esclarecimiento de la verdad que sirve para demostrar la culpabilidad o inocencia de un individuo en relación a un delito. Sin embargo, en los últimos tiempos, las sucesivas reformas procesales han modificado sustancialmente la función del proceso penal, primero recortando sus etapas y luego desviando algunas de ellas a instancias informales, de un modo tal que se podría afirmar que la finalidad actual que persigue el legislador es que

49 Vide KILCHLING, “The meaning of Victim/Offender Mediation in Austria and Germany from the legal and criminological point of view”, *Council of Europe Seminar on Mediation, Tirana, Albania, December 11-12, 1996, Mediation as a method for conflict solving*, Demo-Droit CR (97) 2, Strasbourg, 2 March 1997; SCHMITZ-GARDE, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht. Eine Untersuchung zur Vereinbarkeit von Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung mit der Aufgabe des (Straf-) Rechts sowie Funktionen der Strafe und Zwecken der Bestrafung*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2006; TRÄNKLE, *Im Schatten des Strafrechts.*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.

50 Vide PICOTTI, “Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive”, PICOTTI/SPANGHER, *Verso una giustizia penale “Conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè ed, Milano, 2002, pp. 137 y ss. Con especial atención a los modelos de *patteggiamento*, vide DI DEDDA, “Il consenso delle parti nel processo penale. I riti alternativi al dibattimento dopo la legge 12.6.2003 N. 134”, Cedam, Milan, 2003; “Il consenso delle parti nel processo penale”, Cedam, Milan, 2002.

51 Vide LEEST, “Restorative Justice in the Netherlands”, *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender-Mediation and Restorative Justice*, vol. 4, march 2003, pp. 3 y ss.

52 CABAÑAS GARCÍA, “El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2, 1991, pp. 233 y ss; ARMENTA DEU, “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, en *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, n° 58, 2000 (II), p. 283; NIETO, “Informe España sobre mediación penal y justicia alternativa”, *Revista Penal*, 15, enero 2005, p. 209

53 Vide HIGHTON/ÁLVAREZ/GREGORIO, *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 112 y ss. DEVOTO, “Probation” e institutos análogos, 2ª ed, actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 178 y ss.

54 En esa línea la figura de la transacción del Derecho Penal de Brasil, aunque en ésta la víctima no interviene en la búsqueda del consenso sino que lo hace el fiscal, y dicho acuerdo requiere necesariamente de la homologación del juez. Vide LEAL, “A súmula 696 do STFe a proposta de suspensão condicional do processo criminal”, *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Boletim n° 139, junho 2004, p. 10. Una propuesta de lege ferenda, SICA, *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2007, pp. 225 y ss.

55 Vide MADRIGAL, “Mediación penal y justicia alternativa”, *Revista Penal*, 15, enero 2005, La Ley, España, pp. 204 y ss.

56 Para el caso chileno, en cuanto a las soluciones de consenso se señalan lesiones al principio de defensa del imputado, derecho al juez natural y la presunción de inocencia. Vide DEL RÍO FERRETI, “El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias”, *Revista Chilena de Derecho*, 35, 1, p. 160.

57 Esto ya era denunciado por FIGUEIREDO DIAS en “Para uma reforma global do processo Penal Português”, *Para Uma Nova Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 235 y ss.

58 Vide SCHÖCH, „Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat. Zur konkreten Utopie der Wiedergutmachung im Strafverfahren“, KAUFFMANN/MESTMÄCKER/ZACHER (Hrsg.), *Festschrift für Maihofer zum 70. Geburtstag*, Kostermann, Frankfurt a.M, 1988, p. 479.

justamente no haya proceso penal (aunque ello no impida algún otro modo de imputación o una renuncia a ejercer un control social).⁵⁹

C. JUSTICIA RESTAURADORA Y JUSTICIA TRADICIONAL: ¿MODELOS ALTERNATIVOS O COMPLEMENTARIOS?

10. En cuanto atañe a la justicia restauradora (JR), se trata de una corriente de pensamiento, que pretende cambiar nuestras costumbres al reaccionar frente al delito. Ella se divide en varias ramas tan diversas que es imposible englobarla en un solo concepto.⁶⁰ No obstante esta dificultad, todas ellas coinciden en la necesidad de “desburocratizar la administración de justicia” y habilitar instancias de mediación sin renunciar a la función de control social.⁶¹ Para ello se propone la figura del mediador en lugar del juez, pretendiendo de ese modo que la solución del conflicto sea “dirigida” por una tercera persona carente de autoridad, que no pretenda imponer una determinada solución. El recurso a procesos informales para la elaboración de los conflictos permitiría, además, que la elaboración de los conflictos se diera “in un clima che non enfatizza diritti e doveri”.⁶²

La JR motiva la participación de los miembros de la comunidad (parientes, amigos, vecinos, líderes vecinales, etc.) para la resolución comunitaria de un conflicto entre individuos. Todas las distintas posiciones sobre JR tienen una visión en común frente al delito: una **ofensa contra individuos** en lugar de una ofensa contra el orden jurídico.⁶³ Ella es algo más que una teoría sobre la justicia porque consiste también en una teoría social,⁶⁴ que indica en una particular concepción de la justicia que los miembros de la comunidad juegan un papel fundamental como apoyo y respaldo de los individuos enfrentados a causa del delito.⁶⁵

En los últimos años se ha producido un intenso debate sobre la naturaleza de la JR, que ha derivado en una división de sus partidarios en distintas fracciones teóricas.⁶⁶ Hoy en día, se pueden distinguir aquellos que centran la atención en el proceso de reacción al delito (participativo, inclusivo, negociado, mediado, etc),⁶⁷

59 Esta situación de abandono de la tradición liberal del sistema jurídico penal para adoptar una concepción económica del derecho penal o una cultura de “*managing crime*” (*diversion, plea bargaining, summary trials*, etc), derivada en parte de las orientaciones del Consejo Europeo hizo sonar una alerta incluso en la doctrina anglosajona, que considera que esta mudanza de perspectiva puede lesionar los principios fundamentales de la presunción de inocencia, o del derecho de no auto-incriminación, o del derecho a un proceso judicial. ASHWORTH/ZEDNER, “Defending the Criminal Law”, cit. pp. 25, 48. En sus palabras: “...managerialist techniques that sacrifice principle and values for effectiveness (where effectiveness is measured more by Speedy and economy than achieving justice)”. Ibidem, pp. 39 y s.

60 Hay quienes sostienen que ante la imposibilidad de definirla en un solo concepto, conviene identificar a la JR como oposición a la JT en lugar de lo que realmente ella es. Vide BRAITHWAITE, “Restorative Justice: assessing optimistic and pessimistic accounts”, in M. TONRY (ed), *Crime and Justice, a review of research Vol 25 1-17*. Chicago/London: University of Chicago Press, 1999.

61 Según JOHNSTONE/VAN NESS: “its broad goal is to transform the way contemporary societies view and respond to crime and related forms of troublesome behaviour. More specifically, it seeks to replace our existing highly professionalized systems of punitive justice and control (and their analogues in other settings) with community-based reparative justice and moralizing social control”. JOHNSTONE/VAN NESS, The meaning of restorative justice, JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, USA-Canada, 2007, p. 5.

62 Ver CERETTI, “Mediazione penale e giustizia”, cit. p. 721.

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

64 Vide SCHWEIGERT, “Moral and Philosophical Foundations of Restorative Justice”, PERRY (Ed) *Repairing communities through restorative justice*, American Correctional Association, Lanham, Maryland, 2002, p. 34; GIL, “Toward a “radical” paradigm of restorative justice”, SULLIVAN/TIFFT (Eds) *Handbook of Restorative Justice. A global perspective*, , Routledge, London/New York, 2006, p. 499.

65 Vide VAN NESS/STRONG, *Restoring Justice*, Cincinnati, OH Anderson, 1997, p. 8.

66 Vide ZERNOVA/WRIGHT, “Alternative visions of restorative justice”, in JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit. pp. 91 y ss.

