
REPARACIÓN DEL DAÑO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y GÉNERO

Nimrod Mihael Champo Sánchez

Lidia Inés Serrano Sánchez



La presente obra aborda diversos temas relacionados con la reparación del daño, la justicia restaurativa y la teoría del género; temas que cada vez son de mayor relevancia y que con frecuencia son abordados de manera frívola en los estudios jurídicos. En su abordaje, los profesores Nimrod Mihael Champo Sánchez y Lidia Inés Serrano Sánchez, hacen evidente su amplia experiencia en la materia que nos comparten, producto sin duda del historial que como académicos de reconocido prestigio han aquilatado en su paso por diversas facultades y centros de investigación jurídica.



UNACH | INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ISBN: 978-1-7336115-3-4

REPARACIÓN DEL DAÑO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y GÉNERO

Nimrod Mihael Champo Sánchez
Lidia Inés Serrano Sánchez





REPARACIÓN DEL DAÑO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y GÉNERO

UNACH | INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

CARLOS F. NATARÉN NANDAYAPA, RECTOR

ISBN: 978-1-7336115-3-4

Editado en Austin, Texas; 2019

D.R © Imagen de cubierta, 2007

Akio Hanafuji

D.R © Diseño editorial, 2019

Edgar Lara Morales

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, sea cual fuera el medio, sin el consentimiento por escrito del editor.

Mihael Nimrod Champo Sánchez

Investigador del IIJ-UNACH y Profesor del INACIPE

Lidia Inés Serrano Sánchez

Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM y de la UNACH



Universidad Autónoma de Chiapas

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ocozocoautla, Chiapas
23 de enero de 2019
Memorándum No. IIJ/CE/01

Dr. Omar David Jiménez Ojeda
Encargado de la Dirección
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Presente

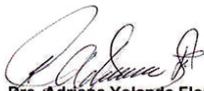
Por este medio comunicamos a usted que con fecha 19 de enero del presente año, el Consejo Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas en su 1ª sesión ordinaria acordó autorizar la publicación de la obra: **"REPARACIÓN DEL DAÑO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y GENERO"** de los autores: Dr. Nimrod Mihael Campo Sánchez y Mtra. Lidia Inés Serrano Sánchez.

Cabe mencionar que se ha constatado que dicha investigación es fiel testimonio de los trabajos académicos desarrollados, se verificó que dicho texto cumple con el rigor metodológico y es conforme a las líneas editoriales del Instituto.

Atentamente



"Por la conciencia de la necesidad de servir".


Dra. Adriana Yolanda Flores
Castillo
Presidenta del Consejo Editorial


Dr. Miguel Ontiveros Alonso
Secretario del Consejo Editorial


Dr. José Alberto Gordillo Flecha
Vocal

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
PRIMERA PARTE	17
1.1.- REPARACIÓN DEL DAÑO	19
1.1.1.- Antecedentes y definición	19
1.1.2.- Clasificación general y tipos de daños	22
1.1.3.- El Daño Jurídico	27
1.1.4.- Reparación/resarcimiento del daño	30
1.1.4.1.- La reparación económica o material del daño	33
1.1.4.2.- Reparación del daño moral	35
1.1.5.- La indemnización y la responsabilidad civil	38
1.1.6.- Diferencia entre daño y perjuicio	44
1.1.7.- La reparación del daño en materia penal	46
1.1.7.1.- España	47
1.1.7.2.-México	55

SEGUNDA PARTE	63
2.1.- JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL	65
2.1.1.- Justicia restaurativa	65
2.1.2.- Cuándo es alternativa la Justicia Restaurativa	77
2.1.3.- El conflicto penal	78
2.1.4.- Modelos de Justicia Restaurativa	85
2.1.4.1- Según los participantes	85
2.1.4.2- Según la sede	87
2.1.4.3- Por las consecuencias procesales	88
2.2.- MEDIACIÓN PENAL	90
2.2.1- Modelos de mediación penal	93
2.2.2- Características	96
2.2.3.- Diferencias con la mediación civil	101
2.2.4.- Fases de la mediación penal	104
2.2.4.1.- Pre-mediación	104
2.2.4.2.- El encuentro	106
2.2.4.3.- El acuerdo	108
2.2.4.4.- Pos-mediación o seguimiento	111
2.2.5.- Modelos de reparación del daño	111
2.3.- LOS MECACINISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PROCESO PENAL	114
2.3.1.- Oportunidad vs. Legalidad	115
2.3.1.1. Principio de oportunidad	115
2.3.1.2. Legalidad en el proceso	117

2.3.1.3. La adversariedad no es la base de la Justicia Restaurativa	120
TERCERA PARTE	123
3.1.- GÉNERO Y VIOLENCIA DE GÉNERO	125
3.1.1 Género y mujer	125
3.1.2. Violencia contra la mujer	130
3.2. VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LA MUJER	132
3.2.1. Reconocimiento, cultural y social en la búsqueda de paz	135
3.3. JUSTICIA RESTAURATIVA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO	136
3.4 LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y EL FEMINICIDIO	139
3.5. JUSTICIA RESTAURATIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO	142
3.5.1 Mediación, Mediación Penal y Justicia Restaurativa	143
CONSIDERACIONES FINALES	151
FUENTES	157

PRESENTACIÓN

La presente obra aborda diversos temas relacionados con la reparación del daño, la justicia restaurativa y la teoría del género; temas que cada vez son de mayor relevancia y que con frecuencia son abordados de manera frívola en los estudios jurídicos. En su abordaje, los profesores Nimrod Mihael Champo Sánchez y Lidia Inés Serrano Sánchez, hacen evidente su amplia experiencia en la materia que nos comparten, producto sin duda del historial que como académicos de reconocido prestigio han aquilatado en su paso por diversas facultades y centros de investigación jurídica.

Los autores afirman y les asiste la razón, en que históricamente el proceso penal se ha centrado en la figura del imputado lo que en consecuencia se ha traducido en un olvido histórico y sistemático por decir lo menos, de la víctima dentro del proceso penal, concretamente en lo relativo a la reparación del daño.

Así, la obra se divide en tres capítulos: en el primero titulado: “La reparación del daño”, abordan lo relativo a los antecedentes y tipos de daños, partiendo que el origen de la reparación del daño

como muchas otras figuras procesales tuvieron su génesis en el derecho civil, haciendo además una potente correlación entre la reparación del daño económico y del daño moral, enriqueciéndonos con una perspectiva comparada en la materia entre España y México, lo cual es sin duda fruto de las estancias académicas que los autores han desarrollado en la península ibérica y de su cercanía con juristas de aquellas latitudes.

El capítulo segundo abordan los temas relacionados con la justicia restaurativa y la mediación penal, en él los autores toman distancia de las distorsiones que han tenido estas figuras en el ánimo de la sociedad y aclaran muy oportunamente que la justicia restaurativa no es una estrategia para disminuir la delincuencia como tampoco es nueva o de origen estadounidense, mucho menos sustituye el sistema de justicia penal. Empero lo que si reconocen los profesores Champo y Serrano es que la justicia restaurativa es un complemento del sistema de justicia y en esa visión coincidimos ampliamente.

El capítulo tercero versa sobre la perspectiva de género en la justicia restaurativa, lo que es sin duda una de las principales aportaciones de la obra al ser pionera en la materia. Hacía falta exponer estas ideas en el foro académico, pues es innegable que la violencia contra las mujeres es una realidad visible en todo el país y es ahí donde la justicia restaurativa está llamada a jugar un papel protagónico para que México supere esta lamentable realidad y deje de estar a la cola de los sistemas procesales penales, en este y en muchos otros aspectos.

En efecto, somos conscientes que la Justicia Restaurativa es un intento por replantear las necesidades que generan las conductas delictivas, así como los roles implícitos en ellas, necesidades que el proceso judicial evidentemente no atiende por no estar diseñado para esos propósitos. Posteriormente los autores arriban a las consideraciones finales, el lector advertirá que lo hacen libres de prejuicios, lo que constituye una entrega digna de reconocer para beneficio de la comunidad jurídica.

Toca pues la reflexión al lector que deberá plantearse si las figuras jurídicas expuestas en el espectro del proceso penal son merecedores de mayor esmero o, si por otra parte, se trata únicamente de elementos jurídicos que están llamados a ser satisfechos de manera mecánica por operadores que se circunscriben a satisfacer exigencias que la reglamentación les impone, dejando de lado la oportunidad de profundizar en la comprensión y desarrollo de la materia jurídica.

El lector confirmará, como lo hizo quien estas líneas escribe, que el contenido de la obra que tiene en sus manos es notoriamente distinto con otras que abordan la temática, pues los autores han sido magnánimos en proveernos de una basta fuente de información que la figuras jurídicas comentadas presentan. Lo anterior, no cabe duda, es excepcional y solo lo puede brindar quien posee un razonamiento crítico, aunado a la experiencia que como capacitadores del sistema de justicia penal adquirieron en prácticamente todo el territorio nacional por casi una década.

En la necesaria reflexión que debe existir acerca del entramado de las normas, sirva este preámbulo para congratularnos por la obra que el lector tiene a su disposición al tiempo que auguramos éxito a la carrera académica de los autores, a quienes aliento a continuar en el camino de compartir sus ideas y someterlas al escrutinio de la comunidad jurídica y del foro académico.

Es así que desde el sur de la República Mexicana, la Universidad Autónoma de Chiapas a través de su Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ-UNACH), presenta con orgullo la obra: “REPARACIÓN DEL DAÑO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y GENERO”, confiando en que se erigirá en un referente pues constituye una valiosa aportación para abogados, estudiantes de derecho y todas aquellas personas que desean profundizar en el debate de estas figuras relevantes.

Dr. Omar David Jiménez Ojeda

Encargado de la Dirección

Enero de 2019

PRIMERA PARTE

1.1.- REPARACIÓN DEL DAÑO

1.1.1.- Antecedentes y definición

La palabra daño, proviene del latín *damnum*, que significa deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provoca en la persona, cosas o valores morales o sociales de alguien.¹ Existen diferentes teorías del daño, pero las mismas, siempre se traducen en un mal causado que tiene diferentes consecuencias negativas, mismas consecuencias que pueden tener diverso impacto y diferentes niveles de efectos en las cosas o en las personas.