67 ⁶⁶ Para los partidarios de la concepción dominante, conocida como **encounter conception**, las partes deben de tener la oportunidad de encontrarse y decidir la solución que más les satisfaga. “The restorative nature of that process is guided by values which constrain and guide the process and which help describe its desired results”. JOHNSTONE/VAN NESS “The

los que se concentran en el resultado de estos procesos (acuerdos de reparación a la víctima, reintegración del autor a la comunidad, paz social, etc)⁶⁸ y, por otra parte, autores radicales que pretenden una nueva forma de hacer justicia basada en valores⁶⁹ y principios sociales y filosóficos,⁷⁰ como un modelo social para solucionar conflictos (*peace-building process*).⁷¹ Como en todas las cuestiones de las ciencias sociales, generalmente la sabiduría se encuentra en el término medio, por ello quienes se encuentran en posiciones eclécticas consideran que la naturaleza de la JR requiere de la conjunción de procesos inclusivos de justicia (vgr. mediación, conciliación, transacción, etc) que procuren resultados de reparación y satisfacción social (vgr. reparación del daño, servicio a la comunidad, etc).⁷² En términos generales un proceso restaurador se basa en una serie de valores que deben estar presentes en la consecución del acuerdo: **diálogo, voluntariedad, reparación, reintegración, participación e inclusión.**

11. La JR tiene que romper con el paradigma de la justicia tradicional (JT) basada en la violencia y la coerción, pues su objetivo es la inclusión en lugar de la exclusión de los individuos.⁷³ Para algún autor la JT concentra su interés en el rito social del castigo de aquellos que provocan daños con el objetivo de evitar la venganza privada. Según SCHWEIGERT, la diferencia entre la JT y la JR reside en que mientras que en la primera la solución proviene de una decisión vertical de un tercero imparcial, en la segunda la solución es producto de una negociación o acuerdo entre las partes involucradas por el conflicto.⁷⁴

Sin embargo, de la praxis surge que la restitución o compensación del daño es el elemento básico de los acuerdos de JR, realizando una función similar a la que cumplen las condiciones (*injuções*) o instrucciones

meaning of restorative justice”, JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p. 17. Según LUNA, la RJ es parte de un proceso holístico basado en la comunicación entre todas las partes para resolver las causas y efectos del delito. La **concepción holística** de la JR no excluye a los jueces y otros participantes de la JT en el proceso de hacer justicia. Como dice: “The procedural conception of restorative justice is only part of a comprehensive strategy for a more holistic approach to punishment. As mentioned above, lawmakers and judges must also contribute to this endeavour, with the former defining crime and setting broad boundaries of punishment and the latter reviewing each proposed sanctioning plan against the backdrop of other cases and relevant normative concerns”. See LUNA, “Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice”, *Utah Law Review*, 2003, 1, p. 301.

68 La denominada **concepción reparadora** “is that the response to crime must seek to repair the harms resulting from crime. The restorative nature of that reparation is guided by principles which constrain and guide justice processes and outcomes designed to bring healing”. Vide JOHNSTONE/VAN NESS, “The meaning of restorative justice”, JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p. 17.

69 Vide BRAITHWAITE, “Principles of Restorative Justice”, VON HIRSCH/ROBERTS/BOTTOMS (Eds), *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2003, pp. 8 ss.

70 La **concepción transformadora** “is the restorative insight that fundamentally we are relational beings connected through intricate networks to others, to all humanity and to our environment. The restorative nature of those relationships is guided by a vision of transformation of people, structures and our very selves”. JOHNSTONE/VAN NESS The meaning of restorative justice, JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p. 17. La JR es más amplia que un procedimiento criminal y puede ser considerada como un nuevo método para resolver distinto tipo de conflictos sociales. Vide GIL, “Toward a “radical” paradigm of restorative justice”, cit, p. 499.

71 Vide ZERNOVA/WRIGHT, “Alternative visions of restorative justice”, in JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p. 100. Estos autores argumentan que: “In restorative justice a conference could be compared with a small “truth and reconciliation commission”, where the background can be explored...As for the suggestion (above) that mediations or conferences could serve as “small truth and reconciliation commissions”, the findings of which could be reported to the “authorities responsible for social policy”, radical critics would be rather sceptical of the potential of such practices to bring about the changes which they consider necessary and desirable for the success of restorative justice”. Ibidem, pp. 102 y s.

72 Vide WALGRAVE, “Extending the Victim perspective towards a systemic restorative justice alternative”, CRADFORD/GOODEY Eds, *Integrating a victim perspective within criminal justice: International debates*, Ashgate, Aldershot, 2000, pp. 253 y ss; “Restorative justice and the law: socio-ethical and juridical foundations for a systemic approach”, WALGRAVE (Ed), *Restorative Justice and the Law*, Willan Publishing, USA, 2002, p. 192.

73 Vide JOHNSTONE/VAN NESS, The meaning of restorative justice, JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p.7.

74 Vide SCHWEIGERT, Moral and Philosophical Foundations of Restorative Justice, en PERRY (Ed) *Repairing communities through restorative justice*, American Correctional Association, Lanham, Maryland, 2002, p. 32. Por su parte HASSEMER, sostiene que el consenso que la justicia tradicional acepta es el consenso con las normas, sus mandamientos y decisiones, pero no es un consenso dentro del procedimiento penal. El sistema penal tiende a la búsqueda de las decisiones más justas y las instancias de consenso no se conciben con su estructura, pues ellas sólo pretenden reducir las complejidades procesales sin renunciar a la imputación de un individuo como responsable. Vide HASSEMER, „Konsens im Strafprozeß”, MICHALKE et al, (Hrsg), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, De Gruyter, Berlin, 2008, p. 178.

(*reglas de conducta*) para suspender condicionalmente el proceso penal en los niveles medio y bajo de la criminalidad en los sistemas de JT.⁷⁵

Existe una opinión generalizada que la restitución o compensación del daño (*responsabilidad civil ex delicto*) es una institución diferente a la reparación en sentido penal;⁷⁶ no sólo porque es una obligación civil que proviene de una decisión judicial, sino porque no cumple con los mismos fines.⁷⁷ Pero lo que aquí realmente importa no es que los procesos de consenso deriven generalmente en acuerdos de reparación (civil) del daño (o en trabajos en beneficio de la comunidad), sino que cualquiera de ellos no sirve como variable explicativa para diferenciar un modelo de justicia del otro, pues cualquiera de estas dos consecuencias se pueden obtener dentro del modelo tradicional de hacer justicia.

12. La doctrina penal clásica considera que la reparación del daño social se lleva a cabo únicamente a través de la individualización y el cumplimiento de una pena, y la JR quiere romper con este paradigma de forma absoluta, para imponer en su lugar exclusivamente instancias de diálogo y acuerdos de reparación que pueden ir desde reparaciones materiales o simbólicas hasta trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, no haría falta escapar de la forma tradicional de hacer justicia hacia instancias desformalizadas, si los mismos objetivos que se pretenden obtener con la imposición y eventual ejecución de una pena pudieran lograrse por medio de algún *equivalente funcional* de la misma. Este equivalente funcional tiene que poner fin al conflicto sin resentimiento de los fines de la pena y de la función del Derecho penal, con el objetivo de obtener algo más que la negación del acto contrario al derecho, esto es, con el objetivo de obtener no sólo la *paz jurídica* sino también la *paz social*.⁷⁸ La obtención de la paz social exige la pacificación entre el autor y la víctima, pacificación que puede verse reflejada por la concreción de un acuerdo voluntario de reparación. Y este es un objetivo compartido entre esta forma de entendimiento de la JT y la JR.

Las formas de consenso como la mediación o la reparación no son un componente exclusivo de la JR, sino que pueden ser útiles para tender puentes entre los dos modelos de hacer justicia, el restaurador y el tradicional, cuando cualquiera de estas formas de consenso sirve para poner fin al conflicto sin resentir los fines del derecho penal. A pesar de los problemas que los partidarios de la JR tienen para diferenciar derecho y moral y para definir su concepto (esto es, en qué consiste y para qué clase de delitos ella es la mejor opción) ella no es (ni puede ser) un modelo contrapuesto de la JT. Esto porque comparte no sólo las definiciones normativas de la primera, sino que también se plantea el objetivo de determinar la responsabilidad del autor (aunque se trate de la asunción voluntaria de la culpabilidad)⁷⁹ y pretende las mismas finalidades de reinserción (prevención especial), de devolución de la confianza en el sistema⁸⁰ y reafirmación de la norma⁸¹ (prevención general positiva) y de protección futura de bienes jurídicos (prevención general negativa).

75 En Alemania el recurso a la mediación viene en constante aumento y cada vez se le otorga un significado mayor en la resolución del conflicto. SCHROTH, „Der Täter-Opfer-Ausgleich. Eine Zwischenbilanz“, MICHALKE et al, (Hrsg.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, De Gruyter, Berlin, 2008, pp. 684. y s.

76 Vide SCHWEIGERT, *Moral and Philosophical Foundations of Restorative Justice*, en PERRY (Ed) *Repairing communities*, cit, p. 21.

77 Vide JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, cit, p. 196.

78 Vide GALAIN PALERMO, „Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal“, *Revista Penal*, 20, julio 2007, La Ley, España, p. 72.

79 La JR utiliza otro concepto de presunción de inocencia, porque la aceptación voluntaria de la autoría de los hechos es la premisa fundamental para participar de un procedimiento de consenso y reparación de la víctima. O, como dicen los partidarios de la justicia restaurativa: “Partiendo de la premisa de que el/la delincuente no niega los hechos de los que se le acusa y está de acuerdo en participar en una conferencia de justicia restauradora...”. Vide CID MOLINÉ, “Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho penal”, HEREDIA (Ed), *Medios alternativos de solución de controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 11, Univ. Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, p. 162.

80 Así FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, 2a ed, Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 60; MÜLLER-DIETZ, „Integrationsprävention und Strafrecht“, T. VOGLER (Hrsg.) *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek*, Berlin, 1985, p. 823; HASSEMER, *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*, Inacipe, México, 2003, p. 25.

81 Según JAKOBS la pena no persigue fines preventivos, sino la confirmación del valor de la norma como pauta de conducta para todos los ciudadanos: “die Sanktion hat nicht einen Zweck, sondern ist selbst Zweckerreichung, sc. Feststellung der unveränderten Wirklichkeit der Gesellschaft“. Vide JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2 Auflage, Duncker & Humboldt, Berlin, 1999, p. 106.

13. Cuando se habla de la función del Derecho penal y de los criterios para imponer, medir y ejecutar penas, la doctrina mayoritaria entiende que la prevención del delito es el fin a perseguir con la imposición y ejecución del castigo; y a su vez, se dice que el Derecho penal sólo debería intervenir cuando el conflicto no pudiera resolverse por otro medio.⁸² En vista de ello, la función principal del Derecho penal se limitaría a la solución del conflicto del modo menos violento, cuando no existiera un medio más adecuado para ello.

De esta forma, dentro del sistema penal las formas de consenso (mediación, reparación) deberían reunir determinadas cualidades:

- en primer lugar, tendrían que servir a finalidades de naturaleza social, trascender del resarcimiento del daño de la víctima directa y contemplar a la víctima potencial;
- en segundo lugar, deberían cumplir con la misma función y finalidad que la pena;
- y por último, tendrían que consistir en un medio menos violento que la pena, que permita poner fin al conflicto.

Si ellas no cumplieran con estas funciones, no podrían convertirse en soluciones válidas para el sistema penal, o no podrían consistir en la única respuesta al delito.⁸³

14. Los dos modelos de justicia aquí referidos no son alternativos sino complementarios y en cualquiera de ellos se puede considerar a las formas de consenso como un derecho de las partes involucradas por el delito y como un medio eficaz para poner fin al conflicto.⁸⁴ En el caso de la víctima, su derecho se extiende no sólo a su participación en la resolución del conflicto⁸⁵ sino a la posibilidad de obtener un acuerdo de reparación que mejor satisfaga sus necesidades tras el delito;⁸⁶ mientras que el autor tiene también derecho a llevar a cabo un comportamiento positivo posterior que mejore su situación frente al sistema penal,⁸⁷ en cuanto pueda ser valorado según los fines de la pena como un acto personal de reconocimiento de la víctima y de la norma, que permita prescindir de la ejecución de una pena.

D. FORMAS DE CONSENSO EN EL CÓDIGO DEL PROCESO PENAL DE 1987: LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

15. El Código del Proceso Penal de 1987 significó un gran avance en la implementación de fórmulas de consenso, impregnando del espíritu de la JR al sistema penal portugués. En ese contexto los artículos 281 y siguientes del CPP deben considerarse como una solución de consenso que se orienta a las necesidades y expectativas del autor y de la víctima⁸⁸ y no exclusivamente hacia las necesidades de la administración de justicia.⁸⁹

82 Por todos, vide FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, 2a ed*, cit, pp. 80 y ss.

83 Vide GALAIN PALERMO, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, Universidad Católica del Uruguay/Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2009, pp. 285 e ss.

84 Partiendo de otra perspectiva, pero llegando a conclusiones semejantes, CID MOLINÉ: "En vez de concebir el paradigma proporcionalista como el principio básico para distribuir los castigos, parece una perspectiva más razonable plantear la rehabilitación del/a delincuente y los procedimientos de justicia restauradora como objetivos primarios y plantear la justicia penal proporcionalista como último recurso y como garantía en referencia a los anteriores sistemas". Ver CID MOLINÉ, "Medios alternativos", cit, p. 165.

85 No tenemos evidencias que la JR es la major solución para las víctimas, a veces, las víctimas consideran los programas de JR como una estrategia que pretende sólo la rehabilitación del delincuente. Ellas no creen que esos procesos puedan ser considerados un castigo. Facilitadores y mediadores generalmente evitan expresar una pública desaprobación o reproche por el mal comportamiento de los autores y se concentran casi en exclusiva sobre la personalidad de estos y su comportamiento futuro. "Further finding which puts into question the centrality of victims within this restorative project is that over half of all interviewees thought that the main -or even the only- beneficiaries of the conferences were offenders". Vide ZERNOVA, "Aspirations of restorative justice proponents and experiences of participants in family group conferences", *British Journal of Criminology*, 47, 2007, p. 498.

86 Vide SHARPE, "The idea of reparation", JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p. 29.

87 Vide DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León Secretaría de Publicaciones, 1985.

88 Vide RUI DO CARMO, "O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo)", en *Revista do Ministério Público*, n.º 81, Lisboa, 2000, p. 134.

89 Vide GALAIN PALERMO, "Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal", MONTE FERREIRA et. al (Orgs.) *Que Futuro para o Direito Processual penal? Simpósio em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, por*

La suspensión provisoria del proceso del artículo 281, en la que FIGUEIREDO DIAS y DA COSTA ANDRADE tuvieron mucho que ver,⁹⁰ no tiene parangón en el derecho comparado, pues ninguna otra admite tan amplia participación de los implicados en la formación del diálogo. Si bien esta norma puede tener como antecedente el § 153 a StPO, se diferencia del mismo en que permite la intervención de la víctima (*assistente*) para la obtención del consenso. Las normas que permiten la suspensión condicional del proceso y el sobreseimiento por allanamiento (ROXIN), parten de la idea de que se trata de una solución de consenso, que todo lo justifica y legitima, porque son aptas para alcanzar la paz jurídica.⁹¹ Sin embargo, este consenso es siempre relativo, pues el acuerdo de reparación que permite la discrecionalidad del fiscal o la exención de la punibilidad requieren de la aceptación del juez y del presunto autor (no así de la víctima, salvo en el sistema de Portugal), es decir, que en cualquiera de los dos casos se trata de una relativa solución de consenso. El sistema portugués se inspira en el fin último de la JR y acepta una solución de consenso sin renunciar a la intervención judicial, mientras que en el sistema inspirador del portugués (cfr. § 153a StPO), el consenso se limita a una “componenda” o “negociación” entre el fiscal y el presunto autor.⁹²

La suspensión condicional del proceso del sistema portugués es una solución muy próxima a la mediación o la conciliación, que atiende a los reclamos de la política criminal en relación a la criminalidad de mediana y leve entidad.⁹³ La figura legislada en los artículos 281 y siguientes se ve exonerada de todas las críticas que la doctrina alemana realiza al § 153 a StPO, porque no considera la situación de la víctima en cuanto a obtener una solución de consenso, ni para oponerse a la concesión de la suspensión provisoria del proceso, ni para poder recurrir dicha solución.⁹⁴

Cuando se pretende legitimar este tipo de alternativas al proceso penal para la resolución del conflicto debe enfatizarse la participación de la víctima, en una instancia procedimental que permita obtener una solución de consenso. El artículo 281 CPP ha llevado a la práctica lo que en otros sistemas sólo se discute en el plano de *lege ferenda*, pues aquí las partes no son alejadas de la solución del conflicto y se modera *la sustracción del conflicto* por parte de las autoridades jurisdiccionales. En cuanto al ofendido por el delito, esta solución se orienta a la satisfacción de los intereses de la víctima directa, pero también a los intereses de la

ocasião dos 20 Anos do Código de Processo penal, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 613 y ss.