Para poder explicar el daño, podemos prestar atención a los orígenes de dicha figura, en donde adquiriría observancia como un principio general de derecho, de secular raíz, estableciendo que, todo aquel que cause un daño a otro tiene obligación de repararlo. Dicha concepción surge en Roma en el año 287 a.C. en los comicios de la *plebem* a propuesta del tribunal Aquilio (por Aquilio Galo) quien dictó una ley

¹ Diccionario Jurídico Mexicano, “daño”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones jurídicas/ UNAM, tomo III D, Serie E, Núm. 24, 1983, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1170/1.pdf>, p. 13.

que tenía por objeto regular la reparación del daño causado a otro. Su objeto era bastante limitado, ya que se refería sólo a los hechos de matar o herir a un esclavo o animal, o destruir o deteriorar una cosa, a dicha ley, se la conoce como *Lex Aquilia*.²

Si hacemos un breve recuento de la aparición del daño en el tiempo, distinguiremos sus dos principales momentos, en sus inicios en la comunidad primitiva, caracterizada con el sistema de venganza privada, donde toda ofensa que ocasionara daño a un sujeto, se consideraba realizada contra todo su grupo familiar, por lo que era obligación del ofendido y de su familia, castigar al ofensor y también a todo su grupo familiar, por lo que la responsabilidad no se encontraba particularizada, sino que respondía a todos los miembros del clan familiar y no que ésta debía ser proporcional al daño ocasionado. Posteriormente, el Código de Hammurabi fue el primer cuerpo normativo registrado en la historia que hizo referencia a un tipo de compensación, pero que consistía en la restitución por el daño o el robo ocasionado a un sujeto, de hasta 30 veces más la cosa materia del perjuicio, y que en caso de no tenerse los medios para la indemnización se le condenaba a muerte, por lo que dicha compensación corría a cuenta entonces del Estado.³

También, podemos encontrar en el Derecho Indio, el *Código de Manu* (600 a.C) que estaba caracterizado por su regulación jurídica, re-

² *Ibidem*. p. 14.

³ Brito González, Manuel Sebastian, *El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización*, Universidad del Azuay, Facultad de Ciencias Jurídicas, Ecuador, 2013, disponible en: <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3186/1/09960.pdf>, p. 19.

ligiosa y moral, el cual añadió ya un tinte moral que gozaba de normas éticas, estableciendo a detalle la indemnización por daños provocados contra el honor y estableciendo así penas pecuniarias, corporales o incluso la muerte. Para el Antiguo Derecho Romano, la concepción de daño, en sus orígenes era de índole material, únicamente concebían la reparación del daño por una conducta ilícita que afectaba el patrimonio del titular, pero con su evolución y florecimiento, se crea la *Ley de las XII Tablas* que constituyó un antecedente del daño moral, en el que se desprende del concepto de injuria, considerada una ofensa o desprecio hacia los demás, que provocaba una frustración de índole anímico o espiritual. En este tenor, ya para la Edad Media, en las 7 partidas, encontramos la regulación de los daños y sus compensaciones, pero el daño moral adquiere gran presencia, comprendiendo la lesión tanto a un derecho patrimonial como a los extra-patrimoniales y su regulación e indemnización pecuniaria.⁴

Finalmente, en la Revolución Francesa con el gran desarrollo social, político y cultural de la época, que repercutió en los valores morales y espirituales y se consolidaban como ejes centrales para el desarrollo y organización de las sociedades, se les otorgó la protección constitucional.⁵ Partiendo de este contexto y como distinguiremos más adelante, el daño abarca más que sólo al acatamiento de matar o herir, sino que es más amplio y por tanto, se dificulta en demasía, no sólo en la forma de poder identificarlo, ya que no hablamos única-

⁴ *Ibidem*, p. 20.

⁵ *Ibidem*, pp.20 y 21.

mente del daño económico o material sino tal vez, en un daño moral, el cual abre un gran abanico de posibilidades para resarcirlo y determinar la forma de la participación tanto de las víctimas como de los ofendidos para dicha situación.

1.1.2.- Clasificación general y tipos de daños

Una vez explicado el origen y la definición del daño, tendremos en cuenta que de manera general podemos catalogarlos; según el tiempo o duración en daños **inmediatos y mediatos**, los *inmediatos* se producen en forma instantánea o en un tiempo relativamente breve después de presentada la causa; los *mediatos*, se dan con bastante posterioridad a la mediata. Otra distinción, se obtiene de la forma en que se presentan, en donde encontramos los daños **directos e indirectos**, los *directos*, son producidos por el suceso dañoso como causa eficiente, y los *indirectos*, reciben su existencia de otra causa y el evento dañoso solamente es de ocasión. Otra de las separaciones, radica en daños **ciertos e inciertos**, el *cierto* es aquel cuya naturaleza se conoce bien en sí misma, en sus límites y contornos, pero en el caso del daño *incierto*, es aquel cuya naturaleza no se puede precisar por ser susceptible de permanecer igual o de agravarse después. Pero para realizar con mayor precisión las diferentes clasificaciones que pueden encontrarse en el daño, añadimos lo siguiente:⁶

⁶ Crf. Cienfuegos Salgado, David, "Responsabilidad civil por daño moral", en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM, México, año 9, No. 27, septiembre-diciembre, 1998, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf>, p. 53.

Atendiendo al momento en que se manifiesta.

- *Daños inmediatos*, aquellos que resultan del incumplimiento de una obligación o de un ilícito extracontractual conforme al curso normal y ordinario de las cosas. Así encontramos por ejemplo, si una empresa de transporte aéreo no cumple con la obligación de transportar al pasajero en la fecha convenida, el daño inmediato estará representado por los gastos que deba realizar el viajero para lograr otro pasaje similar, incluyendo gastos de traslado, mayor precio, etcétera.
- *Daños mediatos*, los que resultan de la conexión del incumplimiento del deudor o del ilícito extracontractual con acontecimiento distinto. Por ejemplo, si no hay pasajes disponibles en ninguna empresa, el viajero se verá impedido de realizar el viaje, frustrándose sus vacaciones.⁷
- *Daño actual*, es aquel ya producido al momento de dictarse sentencia.
- *Daño futuro*, es el que todavía no se ha producido al momento de dictarse sentencia, pero que se presenta como una previsible prolongación o agravación de un daño actual, o un nuevo menoscabo futuro, derivado de una situación del hecho actual. El daño futuro suele plasmarse de la siguiente forma:
 - a) Como un *perjuicio sucesivo*, esto es como una prolongación de un daño ya existente, que no se agota al momento de la senten-

⁷ Lícari Lisandro, "Derecho de Daños", en *Bolilla no. 1: Introducción al derecho de daños*, Argentina, s.a., pp. 15 y 16.

cia. Por ejemplo: el lucro cesante permanente experimentado por quien, a raíz de un accidente, queda con incapacidad absoluta y total para trabajar.

- a) Como un *nuevo daño*, no existente al momento de dictarse sentencia, pero que conforme al curso normal y ordinario de las cosas, se producirá después de una vez pronunciada la sentencia. Por ejemplo: Una joven de 25 años es embestida por un automóvil y sufre la amputación de sus piernas, quedando imposibilitada absolutamente para trabajar. El daño actual, es aquel ya producido al momento de dictarse sentencia, que abarca el daño emergente (gastos médicos, de internación, medicamentos, etcétera.) y lucro cesante (ganancias frustradas hasta ese momento). De esta forma, el daño futuro está dado por aquellos gastos necesarios que, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, deba realizarse en el futuro, tales como nuevas intervenciones quirúrgicas, rehabilitación, asistencia médica, etcétera (daño emergente futuro) y por las ganancias frustradas a raíz de la incapacidad que padece, calculadas desde la fecha de la sentencia hasta el momento en que esté en condiciones de jubilarse (lucro cesante futuro).

Atendiendo al momento de su cuantificación.

- *Daño previsto o previsible*, es aquel que puede ser advertido, empleando la debida atención y conocimiento de la cosa.

- *Daño imprevisible*, es el que en tales circunstancias o por ciertas razones, no puede ser previsto o advertido. Si un daño es previsible, la falta de previsión en la conducta del autor evidencia entonces, la culpa.
- Atendiendo en que se apoya la pretensión.
- *Daño al interés positivo*, comprende el daño adicional que se resarce al acreedor cuando se concreta la ejecución forzada directa o indirecta, es decir, aquello que el acreedor tiene derecho a obtener como reparación en caso de que el contrato celebrado hubiese sido cumplido conforme a lo pactado por el deudor. Comprende el daño moratorio y compensatorio, según sean los casos.
- *Daño al interés negativo*, es aquel que se comprende por todos los daños sufridos por el acreedor a causa de haber confiado en la vigilancia de un contrato que no se concretó o que se extinguió, es decir, todos aquellos que se encuentren en relación de causalidad adecuada con la frustración.
- Como podemos observar, existen diferentes formas de clasificar y ejemplificar el daño, pero comúnmente bajo los engranajes del derecho civil, y en específico de su responsabilidad. Pero dentro de estas ideas, existen quienes hablan de la afectación del interés por el hecho ilícito, quienes definen al daño de acuerdo al derecho o bien jurídico menoscabado y también quienes hablan del daño como el resultado de la violación del

derecho o interés vinculado al bien jurídicamente protegido, como un concepto unitario que abarca la lesión o lesiones y la resarcibilidad de la proyección del menoscabo en la persona, producida por el hecho que causa fuente de la obligación.⁸

Fernández Sessarego, que relaciona directamente el daño con el sujeto, afirma que el daño es un “*todo unitario*”, por lo que entonces, la reparación o indemnización en definitiva es *una* porque el daño de la víctima también lo es; como la persona es un todo y no se puede separar completamente su físico de su mente, ni de sus bienes, etcétera. En este contexto, el concepto de daño es *uno sólo*, más allá de todas las dimensiones, clasificaciones y proyecciones del daño que los hombres del Derecho realizan, para sujetar su verdadera dimensión en las personas. Aquí es importante señalar, que en la actualidad se han hablado de “nuevos daños” en la necesidad de agregarle un apellido que los particularice, como es el daño psicológico, daño estético, daño biológico, daño a la salud, daño al honor entre muchos otros, que aumentan conforme a los avances y descubrimientos científicos.⁹

Se puede pensar en que la utilidad de las calificaciones se encontrará en la adecuación y logro del resarcimiento de dicho daño o daños; sin embargo, existen autores que afirman que no existen los

⁸ Frúgoli, Martín A., “Daño: conceptos, clasificaciones y autonomías. El punto unánimemente coincidente. Resarcimiento”, en *Revista Derecho y Cambio Social*, Perú, 2004, disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/Dano_conceptos_clasificaciones_autonom%C3%ADas.pdf, p. 3.