90 Vide LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal. Anotado-Legislação Complementar*, 16ª ed, Almedina, Coimbra, 2007, p. 609.

91 Vide HASSEMER, „Konsens im Strafprozeß”, cit, pp. 182, 186, 188.

92 El § 153a StPO exige en general de la conformidad del juez, excepto cuando se trate de delitos (*Vergehen*) que no estén amenazados con una pena de alzada en el mínimo (por ejemplo, cuando se trata de un delito simple, según el § 38 StGB, aquellos que no superen un mes de pena como mínimo) o que sus consecuencias sean mínimas (por ejemplo, se pretende excluir la posibilidad del sobreseimiento puro o condicionado en aquellas ofensas patrimoniales que excedan un determinado monto (por ejemplo, en los estados de Schleswig-Holstein, Niedersachsen y Hessen). Por consiguiente, para que sea posible recurrir a los parágrafos 153 y 153a del StPO, el valor del daño ocasionado no puede superar los 25 Euros. Vide ELSNER/PETERS, “The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System”, en JEHL/WAIDE (Eds), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems. The Rise of Prosecutorial Power Across Europe*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2006, pp. 220 y 222. Ese límite no se aplica a los casos de violencia doméstica en el Estado de Niedersachsen (Alemania), debido al interés público que existe en la persecución de este tipo de delitos. *Ibidem*, p. 221, nota 18. Todas estas decisiones de política criminal en la persecución de los delitos según la lógica del principio de oportunidad, corresponden a una decisión autónoma de cada uno de los Estados (*Länder*) que componen la República Federal Alemana, porque la norma procesal penal común a toda la Federación alemana, el § 153a StPO, no establece un límite preciso para la suspensión condicional del proceso. En anteriores trabajos he sostenido que la suspensión condicional a cambio de condiciones u obligaciones (*Auflagen*) o instrucciones (*Weisungen*) se aplica para delitos conminados con una pena abstracta de un año de privación de la libertad; sin embargo, la norma no establece este límite. El § 153a StPO solamente establece que la suspensión condicional se aplica a los delitos (*Vergehen*) y que los crímenes (*Verbrechen*) quedan excluidos de esta forma de resolución del conflicto. Como se ve, la norma no brinda un parámetro claro de delimitación de los delitos a los que se puede aplicar la suspensión condicional del proceso. La redacción de la norma es compleja e imprecisa y solo exige como condición para su aplicación, que ni la gravedad de la culpabilidad ni el interés público en la persecución se opongan al “archivo condicionado” del proceso. En la doctrina autores de la talla de ROXIN también sostienen que el “archivo condicionado” se aplica en delitos que no superan un año de pena privativa de la libertad. Vide ROXIN, “Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão”, FERREIRA MONTE ET ALL, “Que futuro para o direito processual penal?”, cit., p. 389.

93 Véase que es justamente en este tipo de delitos en los que se produce un enfrentamiento personal entre el autor y la víctima, que el sistema penal no ha sabido dar cabal satisfacción por medio de las penas.

94 Sobre la situación de la víctima, vide por todos RIESS, „Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren”, *Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag*, Beck’sche Verlag, München, 1984, pp. C 14 y ss; „Der Strafprozeß und der Verletzte –eine Zwischenbilanz”, *Jura*, 1987, Heft 5, pp. 281 y ss, 290 y s.

víctima potencial, pues su objetivo responde a dar satisfacción a los lineamientos de la prevención general positiva o integradora.⁹⁵

16. Otro hecho digno de destaque es la franja de delitos que pueden ser suspendidos, en vista que se permite la suspensión del proceso en delitos con penas de privación de libertad de hasta cinco años o que tengan una sanción distinta a la prisión. Es decir, el sistema portugués podría haber encontrado una solución de futuro para el colapsamiento de la justicia penal con delitos provenientes de la pequeña y mediana criminalidad,⁹⁶ al mismo tiempo que admite la mayoría de las penas sustitutivas de la privación de libertad.⁹⁷ Entre sus ventajas figura el hecho de que no se produce la estigmatización del autor que consiente la realización de determinadas *regras o injunções*⁹⁸ y entre las desventajas, cabe indicar que esta especie de *reconocimiento de la culpabilidad* y “tarea” compensatoria del injusto, se lleva a cabo bajo el amparo de la presunción de inocencia.

17. El sistema penal portugués no permite cualquier tipo de negociación procesal, pues a diferencia del *plea-bargaining* anglosajón que acepta la *guilty-plea* y una negociación que incluye desde beneficios formales hasta la disposición del propio objeto del proceso, los artículos 281 y siguientes no admiten ningún tipo de acuerdo entre el promotor y el arguido que no cuente con el beneplácito del juez competente.⁹⁹

18. En mi opinión, el único problema que resta por resolver en el caso portugués es el atinente a la naturaleza jurídica de las “*regras e injunções*” que pueden aplicarse al imputado que los consiente a cambio de la suspensión del proceso penal. En general, las normas procesales que buscan dotar al proceso penal de celeridad y consenso (cfr. Art. 281 CPP) o las que pretenden desviar el acuerdo del proceso penal (cfr. § 153a StPO), procuran el descongestionamiento de las Sedes Judiciales y la agilización de la Justicia. Estas son características propias de los procesos sumarios y sumarísimos, que generalmente se ocupan de la pequeña y mediana criminalidad y que tienen la pesada carga de compaginar los intereses de la celeridad sin descuidar la obtención del efecto de prevención general positiva o integradora. Y ésta parece ser la razón por la cual la jurisprudencia los relaciona con la imposición de “medidas” penales “aceptadas” por su destinatario, que tiendan a su consecución.¹⁰⁰ Sólo de esta forma puede interpretarse la compensación del injusto por medio de *regras e injunções* que admita la suspensión condicional del proceso y la posterior clausura definitiva del proceso. De este modo, en la práctica no se trataría de meras “*regras o injunções*” sino de “**sanciones**” **consentidas por su destinatario**.

19. En cuanto a la reparación como *regra o injunção*, ella aparece como la primera posibilidad que puede ser impuesta al presunto culpable en caso de ser aceptada la propuesta fiscal de suspensión provisional del proceso.¹⁰¹ En comparación con el sistema penal alemán, resulta difícil no asociar al artículo 281 CPP con

95 Vide COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)”, en *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 350. Así también lo entiende la jurisprudencia, vide caso 797/03.6 GBOAZ, Tribunal Judicial da Comarca de Oliveira de Azeméis, sentença 550/03, fojas 41.

96 De las estadísticas que se ofrecen hasta el año 1998, esta norma (existente desde 1995, con modificaciones) no había tenido mucha aplicación, por distintos motivos, entre ellos: desconocimiento de las autoridades, la costumbre del trabajo burocrático de los funcionarios del Ministerio Público, el cumplimiento de mayores formalidades que la simple deducción de acusación, la carencia de medios. Todas ellas refutadas por RUI DO CARMO en “O Ministério Público face à pequena e média criminalidade”, cit, pp. 138 y ss.

97 Vide MIRANDA RODRÍGUEZ, “Os processos sumário e sumaríssimo”, cit, p. 538.

98 El proceso penal portugués se encamina a un sistema de penas sustitutivas a la prisión para la pequeña y mediana criminalidad. Idem.

99 Así lo determinó en su oportunidad el Tribunal Constitucional en cuanto al necesario control judicial de cualquier tipo de acuerdo que ponga fin al proceso. Vide RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada*, cit, p. 283.

100 Dice la sentencia 550/03 del caso 797/03, “**resulta do exposto que se mostram preenchidos todos os requisitos previstos no citado art. 281º do Código do Processo Penal para que se decida pela suspensão provisória do presente processo, sendo ainda certo que se trata, a nosso ver, de uma medida razoável e adequada ao caso**”. Vide a fojas 42. En el caso 525/01 se indica: “Pelo que, entendo que o cumprimento das injunções e regras de conduta que forem aplicadas ao arguido na suspensão do processo serão suficientes para satisfazer as necessidades de prevenção, que são neste caso escassas”. Vide a fojas 30.

101 Establece el Art. 281.2 CPP: “São opóntveis ao arguido as seguintes injunções e regras de conduta: a) Indemnizar o lesado; b) Dar ao lesado satisfação moral adequada; c) Entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia; d) Não exercer determinadas profissões; e) Não frequentar certos meios ou lugares; f) Não residir em certos lugares ou regiões; g) Não

el AE-WGM de 1992,¹⁰² porque ha ido más allá que la solución alemana del § 153a StPO, por una cuestión de la franja de delitos que acepta y por la posibilidad que deja abierta de llegar a una mediación o a una conciliación entre las partes.¹⁰³

El problema mayor que plantea esta decisión del legislador portugués a la doctrina penal, se relaciona con la presunción de inocencia del sujeto que acepta voluntariamente realizar determinadas tareas de reparación o cumplir con determinadas condiciones o reglas de conducta, sin una previa declaración de culpabilidad. Lamentablemente, por problemas de extensión este problema aquí sólo puede ser mencionado.¹⁰⁴

20. Debe elogiarse la propuesta del Código Procesal Portugués, en cuanto el artículo 281 permite al fiscal de acuerdo con el juez competente, proponer una solución reparatoria que debe contar con la aprobación del sospechado, y en la que puede opinar la víctima, que permita suspender el proceso hasta tanto se cumpla la condición pactada. De esta forma, no sólo el proceso penal sino también la pena, pueden ser sustituidos por una solución de consenso.

En definitiva, tal como han sido legislados en Portugal los artículos 281 y 282 CPP constituyen una solución procesal penal que bien podría denominarse como una *tercera vía* penal¹⁰⁵ y demuestra que no era necesario legislar una nueva instancia de consenso, para responder a las exigencias de la Unión Europea en relación a la implementación de formas alternativas de resolución del conflicto penal.

E. LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA PENAL PORTUGUES: LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA PENAL SIN JUECES.

21. Entre 2006 y 2007 la mediación se estableció en varias áreas del derecho portugués (vgr. Derecho de Familia, Derecho Laboral, Derecho Penal), lo que se puede considerar un indicador de que en el futuro ocupará un papel importante en todo el sistema jurídico de Portugal.¹⁰⁶ La mediación es un proceso informal y voluntario en el cual las partes enfrentadas por el delito intentan un acuerdo de reparación con la ayuda de un tercero imparcial que carece de la potestad para decidir el conflicto.¹⁰⁷ Este acuerdo informal instituido como una estrategia trilateral de control social puede ser de estilo compensatorio (cuando aspira a la reparación del daño) o conciliatorio (cuando además aspira a la recomposición de las relaciones interpersonales).¹⁰⁸

Esto indica que todos los procesos de mediación procuran fundamentalmente la concreción de un acuerdo de reparación que vaya más allá de la responsabilidad civil (cfr Art. 4.1).¹⁰⁹ Con la reparación se busca la reparación de la víctima y la resocialización del autor, por medio de un proceso con participación comunitaria, que de algún modo compromete e inmiscuye a distintos miembros de la sociedad no sólo en

acompanhar, alojar o receber certas pessoas; h) Não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime; i) Qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso".

102 Vide BAUMANN, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer*, Beck, München, 1992; SCHÖCH, „Der Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung“, *Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis. Erfahrungen, neue Ansätze, Gesetzesvorschläge. Bericht über das Forum 1992 für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung vom 10. bis 12. April 1992 in Bonn*, 1993.

103 El mismo FIGUEIREDO DIAZ acepta que la norma portuguesa se inspiró en el § 153a StPO y en la inclusión del principio de oportunidad. Vide FIGUEIREDO DIAZ, “Para uma reforma global do processo penal português”, en *Para uma nova Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 189 y ss.

104 Vide GALAIN PALERMO, “Suspensión del proceso y tercera vía”, cit, p. 71; “Suspensión condicional del proceso a cambio de reparación: ¿Una forma anómala de decretar el sobreseimiento?”, *Sistema Penal*, 2, abr-jun- 2008, Ubijus, México, p. 65; en extenso, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, cit, pp. 384 y ss, 411 y ss.

105 Por todos, vide ROXIN, „Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem“, en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*. BADURA/SCHOLZ (Hrsg), München, 1993, pp. 48 y ss.

106 Para algunos, este importante papel de la mediación comenzó con la Ley de los Juzgados de Paz, Nr. 78/2001, que delinó muchas de las características actuales de este tipo de solución de conflictos. Ver SCHMIDT, „Mediation in Portugal“, HOPT/STEFFEK (Hrsgs), *Mediation. Rechtsstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 833 y s.

107 Vide BREMMANN, „Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht“, *Juristische Rundschau*, Heft 6, 2003, p. 227. La mediación no es totalmente informal porque tiene sus propios principios, técnicas y estructuración en fases. Vide por todos, VARONA, *La mediación reparatoria*, cit, p. 179.

108 Ibidem, p. 445.

109 Vide GORDILLO SANTANA, *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, cit., p. 369.

la resolución del conflicto sino en la ejecución del acuerdo y el seguimiento de las relaciones interpersonales entre el autor y la víctima. La mediación no pretende resolver el conflicto sino elaborar el conflicto, y por ello utiliza a la ley como “punto de referencia” para aproximar a las personas, recurriendo a ella desde una dimensión metafórica.¹¹⁰ Esta consideración de la mediación (que no resuelve sino elabora el conflicto) sólo es compatible con el sistema penal en su dimensión simbólica, porque ella invierte el fin político criminal que tiene el Derecho penal formalizado, que se legitima únicamente en cuanto actúa en *ultima ratio* para la solución de los conflictos sociales más graves, y no como un medio para lograr en todos los casos y en *prima ratio* la paz social (cfr. Art. 4.1).

22. La Ley 17/2006 planteó la necesidad de crear en el sistema penal de Portugal nuevos caminos en dirección a una justicia de tipo restaurador, por medio de la figura de la mediación. Político-criminalmente la mediación debería tener prioridad frente a la pena como forma de resolver el conflicto penal (cfr. Art. 12.1.g) en las situaciones en que ella fuera admisible (cfr. Art. 11). Esta política criminal de tipo restaurador cristalizó en la Ley 21/2007 que instauró la mediación dentro del sistema penal para delitos perseguidos por acusación particular, delitos contra las personas o delitos contra el patrimonio (cfr. Art. 1); esto es, la franja de delitos que se pretendió abarcar con esta “nueva política criminal” es aun más limitada que la que ya admitía la suspensión condicional del proceso (delitos cuya pena no puede superar el límite de 5 años). La ley no explica en ninguno de sus artículos cuál es la finalidad de la mediación, más allá de la posibilidad de la concreción de un acuerdo de reparación entre el presunto autor y la víctima.