⁹ *Ibidem*, pp. 3 y 4.

llamados “nuevos daños” ya que siempre han existido” lo que surgen, más bien son nuevas “causas de daños” por las nuevas conductas generadoras del menoscabo, ya con el aumento de la violencia, de la ciencia, de las tecnologías y de la globalización, pero lo verdaderamente innovador, está en su reconcomiendo jurídico.¹⁰ Un ejemplo del mencionado avance de la ciencia y de la tecnología, que propio de la era moderna post industrial, logró un impacto en la legislación mundial, porque trajo consigo una serie de nuevos riesgos para la salud y el medio ambiente que se tradujo en el “daño ambiental”,¹¹ daño que no se juzgara de nuevo, pero sí de necesaria observancia para el reconocimiento jurídico y en los temerarios paradigmas para su posible resarcimiento.

1.1.3.- El Daño Jurídico

Una vez que establecimos el parámetro del terreno de daño, en el mundo jurídico encontramos la existencia tres tipos de daños: el daño causado en el patrimonio, el daño en la integridad moral y el daño en la integridad física de las personas. Cada una la podemos entender de la siguiente forma:

- *Daño físico*, es la lesión o daño corporal que sería en su definición clásica, “*toda alteración anatómica o funcional causada por*

¹⁰ *Ibidem*, p. 5.

¹¹ Peña Chacón, Mario, “Daño Responsabilidad y Reparacion Ambiental”, en *International Union for Conservation of Nature*, México, 2005 disponible en: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf, p. 6.

*agentes externos, y desde un punto de vista médico-legal toda alteración física, mental o psíquica, causada por agentes mecánicos, físicos, químicos o biológicos, derivados de una causa exógena, tenga o no carácter doloso”.*¹²

- *Daño patrimonial*, es aquel que recae sobre bienes susceptibles de una valoración económica, ya sean corporales o incorporeales, o que no poseen una naturaleza patrimonial, como por ejemplo la vida o la salud.¹³ En este sentido, se define como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio (conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valuación económica) de una persona física o moral, ocasionado por un agente externo.¹⁴
- *Daño extrapatrimonial o moral*, el cual resulta a veces complejo identificar, ya que no conduce a una disminución del patrimonio por recaer en bienes fundamentales que no pueden ser valorados desde una perspectiva pecuniaria, pero en la cual pareciera, que su única forma de reparación consiste en el resarcimiento económico, donde se incluyen las lesiones a los derechos de la personalidad, a los derechos fundamentales individuales o colectivos, así como el sufrimiento y molestias

¹² R. Borrego Aparici, et. al., “Rehabilitación”, en *Revista Elsevier*, Vol. 42. Núm. 06. Noviembre España, 2008, disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-dano-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.

¹³ Cfr. Peña Chacón, Mario, “Daño Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 5

¹⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, “Daño patrimonial...”, *op. cit.*, p. 15.

derivadas de tales afectaciones.¹⁵ Es decir, que el daño moral es la afectación de valores no apreciables en dinero o de carácter no económico; Savatier, lo define como todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria, o un sufrimiento moral de origen diverso, en el que la víctima sufre principalmente en su reputación, en su autoridad legítima, en su pudor, en su seguridad, en su amor propio estético, en su integridad intelectual, en afecciones, entre otras.¹⁶

Un elemento importante en el daño moral, es que en él, hay *“una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial”*.¹⁷ En esta tesitura, existen doctrinas que niegan que el daño moral sea reparable, dentro de los que niegan la reparabilidad del daño moral, que abordaremos detalladamente más adelante.

En consecuencia, entendemos el daño jurídico, en sentido amplio, como toda suerte de mal material o moral, es decir el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en sus bienes. Dicho daño puede provenir del dolo, de la culpa o de un

¹⁵ Cfr. Peña Chacón, Mario, “Daño Responsabilidad...”, *op. cit.*, p.6.

¹⁶ Cienfuegos Salgado, David, “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 56.

¹⁷ Cfr. Lícari Lisandro, “Derecho de Daños”, *op. cit.*, p. 17.

caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. El daño doloso, obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos dentro de la complejidad de esta materia. El jurista Karl Larenz, define al daño en el sentido jurídico como aquel menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales o sobre su patrimonio.¹⁸ De esta forma todo daño o detrimento, que tenga una consecuencia jurídica, es por tanto, reclamable o exigible de reparación a través de un proceso.

1.1.4.- Reparación/resarcimiento del daño

En un sentido amplio, en la definición que nos aporta la Real Academia Española, podemos encontrar la palabra “reparación” como “arreglar algo que está roto o estropeado”, “enmendar, corregir o remediar, así como, “desagraviar, satisfacer al ofendido”,¹⁹ dichas palabras nos llevan inmediatamente a relacionar que si el daño, es el deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provoca en la persona, cosas o valores morales o sociales de alguien, necesita analizarse con mayor profundidad.

Entonces ¿qué diferencia hay con “resarcir” y “restaurar”? para la RAE, “resarcir”, significa, dar u obtener, una compensación por un

¹⁸ Brito González, Manuel Sebastian, *El daño moral y los criterios...* op. cit., p. 17.

¹⁹ Real Academia Española, “Reparar”, en RAE, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=W0NbaIw>.

daño o perjuicio, la cual, puede construirse de dos formas: a) La persona que recibe la compensación se expresa mediante un complemento directo, que es a menudo reflexivo, y el daño o perjuicio se expresa mediante un complemento con *de* o *por*. b) El perjuicio, es expresado por el complemento directo y la persona resarcida por un complemento indirecto, pero no debe usarse con el sentido de congraciarse,²⁰ en cuanto a la palabra “restaurar”, la misma Academia nos refiere que es recuperar o recobrar, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía.²¹

Para entender sobre el sentido en el que se ha venido aplicado e interpretado la reparación del daño en nuestros códigos, el Dr. Díaz de León comenta, que la reparación del daño capta la esencia del Derecho Social a partir de la Constitución de 1917, pero es menester recordar, que durante el siglo pasado, y principios del actual, la época del liberalismo económico se caracterizaba por un respetar ilimitado de las “supuestas leyes económicas naturales”, bajo estos principios la reparación del daño, no poseía el carácter de pena, pues deriva de la concepción privada de la reparación civil, es decir, que la reparación, indemnización y gastos judiciales, sólo podían exigirse por vía de demanda civil y por tanto satisfacerse con la leyes de la misma; en consecuencia, la reparación del daño –vista como pena pública– nace propiamente a partir de la Constitución de 1917, y al establecerse de tal forma, emerge como uno de los logros más valiosos de nuestro sis-

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

tema penal (el mexicano), el cual de manera equitativa salvaguarda a los ofendidos por el delito en el aspecto de los daños y perjuicios que acarrea casi siempre la comisión de éste.²²

Ahora bien, el derecho de la responsabilidad civil está encaminado, en la equivalencia de todos los daños causados y la reparación que se le debe otorgar. Este principio, acogido en gran parte por los sistemas jurídicos de orientación francesa, implica que la violación del “*alterum non laedere*” es decir, de un incumplimiento contractual, conlleva al restablecimiento del equilibrio por causar un daño. Así, la afectación de la persona en todas sus dimensiones (material, corporal, social y sentimental), y sin que exista un fundamento jurídico para ello, impone devolver al afectado a la misma situación en que se encontraba previo al suceso, tratando de “borrar la sombra de lo acontecido” (reparación in natura) o de compensar a la víctima mediante el equivalente pecuniario tomando en cuenta todos los efectos de daño sufridos.²³

Una vez que ha quedado claro, qué es la reparación en materia de la responsabilidad civil, podemos manifestar que ninguna indemnización es ilimitada, pues todas tienen o marcan un límite, ya sea por el análisis de los mismos presupuestos de la responsabilidad civil, o por la forma de resarcirse. En este contexto, la reparación integral

²² Díaz De León, Marco Antonio, *Código Penal Federal con comentarios*, Porrúa, México, 1998, pp. 73 y 74.

²³ Sandoval Garrido, “Reparación integral y responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Núm. 25, 2013, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602/3780>.

no es reparación ilimitada. La llamada reparación integral busca humanizar la indemnización y amparar mayormente a los injustamente damnificados. La “indemnización holística”, se basa en que reparar un daño implicará buscar todos los medios posibles, no sólo económicos o en equivalentes, sino también en especie, para intentar volver las cosas al estado anterior al daño. Para lograr individualizar un resarcimiento acorde al Derecho y la Justicia, se habla entonces en un horizonte indemnizatorio tendiente a una reparación holística.²⁴

En este tenor, como y como mencionamos al inicio del presente artículo, al existir diferentes tipos de daño, existen diferentes formas de repararlo según se trate de la forma y grado de afectación provocada por ese daño o perjuicio, pero coincidimos en que éste debe ser integral, por lo que a continuación se explica la forma de reparar el daño tanto físico, como el daño moral.

1.1.4.1.- La reparación económica o material del daño

En el sentido material de la reparación, en México diversos autores consideran que esta responsabilidad no se cumple plenamente, ya que la reparación del daño en las leyes y en la práctica se ha burocratizado, limitándose a un trámite administrativo posterior a un fallo judicial para otorgar una mera indemnización económica, o representada en dinero en caso de existir daños materiales e inmateriales, lo que evidencia, por un lado, un desdén hacia las víctimas y las violaciones a

²⁴ Frúgoli, Martín A., “Daño: conceptos, clasificaciones...”, *op. cit.*, p. 12.

derechos humanos; y por el otro, una violación sistemática al derecho a la justicia, lo que incrementa gravemente la impunidad.²⁵

En el sentido formal, la indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales, y e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, y servicios psicológicos y sociales.²⁶ Por lo que la reparación del daño material a víctimas del delito parece ser como una especie de indemnización a partir de la cual se restituyen las cosas al estado en que se encontraban antes del delito.²⁷ Pero la SCJC, se ha pronunciado en este sentido, refiriendo que la reparación del daño material tiene el carácter de pena pública, independientemente de la acción civil y que se exigirá por oficio por el Ministerio

²⁵ Órgano Oficial De Difusión De La Comisión De Derechos Humanos Del Distrito Federal, "12 Reparación del daño: obligación de justicia", en *dfensor Revista de Derechos Humanos*, diciembre de 2016, http://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_12_2010.pdf, p 5.