23. La mediación como instancia deformalizada o de desviación no se rige por los principios y garantías del proceso penal, y en ese sentido puede llegar a lesionar algunos principios básicos que informan al sistema jurídico de Portugal. En primer lugar, con todos los mecanismos procesales diversos a la tramitación del procedimiento con los que cuenta el sistema penal portugués para la resolución del conflicto, puede sostenerse que el principio de legalidad ya no es la regla que exige la Constitución,¹¹¹ sino que se puede llegar a convertir en la excepción si no se especifican aquellos criterios delimitadores para la utilización práctica de los mismos.¹¹² La doctrina también anuncia una posible lesión del principio de oficialidad.¹¹³ Véase que el fiscal puede suspender el trámite del proceso para enviarlo a un procedimiento de mediación y esta decisión no es susceptible de impugnación, ni de control por parte del juez de instrucción (que la ley literalmente hace desaparecer del proceso de resolución del conflicto). En todo caso, en un sistema procesal en el que el fiscal tiene la llave de la persecución o la discrecionalidad no es equivocada que también pueda hacer uso de la desviación de un proceso formal hacia uno informal (cfr. Art. 3.1). Pero lo que no se comprende es cómo también la ley le otorga al Ministerio Público (cfr. Art. 5.5) el señorío de poner fin a un conflicto penal (que previamente se ha desformalizado y devuelto a las partes), cuando es el juez el único funcionario de la administración de justicia que tiene la potestad de dictar una sentencia (así se trate de una disposición de homologar un acuerdo entre las partes enfrentadas por un delito) y cuando es el juez quien tiene la obligación de ponderar que cualquier consecuencia jurídico-penal cumpla con el principio de proporcionalidad y con los fines de la pena.

24. Pero además, el procedimiento que se “terminaría” con la homologación del acuerdo de mediación, luego puede ser “reabierto” en caso de incumplimiento de los términos del acuerdo por medio de una “renovação do direito de queixa” (cfr. Art. 5.4), circunstancia que no se condice con un punto final que extingue la punibilidad y causa incertidumbre jurídica (en todo caso la extinción de la punibilidad debería quedar en suspenso hasta el cumplimiento efectivo del acuerdo de mediación).

25. En lo que respecta a los delitos privados que no superen la pena de 5 años no habría mayores problemas en asumir que cuando se produce un acuerdo de mediación la víctima desiste de la acción y así se puede dar por terminado el conflicto (cfr. Art. 5.4). Sin embargo, queda la duda de cómo la desistencia de la acción privada puede interrumpir la oficialidad de la persecución en caso de delitos semi-públicos cometidos contra las personas o contra el patrimonio (cfr. Art. 2). Véase que el acuerdo entre las partes obliga al fiscal a la suspensión obligatoria del proceso penal hasta el cumplimiento del acuerdo, lo que significa que aun en caso de delitos semi-públicos (no privados) las partes (autor y víctima) tendrían la potestad de suspender

110 Vide CERETTI, “Mediazione penale e giustizia.”, cit, pp. 718 y ss.

111 Antes que el principio de legalidad tuviese rango constitucional (cfr. Art. 219) el Prof. FIGUEIREDO DIAZ lo consideraba como un derivado de los principios constitucionales que informan el Estado de Derecho. Vide FIGUEIREDO DIAZ, *Direito Processual Penal*, Coimbra ed, Coimbra, 1984, p. 128.

112 De similar opinión CONDE CORREIA, “O papel do Ministério Público”, cit, p. 60.

113 Vide SANTOS, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 16, 1, jan-mar 2006, p. 111.

el procedimiento penal. Y en definitiva, serían ellas las que tendrán el poder de decidir por sí mismas si el acuerdo alcanzado cumple con los fines de prevención que el derecho penal tiene asignados.¹¹⁴

26. En el proceso de mediación también podría verse en peligro el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, por ello se recomienda que el autor participe de la instancia de mediación asesorado por un abogado.¹¹⁵

27. La mediación lesiona el principio procesal de igual consideración de las partes procesales (*Gleichbehandlungsprinzip*) porque el autor y la víctima no llegan a las instancias de diálogo en condición de testigos o de alguna otra naturaleza que denote neutralidad, sino que ellos son derivados por decisión del Ministerio Público a una instancia de consenso bajo el rótulo de “autor” y “víctima”, lo que también podría resultar lesivo del principio de presunción de inocencia.¹¹⁶ Por otra parte, resulta de difícil entendimiento lógico, como alguien que tiene que ser en todo momento considerado inocente puede llegar a un acuerdo de reparación sobre la base de “asumir” la compensación de un delito que posiblemente no ha cometido. Esta situación no puede evitar la realización de acuerdos sobre falsas “confesiones” para eludir una posible pena,¹¹⁷ dejando sin argumento a quienes defienden a los procesos de mediación por constituir la mejor forma de lograr la paz social.

28. En caso que la mediación no llegue a concretarse, la ley exige que el proceso penal retome su curso con una prohibición de prueba de todo lo manifestado por el presunto autor en el fallido intento de conciliación con la víctima (cfr. Art. 4.5).

Los defensores de la mediación como medio alternativo de “elaboración” del conflicto sostienen que la mediación contempla la “confidencialidade das discussões ocorridas nas sessões de mediação, as quais só podem ser reveladas em juízo com a concordância do ofensor e da vítima, ante a possibilidade de viabilizar uma resposta penal mais benéfica”.¹¹⁸ Sin embargo, cuando la mediación no es exitosa y el juicio penal debe proseguir su marcha, la situación procesal del autor se ve notoriamente perjudicada, pues todo lo manifestado en la “instancia informal” podría ser trasladado al proceso directamente por la víctima en la audiencia oral.¹¹⁹

29. En la mediación que se ha propuesto en Portugal el juez no cumple con ninguna función¹²⁰ y sólo intervienen el Ministerio Público, el acusado y la víctima. Allí es el promotor quien impulsa el procedimiento y luego pone punto final al conflicto, en lo que puede constituir una grave lesión del principio constitucional de juez legal, porque es el fiscal (y no el juez)¹²¹ quien “*está no princípio e no fim da mediação penal*”.¹²²

30. Bajo el imperio de la legalidad el Tribunal es el destinatario natural de la política criminal, quien tiene la delicada tarea de “hacer justicia” aplicando al caso concreto aquello que el legislador ha plasmado en la

114 De similar opinión, SANTOS, “A mediação penal”, cit, p. 111. En el Art. 6.5 se establece que “a assinatura do acordo equivale a desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido”, lo que se explica en casos de crimes particulares en sentido amplio, però no para los crimines públicos. De todas formas, frente al incumplimiento del acuerdo el ofendido debiera renovar la queixa y continuar con el proceso, lo que a juicio de esta autora parece una solución “excesivamente rebuscada e original sem que nada o justifique”. Ibidem, p. 112. En relación a problemas procesales por cambios de calificación de los delitos, por ejemplo, de una calificación inicial de semi-públicos a públicos y visversa, en relación a los plazos de caducidad, vide LAMAS LEITE, *Mediação Penal de Adultos. Um novo “Paradigma” de Justiça?. Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Ed, Coimbra, 2008, pp. 57 y ss.

115 Vide BUTTIG, *Die Wiedergutmachung der Folgen einer Straftat*, cit, pp. 295, 300 y ss.

116 Para evitar cualquier contradicción con el principio de inocencia, hay autores que incluso reclaman la necesaria intervención del juez penal para comprobar la culpabilidad del autor, cuando exista en el caso concreto una confesión por parte del autor, que requiere de un convencimiento y declaración de culpabilidad por parte del juez. Vide KONZIOLA, “Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldvermutung”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1989, pp. 187 y s. Vide también LAMPE, “Wiedergutmachung als “dritte Spur” des Strafrechts?”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, pp. 490 y ss.

117 Vide BEMMANN, “Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht”, cit, p. 229.

118 Vide SICA, *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*, cit, p. 132.

119 De similar opinión BUTTIG, *Die Wiedergutmachung*, cit, p. 298.

120 El juez ni siquiera tiene la posibilidad de controlar si existió una libre disposición de voluntad de las partes en el momento del acuerdo y tampoco puede homologar el acuerdo entre las partes. Por esta razón, este acuerdo no puede ser considerado un título ejecutivo, como acontece en el Derecho Laboral. Vide SCHMIDT, “Mediation in Portugal”, cit, pp. 832 y s.