²⁶ *Ibidem*. p. 47.

²⁷ Coquis Velasco, Ariadna, *La reparación del daño material a víctimas del delito y la mediación penal en el Distrito Federal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/7.pdf>, p. 63

Público, determinando su cuantía con base en las pruebas obtenidas en el proceso;²⁸ por lo que dicha reparación comprende el daño moral, el material, así como los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas y a sus familiares.

1.1.4.2.- Reparación del daño moral

De manera general, se ha concebido al daño moral como un atentado a un derecho extra-patrimonial o no pecuniario, es decir la lesión de bienes morales. En virtud de que el daño moral es algo “abstracto”, es muy complicado determinarlo así como cuantificarlo, por lo que se han desarrollado diversas teorías para ello.

- *Tesis negativa clásica:* Según esta doctrina, el daño moral no resultaría indemnizable, por cuanto ello importaría vulnerar principios jurídicos y éticos. Desde el punto de vista jurídico, se sostiene que la reparación del daño moral atentaría contra elementales principios de la responsabilidad civil, al indemnizar un perjuicio inexistente y al hacerlo sobre parámetros totalmente arbitrarios. Desde el punto de vista moral y ético se ha sostenido que es inmoral y escandaloso poner precio al dolor o discutir el valor de los afectos.

Según estos autores, la reparación sólo resultaría admisible en caso de daños patrimoniales, ámbito en el cual siempre es factible el

²⁸ *Idem.*

pleno restablecimiento del equilibrio alterado. Dicha función quedaría totalmente desnaturalizada si se autorizase el pago de una indemnización, pese a no existir daño material. Ya que habría, según tal concepción, un enriquecimiento sin causa de la pretendida víctima y una evidente expoliación del indicado como responsable.

- *Tesis negativa moderna:* La tesis negativa moderna de la reparación del daño moral, es fruto de una cosmovisión diferente del derecho y de la vida: aquella que impera en los países comunistas. La mayoría de esas legislaciones no acogen la reparación del daño moral de forma total. La mejor explicación de este fenómeno puede encontrarse en el perjuicio de concebirla como una materialización del espíritu burgués, que todo lo reduce a dinero.
- *Doctrina que admite la reparabilidad:* La doctrina moderna admite pacíficamente la indemnización del daño moral. Existen discrepancias respecto del fundamento que asume dicha obligación, habiéndose formulado diferentes líneas de pensamiento.
- *Doctrina de la pena o sanción ejemplar:* Para este sector doctrinario –hoy minoritario la reparación del daño moral no constituiría un resarcimiento, sino una verdadera pena civil, mediante la cual se reprobaría de manera ejemplar la falta cometida por el ofensor. Siempre estaríamos en presencia de una sanción, que asumiría una finalidad preventiva abstracta, dirigida a la

comunidad y también al responsable, para que en el futuro se abstenga de incurrir en conductas similares a las que dieron lugar al daño.

- *Doctrina del resarcimiento del daño moral:* La tendencia dominante en el derecho moderno admite el carácter netamente resarcitorio que asume la indemnización por daño moral. El dinero que se paga en concepto de daño moral, cumple una función netamente satisfactoria; no se trata de alcanzar una equivalencia exacta de índole patrimonial ni de sancionar al responsable, sino de brindar una satisfacción o compensación jurídica al damnificado; imperfecta, porque no borra el perjuicio, ni lo hace desaparecer del mundo de los hechos reales, pero simplemente satisface al fin.²⁹
- *Prueba del daño moral:* Una parte de la doctrina y jurisprudencia, formula una distinción según el lugar, de donde provenga el daño moral, ya sea de un acto ilícito o del incumplimiento contractual. En el primer supuesto, acreditada la acción lesiva, el daño moral debería tenerse por acreditado, correspondiendo la prueba en contrario al indicado como responsable. En la responsabilidad contractual, en cambio, el daño moral no se presumiría, exigiéndose una prueba clara y categórica, cuya carga pesaría sobre el accionante.

²⁹ Cfr. Lícari Lisandro, Derecho de Daños, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

Sin embargo, Pizarro sostiene que la diferente raíz del daño moral no debería tener incidencia en materia de prueba, puesto que no hay razón alguna que justifica la dualidad de criterios. En consecuencia, por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba, el daño moral debe, en principio, ser probado por quien lo alega.³⁰

1.1.5.- La indemnización y la responsabilidad civil

Hablar de responsabilidad civil y de la obligación de responder ante un mal causado y sus posibles formas, no hace dirigirnos a Rojina Villegas, cuando señala que, “el daño causado es la condición sine qua non de la responsabilidad civil”, es decir, que el daño determina la existencia de la responsabilidad civil y por ende la obligación de otorgar una indemnización a quien lo haya sufrido.³¹ Por lo que no existe la obligación de responder, si no hubo previamente un mal dirigido, que se intenta “restablecer” a través de una compensación, llamada indemnización.

La indemnización es un acto que consiste en el restablecimiento de las cosas o circunstancias al estado que guardaban antes de producirse el daño, de no ser posible la indemnización se traducirá en un pago que debe fijarse en dinero.³² Por lo que adquiere relevancia, cuando esa reparación no puede regresar las cosas o las circunstancias al estado anterior, y debe buscarse la forma, en que el pago, logre com-

³⁰ Cfr. *Ibidem*. p. 20.

³¹ Diccionario Jurídico Mexicano, “daño”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit., p. 159.

³² *Idem*.

pensar o ser equivalente al mal causado, es decir, que procurar encontrar una llamada reparación integral que busque humanizar la indemnización³³ y encaminarse a amparar de mayor forma a los afectados.

También se le conoce con el nombre de “indemnización holística”, ya que reparar un daño implicará buscar todos los medios posibles, no sólo económicos o en equivalente, sino también en especie, (sin desconocer la reparación por antonomasia en equivalente, por ser el dinero la unidad de valor con la cual se pueden adquirir numerosas cosas), para intentar volver las cosas al estado anterior al daño. Para lograr individualizar un resarcimiento acorde al Derecho y a la justicia, es que se debe trabajar entonces en un horizonte indemnizatorio tendiente a una reparación holística,³⁴ o integral, ya que si hablamos de responsabilidad civil objetiva, traducida en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, que puede derivar de diversas fuentes, como contractuales, de una declaración unilateral de voluntad, de figuras autónomas o de un hecho ilícito, de un delito o de un mandato legal por causas objetivas,³⁵ y nos encontraríamos con la responsabilidad objetiva.³⁶ Pero en general, todo daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa, o por caso fortuito, siendo así, el modo verdaderamente importa en cualquier evento para arreglar la responsabilidad.³⁷

³³ Frúgoli, Martín A., “Daño: conceptos, clasificaciones...”, *op. cit.*, pp. 10 a 12.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, “daño”, en *Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit.*, pp. 13 y 14.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Diccionario Razonado De Legislación Y Jurisprudencia, Bensusan imprenta de la viuda, de Don Joaquín Escriche, España, pp. 528 y 529.

La obligación que surge de una responsabilidad civil, siempre tiene una fuente no voluntaria, es decir, siempre surge de la ley, ya que para que hubiera tal obligación como fuente voluntaria, se requeriría la creación de un acto en el que la voluntad sea expresada en el sentido de generar la responsabilidad, cosa que sólo se puede vislumbrarse en los casos de los actos jurídicos sujetos a clausula penal.

La responsabilidad penal y civil se diferencian en que la pena tiene como fuente a las conductas (tipos penales) que se encuentran catalogados en el código penal, mientras que la responsabilidad civil puede surgir de cualquier daño que se cause, inclusive si proviene de un delito. Estos dos tipos de responsabilidad no se excluyen mutuamente, ya que puede suceder que un sujeto resulte responsable en los dos ámbitos por el mismo hecho; otra diferencia en la responsabilidad penal, es que el monto de la reparación varía en función del daño causado en el grado de culpabilidad, lo que va a determinar la pena, entonces se trata de la culpabilidad subjetiva o anímica del autor y no como en el campo civil que es culpabilidad objetiva.³⁸

Por eso es que la palabra reparar *strictu sensu*, es el vocablo adecuado para indicar la obligación primaria en los daños patrimoniales (materia civil) en volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la producción del daño y resarcirlo, es decir, el cumplimiento de la obligación subrogada, o el equivalente pecuniario de la obligación primaria,³⁹ el problema jurídico, en el daño –sobre todo en materia penal– con-

³⁸ Cfr. Cienfuegos Salgado, David, “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 51.

³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 55.

siste en individualizar los límites y criterios, de determinación para hacer que se el restablecimiento de las situaciones alteradas, por el quebranto, manifieste o represente el carácter estrictamente resarcitorio de la responsabilidad en el derecho de tradición romanista.⁴⁰ Donde el autor de la lesión, caía bajo la responsabilidad del lesionado de la que únicamente se liberaba mediante el pago del rescate con el valor del resarcimiento.

El resarcimiento, es un remedio que surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a un sujeto la obligación de reparar el daño ocasionado a otro, “dicha obligación de resarcir, parte de un dato imprescindible, el daño, es como si el ojo del jurista pasará por alto la causa del *damnum* y únicamente se interesará por el resultado, ciertamente producido”. Juan Espinoza Espinoza, refiere que “no importa el origen del daño, sino como solucionar las consecuencias”.⁴¹

Pero es necesario observar la situación de la víctima, ya que la víctima de un daño debe quedar indemne de las consecuencias que el daño le produce, así que una vez causado éste, surge como mecanismo de protección, la obligación de indemnizar por parte del responsable, convirtiendo a la víctima en titular del derecho a exigir la reparación del daño y al responsable en deudor.⁴²

La finalidad o finalidades de dicha responsabilidad, es estrictamente resarcitoria o reparadora de la obligación, sin embargo algunos

⁴⁰ Flores Madrigal, Georgina Alicia, “La reparación de los daños causados a la vida e integridad corporal”, en *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, Año I, Núm. 2, Julio-Diciembre, IJUNAM, 2012 pp. 62 y 63.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Idem*.

autores, como Fernando Hinestrosa, refiere que las funciones de la responsabilidad civil tienen que hacer vistas a partir de sus protagonistas:⁴³

- a) Con respecto a la víctima es satisfactiva.
- a) Con respecto al agresor es sancionadora.
- a) Con respecto a la sociedad es disuasiva o incentivadora de actividades.
- a) Común respecto a los tres anteriores es la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