121 En un trabajo anterior me había pronunciado sobre la posibilidad de admitir la mediación dentro del proceso bajo la dirección del juez. Vide GALAIN PALERMO, “Formas de consenso”, cit, pp. 79 y s.

122 Vide CONDE CORREIA, “O papel do Ministério Público no regime legal da mediação penal”, *Revista do Ministério Público*, 11, Out-Dez 2007, p. 58.

norma. No obstante este desiderátum, las últimas reformas del sistema penal de Portugal indican que la actual política criminal prescinde de los fines tradicionales de la "justicia penal" para concentrarse en la "administración de lo penal". En ese sentido, se torna disfuncional no sólo cualquier finalidad de resocialización de los ciudadanos que han delinquido,¹²³ sino también cualquier función del juez en relación a satisfacer los fines del Derecho penal.¹²⁴ La nueva política criminal en Portugal indica que los fines del Derecho penal ahora son una cuestión que corresponde determinar al Ministerio Público, dentro de un sistema penal sin jueces que se orienta hacia la resolución más rápida y efectiva de determinados conflictos penales.¹²⁵

F. CONCLUSIÓN

31. La JR y la mediación no constituyen sistemas nuevos de administrar justicia penal, sino que guardan relación con el control social comunitario que ha guiado desde siempre el espíritu de los sistemas del *common law* y de sistemas consuetudinarios de justicia.

32. Con la mediación que pretende lograr un acuerdo de reparación se busca dar satisfacción a la víctima y la resocialización del autor, por medio de un proceso con participación comunitaria (mediador), que de algún modo compromete e inmiscuye a distintos miembros de la sociedad no sólo en la resolución del conflicto sino en la ejecución del acuerdo y el seguimiento de las relaciones interpersonales entre el autor y la víctima. De este modo, se invierte el fin político criminal que tiene el Derecho penal formalizado, que se legitima únicamente en cuanto actúa en *ultima ratio* y de modo fragmentario para la solución de los conflictos sociales más graves (no para obtener la paz social entre las partes enfrentadas por el delito).¹²⁶

33. Esta expansión informal del control social y de las tareas de resolución de conflicto y posterior vigilancia (que son propias del Estado y de sus instancias de control) significan un aumento injustificado del poder de disposición del objeto del procedimiento penal y una posible merma de los principios y garantías que protegen a todos los justiciables frente a las sospechas de comisión de un delito. Por ello, siempre es preferible la integración de las formas de consenso en el procedimiento tradicional de administrar justicia penal¹²⁷ y la vigencia del principio de intervención penal en *ultima ratio*.

34. En torno a las soluciones de consenso y a la mayor atención de las necesidades de la víctima dentro del sistema penal, el sistema penal portugués no necesitaba de la implementación de nuevas normas o instituciones,¹²⁸ sino que requiere de un cambio de mentalidad en los operadores del sistema de justicia penal.¹²⁹ Para ser efectivas, estas soluciones de consenso requieren de un cambio de mentalidad en los valores

123 Téngase en cuenta que la resocialización sigue siendo un fin esencial del "proceso" de mediación entre el autor y la víctima. Vide por todos BEMMANN, „Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht", cit, p. 228.

124 Se dice que: "A tentativa de separar as águas entre Tribunal e política criminal não pode, assim, deixar de suscitar perplexidade...A verdade é que a política criminal constitui uma irreductível categoria transcendental de toda a decisão do tribunal criminal. Ao decidir do se, do como e do quanto duma condenação penal, o Tribunal cumpre a lei, dando expressão aos desígnios de política criminal...em todos os preceitos legais convocados para a solução do caso". Vide DA COSTA ANDRADE, "Lei-Quadro da Política Criminal (Leitura crítica da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio)", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Maio-Junho 2006, 3938, Coimbra Ed, p. 275.

125 *Ibidem*, pp. 266 y s. Este autor habla de "un proyecto de política criminal exclusivamente virado para a actuação do Ministério Público e das polícias criminais". *Ibidem*, p. 268.

126 La obtención de la paz social va más allá de los fines que actualmente se reconocen a las penas, pero si ella pudiera ser obtenida mediante acuerdos de reparación, entonces la reparación que sirva para cumplir con los fines del castigo sería preferible a la pena. Vide sobre este aspecto GALAIN PALERMO, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, cit, pp. 157 e ss, 322 e ss, 330 e ss.

127 Este tipo de propuestas es considerada como "híbrida", en la que los fines de la JR y la JT se aproximan y se ligan en un mismo sistema. Vide VAN NESS, "Creating restorative systems", WALGRAVE (Ed), *Restorative Justice and the Law*, Willan Publishing, USA, 2002, p. 145.

128 En mi opinión las soluciones de consenso deben ubicarse dentro del derecho penal según la siguiente propuesta: **no hace falta abandonar el modo tradicional de administrar justicia penal si dentro del proceso penal se puede brindar mayor participación a la víctima y al autor en la resolución del conflicto, y si se favorece dentro del procedimiento penal la posibilidad de hacer acuerdos de reparación, en los que también participe la víctima** (cfr. Art. 281 y ss CPP). Vide en extenso GALAIN PALERMO, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, cit, pp. 268, 274 y s. 400 y ss.

129 En el caso alemán, a partir de la *Opferschutzgesetz* implementada en 1986 los esfuerzos se centraron en impulsar el *Adhäsionsprozess* (proceso adhesivo, cfr. §§ 403 406c StPO), para ofrecer mayores posibilidades de participación a la víctima en el proceso penal. Sin embargo, según la doctrina alemana ellos no tuvieron mayor éxito, por el mero hecho de estar tan arraigada en los operadores de la administración de justicia penal la histórica separación entre la sede penal y la civil para la *Entschädigung des Verletzten* o indemnización del daño. Vide SCHÜNEMANN „Zur Stellung", cit, p. 193 y ss; WEIGEND, „Das

comunes para lograr la paz social al momento de solucionar los conflictos, pero ello no es función del sistema penal. Al dar ingreso a la mediación en el sistema penal, el legislador portugués no ha pretendido modificar los valores sociales ni la función del derecho penal, sino lograr una gestión administrativa más rápida y eficaz, en manos del Ministerio Público y no de los jueces; y en ese sentido, la mediación se convertirá sólo en mera gestión porque ella “fracasa al no alterar la justicia tradicional”.¹³⁰

35. Esta nueva orientación político-criminal que prescinde de los jueces, exige más que nunca un compromiso social del Ministerio Público, que como reclama FIGUEIREDO DIAS, mientras su “magistratura” no sea totalmente independiente de “la política criminal definida pelos órgãos de soberania” estará cada vez más obligado a rendir cuentas a la comunidad en relación a la política criminal escogida.¹³¹

36. De una comparación entre los objetivos y funciones de la JR y la JT en relación a la posibilidad de acceder a instancias de consenso en la administración de la justicia penal se puede decir que:

- Hay consenso casi unánime en que la integración de la víctima al proceso de resolución del conflicto es un fin de la JR.
- También que a través de este proceso se debe obtener como resultado un acuerdo de reparación.
- A su vez, tampoco se discute que la resolución del conflicto debe ser de consenso, y por tanto, hay que integrar al autor en dicho proceso, y de esta forma, se procura una mejor prevención del delito.
- Del mismo modo, se exige que el autor asuma voluntariamente su responsabilidad por el hecho cometido.