También L. Leysser, para quien las funciones de la responsabilidad civil: reparación, prevención, sanción y distribución “demuestran la imposibilidad de agotarla explicación funcional de la responsabilidad civil en la reparación del daño”.⁴⁴

Por lo tanto, la reparación del daño, es la función de la responsabilidad civil, si bien, para algunos, la función primordial, aunque indirectamente consiga un efecto preventivo, cada día más traído a colación y aceptado, sea porque se hable de la tutela inhibitoria del daño, o porque se haga énfasis en que la presencia del daño, se asuma por el causante, en cuanto reporta más beneficios causarlo que evitarlo. Tal es el caso del causante del daño que con su conducta obtiene un beneficio mayor a los daños que ocasiona, pues pareciera que la producción del daño le resulta rentable, ya que, tras desembolsar la

⁴³ *Ibidem*, p. 65

⁴⁴ *Idem*.

cuantía correspondiente a la indemnización, dispone pese a todo de un saldo positivo de ganancia o saldo a favor. Esto produce de inmediato una reacción por parte del legislador quien con el fin de impedir que ciertas personas se beneficien causando daños a terceros, fortalece el aspecto preventivo, que puede dar origen y es una de sus críticas, al enriquecimiento injusto.⁴⁵

Pero en el caso del daño físico, la reparación del daño producido será finalmente determinada por el tribunal o por el juez competente mediante la aportación de datos objetivos sobre el daño existente facilitados por profesionales médicos que actúan como peritos. El perito médico deberá proporcionar al juez el máximo de datos precisos y con la mayor exactitud posible acerca de todos los factores del daño personal que deben ser indemnizados, valorándolos correctamente.⁴⁶

En esta tesitura, aparece la idea de instaurar una *defensa de la finalidad punitiva de la responsabilidad civil*, con la cual nos encontraríamos ante una institución encaminada, no sólo a la reparación del daño, sino también al castigo del responsable en atención a su conducta especialmente reprochable, ha sido sostenida en el derecho anglosajón mientras que es rebatida por la doctrina española, sin embargo, Reglero Campos refiere que no puede afirmarse que los *punitive damages* sean una categoría de daños totalmente desconocida en los ordenamientos europeos,

⁴⁵ *Ibidem*, p. 66

⁴⁶ Borrego Aparicio, et. al., "Concepto de daño corporal y antecedentes históricos. Daño a las personas en derecho penal, civil y laboral y en el ámbito de las compañías de seguros", en *Revista Rehabilitación*, Vol. 42. Núm. 06. Noviembre 2008, España, disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-dano-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.

sólo para ciertos casos en los que se atiende al grado de reproche de la conducta o actividad del causante del daño, lo que se refleja en la mayor o menor extensión de la indemnización, sin embargo las penas privadas tienen por finalidad castigar al causante del daño, por su conducta reprochable y suelen exceder la totalidad del daño.⁴⁷

Pero los principales argumentos utilizados a favor de la posibilidad de atribuir un fin punitivo al sistema español de responsabilidad civil suelen ser: la consideración del grado de culpa en la conducta del causante del daño, que la cuantía impuesta por concepto de indemnización sea superior a la que corresponde por el perjuicio o daño causado, circunstancia que de existir sí parece revelar el ánimo de imponer un castigo. La obligación de reparar nace con el daño, no con el hecho ilícito, teniendo esta idea clara evitaremos caer en la tentación de castigar los comportamientos dañosos en el ámbito de la responsabilidad civil.⁴⁸

1.1.6.- Diferencia entre daño y perjuicio

La distinción entre daño y perjuicio, llevo a los glosadores a distinguir entre daño emergente y el lucro cesante, el perjuicio es el *lucrum cessans*, el daño es el *damnus emergens*, es decir, que el daño o menoscabo patrimonial, en sentido estricto, es objeto de reparación propiamente dicha y el perjuicio, es el que alude a la falta de ganancia lícita que debía haber obtenido el acreedor, al ser materia de indemnización, y

⁴⁷ Flores Madrigal, Georgina Alicia, “La reparación de los daños causados...”, *op. cit.*, p. 66 y 67.

⁴⁸ *Idem.*

la responsabilidad civil, comprende a elección del ofendido, el restablecimiento de los daños además la indemnización por los perjuicios causados.⁴⁹

Encontramos que la legislación vigente diferencia daño de perjuicio:

El Código Civil Federal mexicano establece que:

Art. 2108.- Se entiende por **daño** la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Art. 2109.- Se reputa **perjuicio** la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Art. 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus

⁴⁹ Cfr. Cienfuegos Salgado, David, "Responsabilidad civil...", *op. cit.*, p. 54.

servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928. La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

1.1.7.- La reparación del daño en materia penal

Históricamente el proceso penal se ha centrado en la figura del imputado, en general, los esfuerzos para poner límites al ejercicio del poder punitivo se han traducido en una serie de derechos y requisitos para procesar a una persona, los cuales podemos englobarlos en la idea del debido proceso. Lo anterior, se ha traducido en un olvido histórico de la víctima dentro del proceso penal.

Si bien desde mediados del siglo pasado se comenzó a tomar en cuenta a la víctima, la cual, debe ser oída en el proceso y contar con la posibilidad de expresar su concepción de la reparación del daño, esto no ha sido enteramente posible ya que la concepción de la reparación del daño ha sido tomada del Derecho civil, lo anterior se ha traducido en una mera concepción económica, dejando a un lado las cuestiones anímicas y sociales de la víctima.

Esta armonización entre el Derecho civil (reparación del daño) y el Derecho penal (pretensión punitiva del Estado) resulta artificiosa, ya que mientras el Derecho penal considera el delito como una afectación a los derechos fundamentales de la sociedad, el Derecho civil lo considera como un hecho ilícito que lacera un interés meramente

particular, del cual surge un deber jurídico de resarcimiento que recae únicamente sobre el verdadero responsable. Es por estas razones, que en la vía penal el delito está sujeto, simultáneamente, a las normas penales (responsabilidad penal) y a las civiles (reparación del daño). En este sentido, Javier Madrigal expresa:

El derecho penal debe contribuir a logra la paz social. El derecho penal no puede tener como simple finalidad la retribución del daño causado. La paz social puede lograrse mediante el arreglo pacífico, íntegro y satisfactorio, y por ello se han contemplado dentro del proceso penal los instrumentos pertinentes que en etapas anteriores al juicio permitan logra un encuentro armonioso entre el actor-víctima y el imputado, para impedir que la cosa juzgada material impida solucionar el conflicto y que además trascienda en la conciencia de los individuos para que los resultados obtenidos alcancen la virtud del arreglo armonioso e impida la revancha rebelde o violenta de las partes.⁵⁰

1.1.7.1.- España

En el ordenamiento español, la víctima de un delito tiene el derecho a obtener la indemnización por los daños sufridos a través del ejercicio de la acción civil; existiendo dos vías procesales para que la víctima ejerza dicho derecho: en el proceso penal y/o en el proceso civil.⁵¹

Tratando de ser respetuosa con la víctima y garantizándole sus derechos, la legislación española puede intervenir en el proceso penal, de tres formas:

⁵⁰ Madrigal Navarro, Javier Lisandro, “La imputación para la reparación del daño en las sedes civil y penal”, en *Revista Judicial*, Costa Rica, No. 105, Septiembre 2012, pp. 131-147.

⁵¹ Ochoa Casteleiro, Ana, “La Indemnización de la Víctima en el Proceso Penal Español y la Nueva Directiva De la UE.” en *Good practice for Protecting victims, inside and outside the criminal process*. Resumen del discurso pronunciado en la Universidad de Bolonia, el 12 de

1. Como Acusador particular, ejerciendo la acción civil y la penal en el mismo procedimiento.
2. Como Acusador particular, pero ejerciendo la acción penal y reservándose expresamente la acción civil, una vez terminado el proceso penal.
3. Como actor civil, ejerciendo únicamente la acción civil en el proceso penal.

Lo anterior en virtud de lo establecido en los artículos 1092 y 1093 del Código Civil, de que las obligaciones civiles que se deriven de delitos se registrarán por las disposiciones del Código Penal, siendo supletorias las de Código Civil. La responsabilidad civil derivada de delitos y de las faltas, se encuentra regulada en los artículos 109 a 122 del Código Penal (CP) en cuanto a normas sustantivas y en los artículos 100 y 106 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) en cuanto a lo procesal.⁵²

De esta forma, la responsabilidad civil derivada de un delito se puede dar en tres sentidos (art. 110 CP):

Abril de 2013, durante la conferencia *L'immane concretezza della vittima: "buone pratiche" e sviluppi normativi alla luce della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*, Disponible en: <http://www.protectingvictims.eu/>, p. 2.

En el derecho comparado, son varios los sistemas establecidos para el ejercicio de la Acción Civil derivada de hechos constitutivos de delito o falta.

En algunos países, el proceso penal solo castiga las conductas constitutivas de delito y la acción civil se ejerce siempre en el proceso civil con separación de la acción penal (procedimiento penal anglo-norteamericano, por ejemplo).

En otros sistemas es posible el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, colaborando con la Fiscalía para obtener el derecho al resarcimiento.

⁵² *Idem.*

- La restitución,
- La reparación del daño, y
- La indemnización de perjuicios

La restitución del mismo bien dañado o perjudicado deberá realizarse siempre que ésta sea posible; pero en cuanto a la reparación del daño, está podrá consistir en obligación de dar, de hacer o de no hacer lo que establezca el tribunal atendiendo a la naturaleza del daño y las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o puede ser ejecutadas a su costa (arts. 111 y 112 CP).

La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también a sus familiares o a terceros; es decir, por los daños producidos directamente como consecuencia de los hechos constitutivos del delito o falta (daño emergente) como también, por aquellas ganancias o beneficios dejados de obtener como consecuencia de ese ilícito penal (lucro cesante), lo cual habrá que acreditar. La indemnización incluye el daño emergente y el lucro cesante, los daños patrimoniales y los morales, los gastos habidos y los gastos previsibles (arts. 112 a 115 C.P.).

Para la valoración de la indemnización de los daños en los bienes se utiliza un principio, propio de la teoría general de la responsabilidad civil, que es de “*restitutio integrum*”, o principio del resarcimiento íntegro del daño efectivamente causado, conforme a lo que la

jurisprudencia dispone, donde la reparación debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado.⁵³

Desde la antigüedad, la valoración del daño personal se ha realizado desde un punto de vista fundamentalmente anatómico, dando a la globalidad del cuerpo un valor máximo, y adjudicando un valor parcial a cada órgano, sistema o parte del mismo. Ello ha dado origen a los distintos “baremos”, que se fundamentan en conceptos anatómicos con pinceladas funcionales, el perjuicio estético aparte. Los baremos presentan una serie de características comunes: constan de una lista de lesiones, enfermedades o secuelas; a cada una de ellas se les asigna un valor fijo o un intervalo; el valor más alto, generalmente, es el 100, que corresponde a la muerte física o a la máxima pérdida funcional de la persona; el valor o el número puede representar una incapacidad funcional, un valor monetario o una puntuación que incluya el daño moral; y por último, persiguen que los contenidos de las listas sean proporcionales, es decir, que a mayor gravedad de lesión o de secuela le tendría que corresponder un valor, puntuación o porcentaje superior.⁵⁴

Como hemos observado, el tema de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, como su nombre lo indica, está pensada desde una perspectiva mercantil y económica, por lo que resulta insuficiente para dar un verdadero apoyo a la víctima de un delito. Es por estas razones que la Unión Europea, en su compromiso con la protección de las víctimas de delitos y el establecimiento de

⁵³ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁴ R. Borrego Aparici, *et. al.*, “Daño Corporal” *op. cit.*, p. 315.

normas de carácter mínimo de dicha materia, adoptó la Decisión marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

Posteriormente, conforme a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI, estableciendo un concepto de víctima más restringido, regresando a la concepción tradicional y económica de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito; por último, como recepción en del derecho español de la nueva directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo, surge el *Estatuto de la Víctima en el proceso penal*, la cual, según su propia exposición de motivos, “tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de las víctimas” (Ley 4/2015 de 27 de abril)⁵⁵

En opinión del Dr. José Manuel Chozas Alonso, el Estatuto de la Víctima tiene la pretensión de ofrecer, por parte de los poderes públicos, no sólo una respuesta jurídico procesal, sino también una verdadera cobertura de corte social e integral⁵⁶; es decir, se trata de un catálogo general de derechos procesales y extraprocesales de cualquier víctima, al partir de un concepto amplio de víctima y regular la protección y el apoyo a la víctima de manera integral. El artículo 2 establece el concepto general de víctima:

⁵⁵ B.O.E. de 28 de abril de 2015.

⁵⁶ Chozas Alonso, José Manuel. “El estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal”,

Artículo 2. Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima.

Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1º. A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2º. En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieren sufrido perjuicios derivados del delito.

En el artículo 3 se consagran, a manera de listado, los derechos de la víctima, tales como: a la protección, información, apoyo, asisten-

en *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dickinson, 2015, pp. 193-261.

La LEVD consta de 35 artículos, distribuidos en cuatro Títulos -precedidos por un título preliminar-, más dos de Disposiciones adicionales, una Disposición transitoria y seis Disposiciones finales (en la primera de las cuales se modifican e introducen diferentes preceptos de la LECrim)".

cia y atención, participación activa en el proceso, y un amplio etcétera; destacando, para efectos de nuestro tema, el derecho a los servicios de justicia restaurativa. Cabe destacar, que el citado artículo establece que el ejercicio de estos derechos se regirá por lo dispuesto en la propia Ley y en las disposiciones reglamentarias.

En cuanto al tema que nos ocupa, el Artículo 15 regula los servicios de justicia restaurativa:

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

El infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;

La víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido; sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

El infractor haya prestado su consentimiento;

El procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

No esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

Es de destacar que la legislación española contemple ya, de manera literal, la institución de la justicia restaurativa, intentando estar acorde con el movimiento ideológico de pacificación social. Lo lamentable es que dentro la regulación que establece, de manera muy general, limita la justicia restaurativa, inclusive tratándolo como sinónimos, a la mediación, cuando es bien sabido que existen otros modelos de encuentro aplicables para la resolución de conflictos.

A partir del establecimiento del requisito “*que no esté prohibida por la Ley para el delito cometido*” se evidencia que el legislador español únicamente está pensando en la aplicación de la justicia restaurativa para delitos de poca cuantía o de bajo impacto social, es decir, los efectos de la justicia restaurativa solamente se reflejaran en las consecuencias civiles del delito.

Para que la legislación española logre una adecuada regulación, es necesaria una profunda reforma a la LECrim, en donde se establezcan los momentos procesales para su realización, los posibles efectos que pudieran tener (no necesariamente un sobreseimiento), su duración, y la sede (judicial o extrajudicial) en la que se podrá celebrar. Aunado a lo anterior, es necesaria también una legislación específica que establezca los perfiles y requisitos para ser un facilitador, sus atribuciones y facultades, los tipos de procedimiento que se pueden utilizar, y las instituciones públicas o privadas que podrán prestar estos servicios.

En conclusión, si bien pareciera insuficiente y escueta la regulación que hace *El estatuto de la víctima del delito* a la justicia restaurativa, se ha dado un gran paso para sentar las bases para la incursión de esta figura en el derecho positivo español, e iniciando el camino para una correcta aplicación de la misma en la resolución de conflictos y, no sólo, en dirimir controversias jurídicas.

1.1.7.2.-México

El 18 de junio del 2008 fue publicada la Reforma Constitucional en materia de seguridad y justicia.⁵⁷ Respecto de nuestro tema, los artículos relacionados directamente con los derechos de la víctima son: artículos 17, y 20 apartados A) y C). Concretamente, dicha reforma introduce en el artículo 17, un tercer párrafo (hoy quinto) que establece los mecanismos alternativos de solución de controversias y que en materia penal, deberán garantizar la reparación del daño: *“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”*⁵⁸

Por su parte, el artículo 20 indica que el proceso penal tendrá las características de acusatorio y oral, y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediatez. Aunado a lo anterior, dicho artículo contiene tres apartados: A) De los

⁵⁷ Diario Oficial de la Federación, Reforma Constitucional en materia de seguridad y justicia 18 de junio de 2008, disponible en: www.dof.gom.mx.

⁵⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20.

principios generales; B) De los derechos de toda persona imputada, y C) De los derechos de la víctima o del ofendido.⁵⁹

Por lo que podemos decir que, con la reforma, se tiende a alcanzar el fortalecimiento de las garantías y protección de los derechos de la víctima, así como una participación más activa durante el proceso penal.

A) De los principios generales:

El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

...

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.

...

VIII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.⁶⁰

⁵⁹ SETEC “El fortalecimiento de las garantías de la víctima y el ofendido se dirige a una mejor defensa de su integridad y su interés, así como una participación más activa durante el proceso” en Gobierno Federal, Guía de Consulta. *¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*, México, 2008, disponible en <http://portal.setec.gob.mx/docs/guia.pdf>, p. 22.

⁶⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Haciendo un análisis íntegro y sistemático de los artículos constitucionales en comento, se desprende que existe un reconocimiento al derecho de la víctima del delito a una reparación del daño, que es incluso, obligación del Ministerio Público solicitarla.

Por otra parte, la implementación del sistema acusatorio supone también la utilización de los medios alternativos de solución de controversias, que tiene como uno de sus objetivos el garantizar la reparación del daño de las víctimas del delito; éstos permitirán la utilización de la justicia restaurativa como la mejor herramienta para la reparación del daño, más allá de lo establecido en los artículos 29 f. I y 30 del Código Penal Federal mexicano, que siguen la idea tradicional de una reparación económica, inclusive por considerarla como parte de la sanción pecuniaria⁶¹, tal como lo evidencia la jurisprudencia con número de registro 185503:

⁶¹ Código Penal Federal:

Artículo 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

...

Artículo 30.- La reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación surgida, comprenderá cuando menos:

- I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, a su valor actualizado;
- II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo la atención médica y psicológica, de los servicios sociales y de rehabilitación o tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud, que hubiere requerido o requiere la víctima, como consecuencia del delito. En los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y el normal desarrollo psicosexual y en salud mental, así como de violencia familiar, además comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima;

REPARACIÓN DEL DAÑO. COMPRENDE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS DE MANERA DIRECTA POR LA COMISIÓN DEL DELITO.

... el Juez deberá sentenciar al sujeto activo a la indemnización de los perjuicios causados de manera directa a la víctima por la comisión del delito; pues de considerarse que dicha indemnización debe ser reclamada en la vía civil, se limitaría la interpretación de los mencionados preceptos legales en perjuicio de la víctima, dejándose de lado la amplia protección que el legislador pretendió darle en el proceso penal; consecuentemente, si en el delito de lesiones las infligidas al sujeto pasivo fueron de tal magnitud que impidieron el desarrollo de su actividad laboral cotidiana, dejando de percibir la remuneración correspondiente, este perjuicio resulta ser un efecto directo de la comisión del ilícito, a cuya reparación debe sentenciarse al procesado, independientemente de que en la legislación ordinaria civil de esos Estados se regulen las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, toda vez que tal regulación se dirige a una relación jurídica caracterizada por exigencias entre particulares, que podrán demandarse por la víctima cuando no desee formular querrela, pero tampoco se encuentre dispuesta a absorber los daños y perjuicios derivados de la conducta ilícita; o bien, en contra de terceros que tengan el carácter de subsidiarios responsables del sujeto activo; pero que de ningún modo

-
- III. El resarcimiento de los perjuicios causados;
 - IV. El pago de la pérdida de ingreso económico y lucro cesante, para ello se tomará como base el salario que en el momento de surgir el delito tenía la víctima y en caso de no contar con esa información, será conforme al salario mínimo vigente en el lugar en que ocurra el hecho;
 - V. El costo de la pérdida de oportunidades, en particular el empleo, educación y prestaciones sociales, acorde a sus circunstancias;
 - VI. La declaración que restablezca la dignidad y reputación de la víctima, a través de medios electrónicos o escritos;
 - VII. La disculpa pública, la aceptación de responsabilidad, así como la garantía de no repetición, cuando el delito se cometa por servidores públicos.
 - VIII. Los medios para la rehabilitación deben ser lo más completos posible, y deberán permitir a la víctima participar de forma plena en la vida pública, privada y social.

puede ser excluyente de la obligación que en materia penal el legislador impone al Juez y al Ministerio Público.

...y lograr así que en todo proceso penal la víctima tenga derecho a una reparación pecuniaria, tanto por los daños, como por los perjuicios ocasionados por la comisión del delito; debiéndose considerar, además, que fue el propio Constituyente el que reguló, con estrecha vinculación, los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal, ...