Pues bien, todos estos son objetivos de la JR también pueden ser logrados en una JT como la que tiene Portugal a partir de su Código del Proceso Penal de 1987, sin necesidad de deformalizar las instancias procesales, ni prescindir de la sentencia de homologación judicial (ahora homologación del Ministerio Público). De este modo, la mediación (o la reparación) pueden ocupar un lugar como una consecuencia jurídico-penal,¹³² sin la necesidad de abandonar los fines, principios y garantías que el Derecho penal brinda, entre ellos, la participación necesaria del juez para resolver el conflicto de la forma más “justa”.¹³³

Opferschutzgesetz-kleine Schritte zu welchem Ziel?”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 1.170 y ss; RIEB/HILGER, „Das neue Strafverfahrensrecht-Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 145 y ss; BANNENBERG/UHLMANN, „Die Konzeption des Täter-Opfer-Ausgleichs in Wissenschaft und Kriminalpolitik”, en *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Bundesministerium der Justiz, Bonn, 1998, p. 27. El parágrafo 403 StPO otorga a la víctima la facultad de ejercicio en el proceso penal de la acción civil derivada del delito como forma de resolver determinadas pretensiones de corte civil en el juicio penal (fundadas en la normativa civil), en base al principio de economía procesal. Sin embargo, ocurre que el proceso adhesivo –prácticamente- no se utiliza en Alemania, habiéndose convertido en un concepto de pura teoría. Vide ROXIN, „Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem”, en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, BADURA/SCHOLZ (Hrsg), München, 1993, p. 302; RIESS, „Der Strafprozeß und der Verletzte –eine Zwischenbilanz”, *Jura*, deGruyter, Berlin-New York, 1987, p. 283.

130 Vide VARONA, *La mediación reparadora*, cit, p. 455.

131 Vide FIGUEIREDO DIAS, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade”, cit, pp. 193 y 199.

132 De las encuestas criminológicas se pueden deducir dos conclusiones de interés que deberían ser consideradas por el legislador al momento de plantearse la necesidad u oportunidad de introducir la mediación como una sanción penal o como alternativa al proceso penal y a la pena. En primer lugar, si coexistieran dentro del sistema penal la reparación y la mediación como consecuencias jurídicas autónomas, la reparación debería tener prioridad frente a la mediación. En segundo lugar, las víctimas encuestadas prefieren obtener como consecuencia penal la reparación del daño sin tener que confrontarse (nuevamente) para ello con el autor. Este dato es de suma importancia para entender la importancia de la reparación no sólo frente a la pena sino también frente a otro tipo de resolución alternativa de conflicto (vgr. mediación). La reparación se diferencia de la mediación en que aquella pretende formalizar lo informal, no informalizar lo formal. Vide HERTLE, *Schadenswiedergutmachung als opfernahe Sanktionsstrategie. Eine dogmatisch-Empirische Untersuchung*, Lang, Frankfurt/Main, 1994, p. 250.

133 De similar opinión DA COSTA ANDRADE: “...no essencial se espera um aumento da eficácia da resposta à pequena criminalidade, alargando-se o recurso a figuras como a suspensão provisória do processo (artigo 281.º do Código de Processo Penal), o arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280.º do Código de Processo Penal), o processo sumaríssimo (artigos 392.º e segs. Do Código de Processo Penal), etc. Só que, mais uma vez, não se vê como possa alcançar-se o efeito almejado, tratando-se de figuras processuais cuja actualização depende sempre da intervenção necessária e decisiva do Tribunal, que a Lei-Quadro da Política Criminal apostou em deixar fora do regime das orientações”. Vide DA COSTA ANDRADE, “Lei-Quadro da política criminal”, cit, p. 277.

37. Si se pretendiera justificar la introducción de la mediación en el sistema penal de Portugal en las directivas o recomendaciones de la Unión Europea, estas reflexiones pueden servir para sostener que no había necesidad de introducir en Portugal el mecanismo alternativo de resolución de conflictos penales por medio de la mediación, cuando la exigencia de adaptación del sistema penal nacional respecto a los requerimientos de la Unión Europea ya estaba cubierta por los instrumentos contenidos el Código Procesal Penal de 1987. Este cuerpo normativo creó instituciones -como la *suspensión condicional del proceso*- que responden a todos los requisitos de las soluciones de consenso y al espíritu de la justicia restauradora, así como atañe a la misma franja de delitos que se pretende abarcar con la mediación. La creación de nuevas y más formas alternativas de resolución de conflictos sólo se duplicarán en sus cometidos¹³⁴ y harán más superfluas (cuando no confusas)¹³⁵ la aplicación de las medidas ya existentes.¹³⁶

38. Véase que ya la doctrina portuguesa asume que “na verdade, aquilo que o legislador previu como o regime da mediação, de um prisma material, se aproxima -e devia ainda aproximar-se em maior medida, ao que cremos- da suspensão provisória do processo”.¹³⁷ El sistema penal portugués no necesita agregar nuevas formas alternativas para la resolución de los conflictos penales, porque la normativa existente (vgr. suspensión condicional del proceso, sobreseimiento con dispensa de pena, etc) contempla la mayoría de los postulados de la JR, admite el principio de oportunidad y cumple con las exigencias normativas de la Unión Europea.

39. En realidad en Portugal el problema es otro, y reside en cómo compaginar y aplicar correctamente todos los medios alternativos existentes, que todavía no han sido eficazmente utilizados en la praxis.¹³⁸

40. En definitiva, entre otras cosas, en esta contribución al debate que tiene que tener lugar en la doctrina portuguesa, se ha pretendido destacar el acierto de la política criminal seguida por el Código Procesal Penal de 1987 en relación a las formas de consenso, que se ajustaba al espíritu de la JR en muchas disposiciones que reconocían la alternatividad en la resolución del conflicto. Vaya en esta defensa del sistema penal normativo y político criminal portugués instaurado en aquel cuerpo normativo (que mucho le debe al homenajeado con esta publicación) mi humilde tributo a su principal mentor: el Prof. Dr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, verdadero ejemplo de vocación universitaria para las generaciones actuales y futuras.

134 Vide SANTOS, „A mediação penal”, cit, p. 101, nota rodapé 24. Repárese que la suspensión de los plazos de prescripción del proceso penal van hasta la fecha fijada para el cumplimiento del acuerdo de reparación (cfr. Art. 7.2). Sólo el cumplimiento del acuerdo permite la resolución definitiva del conflicto, por lo que en los hechos la mediación es la “consagração de uma vera suspensão do processo”. Vide LAMAS LEITE, *Mediação Penal de Adultos*, cit, p. 98.

135 Téngase en cuenta que el acuerdo de reparación es la condición para desistir de la queixa, por lo que la reparación pasa a ser el elemento determinante de esta forma de resolver el conflicto, aproximándose esta “homologação da desistência” do instituto da suspensão provisória do processo. La mediación permite la desistencia de la queixa bajo la condición suspensiva del cumplimiento del acuerdo. Si este no fuera satisfecho queda abierta la posibilidad de desistir (renovação de queixa) por parte del ofendido, aproximando el instituto de la mediación a la suspensión provisoria del proceso (cfr. Art. 281 CPP). En sentido similar, LAMAS LEITE, *Ibidem*, pp. 96 y s.

136 La ley nada dice sobre el contenido del acuerdo de reparación, lo que ha llevado a la doctrina a suponer que el mismo no puede consistir “em algo diferente de deveres, obrigações, injunções ou regras de conduta...Contudo, seria farisaico negar a tais imposições -chamemos-lhe assim-um carácter restritivo, em maior ou menor medida, de direitos fundamentais...Tudo indica estarmos perante um meio de constrangimento do arguido orientado para o cumprimento de um acordo imposto por cláusulas que, na sua base, têm um conteúdo sancionatório e que, bem vistas as coisas, muito se aproxima das injunções e regras de conduta a que se refere o art. 281.º do CPP, também elas penhor de que o seu cumprimento levará ao arquivamento do processo (art. 282.º, n.º 3, do CPP)”. *Ibidem*, pp. 88 y s.

137 *Ibidem*, p. 89. Este autor luego es más contundente y expresa: “a “desistência” surge como o último passo de um processo negocial com intervenção de um terceiro imparcial; conduz à aplicação de obrigações, regras de conduta ou injunções sobre o arguido; só opera todos os seus efeitos em caso de cumprimento do acordo, estando assim sujeita a uma condição suspensiva... Destarte, estamos perante um mecanismo que, apesar do seu nomen iuris é, na prática, uma suspensão provisória do processo”. *Ibidem*, pp. 116 y s.

138 Vide FERREIRA MONTE, “Do Princípio da Legalidade no Processo Penal e da Possibilidade de Intensificação dos Espaços de Oportunidade”, *Revista do Ministério Público*, 101, 2005, pp. 71 y s; también LAMAS LEITE, *A Mediação Penal de Adultos*, cit, p. 36, nota 49.