Respecto a la parte procesal, podemos decir que en el artículo 185 del Código Nacional de Procedimientos Penales se establece como formas de solución alterna: 1) El acuerdo reparatorio y, 2) la suspensión condicional del procedimiento. Los acuerdos reparatorios son definidos de la siguiente manera:

CAPÍTULO II ACUERDOS REPARATORIOS

Artículo 186. Definición

Los acuerdos reparatorios son aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del proceso.

Evidentemente la redacción no está haciendo alusión a la idea de un medio alternativo de solución de conflictos, mucho menos a la Justicia Restaurativa, ya que la regulación de los acuerdos reparatorios es única y exclusivamente en cuanto a procedencia, trámite y efectos de un documento redactado y firmados por las partes y que al final, sí cubre los requisitos, extingue la pretensión punitiva, sin importar la manera en que se llegó al acuerdo.

Veamos un ejemplo muy sencillo: imaginemos un caso de daño en propiedad ajena culposo, por conducción de vehículo automotor, en donde las aseguradoras de los vehículos negocian con respecto de la responsabilidad económica y el monto de la misma, se firma un acuerdo y se extingue el proceso. En este ejemplo de ninguna manera se puede afirmar que se haya aplicado un medio alternativo, propiamente dicho, en ninguna de sus formas (mediación, conciliación, conferencias o círculos).

Artículo 187. Control sobre los acuerdos reparatorios

Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes:

- I. Delitos que se persiguen por querrela o requisito equivalente de parte ofendida;
- II. Delitos culposos, o
- III. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.

No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza jurídica, salvo que hayan transcurrido cinco años de haber dado cumplimiento al último acuerdo reparatorio, o se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas.

El artículo anterior indica el tipo de delitos en los que proceden los acuerdos reparatorios, en el último párrafo se regulan excepciones de procedencia, una de ellas es en los casos de violencia familiar; nuevamente, estamos frente a un garrafal error, se piensa que al prohibir la procedencia de los acuerdos reparatorios a delitos de violencia

familiar se está contribuyendo a combatir un grave problema que nos aqueja en nuestros días que es la violencia de género contra las mujeres, pero quienes afirman esto desconocen que los delitos de violencia familiar se pueden suscitar entre distintos tipos de parentesco y, en nuestra opinión, utilizar modelos de Justicia Restaurativa sería la mejor herramienta para resolver este tipo de conflictos.

Por su parte, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal contemplan como mecanismos alternativos la mediación, la conciliación y la junta restaurativa (art. 3, frac. IX); de inicio, podemos ver que al establecer los mecanismos alternativos se habla de mediación y conciliación, no así de encuentro víctima-victimario desde la óptica de la Justicia Restaurativa; además de que dichos mecanismos solo procederán en los casos previstos por la legislación procedimental (art. 5. Procedencia), y que la oportunidad será hasta antes del dictado del auto de apertura a juicio oral (acusatorio) o previo a las conclusiones (mixto inquisitivo).

Como podemos ver, La Ley Nacional contempla los mecanismos alternativos preferentemente, como una herramienta para evitar el juicio, para terminar el proceso anticipadamente, no como lo hemos visto, como un complemento a la justicia penal en la cual las formas de Justicia Restaurativa y los acuerdos pudieran tomarse en cuenta en la sentencia para la sustitución de la pena o para individualarla, o inclusive, en etapa de ejecución para cumplir con los fines de la pena (prevención especial y general positivas).

En otras palabras, la Ley Nacional asume que los mecanismos alternativos sólo funcionan en delitos no graves, y que en los delitos graves una sentencia penal resuelve conflictos y repara integralmente el daño a la víctima; visión que consideramos muy limitada.

SEGUNDA PARTE

2.1.- JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL

2.1.1.- Justicia restaurativa

Existe falta de confianza y legitimidad de los gobernados en el sistema de justicia actual, lo que agudiza aún más las heridas y los conflictos sociales en lugar de ayudar a sanarlos y transformarlos. Se piensa que el movimiento de la Justicia Restaurativa surge como una forma de tratar los delitos de menor gravedad (valoración que es errónea) y sobre todo de carácter patrimonial sin violencia; al día de hoy, podemos encontrar programas que atienden casos donde existieron las formas más graves de violencia (delitos graves y crímenes), tales como: robos con violencia, asaltos, delitos cometidos bajo el influjo de sustancias tóxicas, delitos sexuales tan graves como a violación y, hasta homicidios.

Howard Zehr⁶² explica que los sistemas legales occidentales han reemplazado o suprimido los procesos tradicionales de justicia y resolución de conflictos, la Justicia Restaurativa ofrece un modelo que

⁶² Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, E.E.U.U., Good Books and Centro Evangélico Mennonita de Teología Asunción (CEMTA), 2010, p. 7.

permite reexaminar y, a veces reactivar estas tradiciones.⁶³ Podemos traer a colación la experiencia de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica donde se desarrollaron iniciativas para aplicar modelos de Justicia Restaurativa a situaciones de gran violencia y, además, masiva.

⁶³ Neuman, Elías, *Mediación penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005, pp. 67 y 68.

Un muy buen ejemplo de esas formas tradicionales de impartir justicia y resolver conflictos es el descrito por Elías Neuman:

En el archipiélago de las islas de San Blas, cerca de Panamá, los indios cunas siguen desarrollando, hoy como ayer, su secular ritual de modelo punitivo que recae contra quien haya violado el tabú, cualquiera que sea el delito (“delito” o “política criminal” se utiliza aquí por comodidad de lenguaje).

El infractor es llamado y deberá comparecer ante el sacerdote y dos chamanes, uno de los cuales apelará a ritos matizados por la ingestión de hongos alucinógenos, en presencia de buena parte de la tribu. Se trata de alejar los manes negativos y de penetrar en la profundidad del espíritu del infractor. En su momento es llamado y, según ocurre casi siempre, confesará de viva voz la transgresión que lo involucra sin brindar detalles. Es el momento en que puede reconocer los hechos –por lo general, así ocurre– y pedir perdón a la víctima, a su familia y al grupo tribal.

La sentencia es similar en todos los casos. Deberá alejarse. Emigrar a una isla lejana por tiempo indeterminado. Un tiempo que queda en sus manos. Podrá viajar a esa isla solo o en compañía de su familia. Su vida continuará según ha sido desde siempre según ha sido desde siempre. Esa suerte de deportación penal interior no lo privará de continuar trabajando en las labores de la etnia: artesanías, agricultura o en la madera, participando del culto y sus rituales, deambulando con entera libertad, haciendo nuevos amigos, según le plazca. Desde el punto de vista físico, la pena que le impone importa un cambio absoluto de escenario.

Transcurrido el tiempo, cuando sienta en su interior que desea regresar, podrá hacerlo siempre que esté poseído de esa certeza tras un ejercicio de introspección profundo que muestre que su cisión ha cambiado, y por el que advierta en plenitud el mal causado, y por el que advierta en plenitud el más causado a la víctima y a la comunidad tribal y que, por ello, su culpa penal ha sido compurgada y no debe cumplir una parte inútil en el retiro impuesto. Siente que todo vuelve a armonizar en él y que su lazo con su mundo tribal volverá a ser normal y no agresivo.

Ante el uso, cada vez mayor de los modelos basados en ideas restaurativas, se debe tener cuidado –explica Howard Zehr– de no alejarnos de los principios centrales de esta filosofía, por ejemplo, que se convierta en un método que se enfoque más en el tratamiento a los ofensores, ya sea como una forma disfrazada de castigo, proteccionista de derechos sólo del imputado, o como una simple salida rápida del sistema.

Esos desvíos hacen que se confunda a la Justicia Restaurativa con otros modelos o que se piense que tiene funciones y objetivos que realmente no tiene; por ello; por lo que Howard Zehr explica lo que no es la justicia restaurativa.⁶⁴

La Justicia Restaurativa no se orienta al perdón ni a la reconciliación. Existe un rechazo a estos programas por pensar que el propósito es que la víctima perdone a su agresor, incluso que se le obligue a ello, pero la Justicia Restaurativa solamente proporciona un espacio a las partes para que puedan hablar de cómo les ha afectado el delito en sus vidas; si bien, ese espacio puede generar un grado de perdón y reconciliación que el contexto confrontacional del proceso penal no otorga, no es el objetivo principal.

La justicia restaurativa no es mediación. Los programas de justicia restaurativa se organizan en torno a la posible realización de un encuentro, no sólo entre víctima e infractor, sino también posiblemente con miembros de la comunidad. Pero muchas veces el encuentro directo no es lo más recomendable. No hay una mediación en

⁶⁴ Zehr, Howard, *El pequeño libro...*, *op. cit.*, pp. 11, 12, y ss.

sentido estricto donde el conflicto surge a partir de una desavenencia de dos partes en igualdad de condiciones, las víctimas de los delitos (pensemos en delitos como violación o inclusive un robo) no quieren verse como “iltigantes”. Normalmente las víctimas⁶⁵ se encuentran en un proceso de superar la tendencia a sentirse culpables por lo que les sucedió.

La justicia restaurativa no es una estrategia para disminuir la delincuencia. No debemos confundir los efectos que pudieran tener los programas de Justicia Restaurativa con sus objetivos. Las ideas centrales son atender las necesidades de las víctimas, que los ofensores sean motivados a asumir su responsabilidad y que las personas afectadas por el delito tengan participación en el proceso, independientemente de que exista reincidencia. Un efecto secundario puede ser que, al restaurarse la paz social, se disminuya con el tiempo la reincidencia y disminuyan las tasas delictivas.

68

La Justicia Restaurativa no es un programa o proyecto específico. Los sistemas de justicia pueden incorporar programas que encuentren sustento en las buenas prácticas de otras ciudades o Estados, o bien, en modelos basados en algunas prácticas de su cultura, por lo que no hay un modelo específico ni que sea el mejor:

La justicia restaurativa no es un mapa, pero sus principios nos pueden servir como una brújula para saber hacia dónde dirigirnos. La justicia restaurativa siempre nos invita al diálogo y la exploración.⁶⁶

⁶⁵ Beristain, Antonio, *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, *passim*.

⁶⁶ Zehr, Howard, *El pequeño libro...*, *op. cit.*, p. 15.

No es, sólo o principalmente, para atención de delitos menores ni de primodelincuentes. Cuando la idea es crear un espacio de dialogo y comunicación, no adquiere relevancia las características del delito ni las del delinciente, de hecho, si se toman en serio los principios de la Justicia Restaurativa, tomar medidas restaurativas en delitos graves se torna una necesidad.

La Justicia Restaurativa no es nueva ni de origen estadounidense. Históricamente podemos encontrar casos en otras latitudes (Nueva Zelanda y Austria) y más antiguos que los programas estadounidenses sobre justicia restaurativa. Si bien es cierto, que las comunidades menonitas de Estados Unidos han sido un gran ejemplo en sus prácticas, la justicia restaurativa tiene antecedentes más amplios y raíz mucho más profunda.

La Justicia Restaurativa no sustituye al sistema penal ni es la panacea. Las ideas restaurativas no pretenden sustituir al sistema de justicia penal (no encaja en el abolicionismo), sino que pretende complementarlo. No se pretende, como algunos piensan, privatizar la justicia penal, sino darle al delito una dimensión social, una dimensión más local y personal. Al ser un programa complementario al sistema de justicia, el interés público sigue protegido por el Estado, lo que se busca es aportar una visión más equilibrada de lo que debe ser la justicia.⁶⁷

No es una alternativa al encarcelamiento. La justicia restaurativa no pretende sustituir la pena de prisión, pero en algunos casos se

⁶⁷ *Ídem*, pp. 16 y 17.

torna innecesaria, si atendemos a los fines preventivos de la pena, ya que, como hemos estado mencionando, el infractor asume –responsablemente– su culpa y repara el daño en todos los sentidos posibles, no se necesita la aplicación de una pena.

La Justicia Restaurativa no se opone necesariamente a la retribución. No debemos negar que es necesario que exista el *ius puniendi*, con objetivos e intereses de carácter público, y el complementar el sistema con un programa de Justicia Restaurativa no se traduce en impedir que el sistema jurídico cumpla con sus objetivos; De nuevo, debemos recordar que lo que se trata es complementar el sistema.

En este último sentido, no se trata de devolver, en absoluto, el conflicto a las partes –esto es imposible– ya que el conflicto penal no se da entre víctima y victimario solamente, ya que de alguna forma toda la sociedad esté afectada (bien común y orden social). La Justicia Restaurativa propicia, no sólo la reparación del daño a la víctima, sino darle a la justicia un efecto más humano; pero, por otro lado, sistema judicial tiende a evitar que la víctima potencia (de futuras conductas) se convierta en una víctima actual, por lo que no debemos negar la función de preventiva del *ius puniendi* ni de la pena.⁶⁸

⁶⁸ Del Moral García, Antonio, “La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Mercedes de Prada Rodríguez, España, NETBIBLO, 2010, pp. 50 y 51.

Las principales bazas a favor de abogar por un relieve más acentuado de la mediación en el campo penal no son de corte utilitarista. Hacer pivotar en exceso las ventajas de la mediación en el aligeramiento de la carga de trabajo o en disminuir el exceso de población penitenciaria hace un flaco servicio a la filosofía favorable a ensanchar los ámbitos de la mediación. No son criterios pragmáticos los principales

Podemos destacar como ventajas generales de los programas de la Justicia Restaurativa, como complemento al sistema de justicia, las siguientes:⁶⁹

1. Recuperación de la paz social alterada por el delito.
2. Humanización de la noción legal, formal y material del delito.
3. Devolución de la confianza de la víctima y la sociedad en el sistema de justicia.

Entender esta nueva visión o dimensión del delito implica saber que las relaciones sociales implican obligaciones y responsabilidades mutuas; por tanto, en este orden ideas se resalta que la realización de un mal conllevará como obligación reparar o enmendar el daño causado. Pero también debemos preocuparnos por la sanación de todos los involucrados: víctimas, ofensores y comunidad.

valedores de Lajusticia restaurativa. Aunque también pueden obtenerse consecuencias beneficiosas —no necesariamente— en ese ámbito.

⁶⁹ Córdoba, Víctor Alfonso, “Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistema de resolución de conflictos”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 82.

PILARES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA⁷⁰

Daños y necesidades	Obligaciones	Participación
<p>El delito se concibe como un daño ocasionado a las personas y a las comunidades.</p> <p>Centrarse en el daño ocasionado implica una preocupación inherente por las necesidades y roles de las víctimas.</p> <p>Procurar reparar el daño dentro de lo posible, tanto de manera concreta como simbólica.</p> <p>Ocuparse de las necesidades de las víctimas aun cuando no se haya identificado ni detenido a ningún ofensor.</p> <p>Centrarse en el daño también implica preocuparnos por el daño sufrido por los ofensores y las comunidades.</p> <p>Se necesitan abordar las causas que dieron origen al delito.</p> <p>Generar una experiencia que sea sanadora para todos los involucrados.</p>	<p>Las ofensas conllevan obligaciones.</p> <p>Por lo tanto, la justicia restaurativa resalta la importancia de la responsabilidad activa del ofensor y de las obligaciones que ésta conlleva.</p> <p>No se trata de castigo sino de comprender y reparar el daño concreta y simbólicamente.</p> <p>La obligación le corresponde en primera instancia al ofensor, pero la comunidad y la sociedad en general tienen obligaciones también.</p>	<p>La participación implica que las partes que se han visto afectadas por el delito –víctimas, ofensores, miembros de la comunidad– puedan ejercer roles importantes en la impartición de justicia.</p> <p>Todas, y cada una de las partes afectadas debe tener acceso a la información acerca de las otras, así como participación en el proceso de decidir qué se necesita para hacer justicia en el caso concreto.</p> <p>Se pueden realizar diálogos directos entre las partes por ejemplo, las conferencias víctima-ofensor, donde se comparten experiencias y se puede llegar a un consenso acerca de las acciones a adoptar.</p> <p>La comunicación se puede hacer por contactos indirectos, el uso de representantes u otras formas de participación.</p> <p>El principio de participación implica un número mayor de partes que el proceso judicial.</p>

⁷⁰ Zehr, Howard, *El pequeño libro...*, *op. cit.*, pp. 29, 30 y 31.

Respecto de la participación, la justicia reconoce generalmente el modelo confrontacional para que las partes se comuniquen, pero también reconoce que el Estado tiene un rol importante. Se debe resaltar la participación de todos aquellos que tengan un interés directo en el delito, es decir, quienes hayan sido impactados por él, quienes tengan un interés legítimo; en palabras de Howard Zehr, es importante “*el “quién” y el “cómo”*”.⁷¹

Para ello, los programas pueden adoptar diversas modalidades: encuentros entre la víctima y el ofensor, una conferencia familiar o un círculo. Los encuentros víctima-ofensor les permite conocerse como personas, hacerse preguntas directamente el uno al otro y llegar juntos a un acuerdo acerca de cómo reparar el daño y enmendar la situación. Le permiten a la víctima explicarle al agresor como el delito impactó en su vida o le hagan preguntas al respecto. Los ofensores al escuchar empiezan a comprender los efectos de su comportamiento y asuman su responsabilidad por sus acciones. En ocasiones el encuentro directo puede no ser apropiado, en estos casos la comunicación se puede realizar mediante cartas, grabaciones de audio o video, o con el uso de intermediarios que representan a la víctima.

Las partes son, principalmente, las víctimas y los ofensores inmediatos, pero también los miembros de la comunidad pueden verse afectados, considerándose incluso, como afectados directos. En muchas ocasiones, los programas de Justicia Restaurativa se utilizan en micro-comunidades o “comunidades de peligro” donde las personas viven próximas y se relacionan entre sí.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 32, 33 y ss.

Las preguntas clave de la Justicia Restaurativa son:

- ¿Cuáles son las personas de la comunidad que se preocupan por estos individuos o por esta ofensa?
- ¿Cómo podemos involucrarlas en el proceso?

Así, a manera de resumen, podemos establecer que la filosofía de la Justicia Restaurativa tiene cinco principios clave:

1. Centrarse en los daños y en las consiguientes necesidades de las víctimas, pero también en las comunidades de los ofensores.
 2. Atender las obligaciones que estos daños conllevan, tanto para los ofensores como para las comunidades y la sociedad.
 3. Usar procesos incluyentes y colaborativos.
 4. Involucrar a todos aquellos que tengan interés legítimo en la situación, lo que incluye a las víctimas, los ofensores, otros miembros de la comunidad y a la sociedad en general.
 5. Procurar enmendar el mal causado.
- Por su parte, Virginia Domingo explica que con independencia de la herramienta utilizada por los programas de Justicia Restaurativa (mediación penal, conferencias o círculos restaurativos) se deben reunir ciertas características para que sean consideradas restaurativas:⁷²

⁷² Domingo, Virginia, *Justicia restaurativa, mucho más que mediación*, Burgos, Criminología y Justicia, 2013, formato ePub., pp. 13 y 14.

- Se debe ofrecer una oportunidad para el encuentro.
- Poner énfasis en la reparación del daño. Si no se pueden reparar, se puede aminorar o bien proporcionar satisfacción moral: disculpas, acciones que hagan ver a la víctima que será difícil que se vuelva a cometer un nuevo delito.
- Se debe tener como objetivo primordial reintegrar a la víctima y al infractor. Ambos necesitaran ayuda para reintegrarse de nuevo la sociedad. El infractor necesita ayuda para cambiar su comportamiento, así como aceptar que la reparación es una prestación socialmente constructiva. La víctima necesitara ser asistida para recuperarse del impacto que le provocó el delito.
- Se debe posibilitar la inclusión de la víctima y del infractor en todos los procesos restaurativos (encuentros indirectos).

Para la autora en comento, los pilares básicos de la justicia restaurativa son:⁷³ compensación, reintegración, encuentro y participación y tienen coincidencia con las características. La compensación coincide con el segundo principio de la reparación del daño, que podrá ser muy variada: disculpas, devolución, restitución comprometerse a no hacer algo. La compensación se da como reconocimiento del hecho delictivo y asumir la responsabilidad.

La reintegración coincide con el objetivo de reintegrar a la víctima y al infractor, lo cual se logra despojándose, cada uno, de su rol.

⁷³ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

La víctima debe superar el trauma y el infractor convertirse en un ciudadano de bien. El encuentro se corresponde con la característica de dar oportunidad para el encuentro, ya sea de manera directa o indirecta.

Participación como principio se vincula con la característica de posibilitar la inclusión, sobre todo de la víctima, se traduce en que la víctima pueda encontrar las respuestas que la formalidad del sistema judicial nunca le proporcione, que se busque una solución, concreta y acorde con su voluntad, que satisfaga sus necesidades, así como las del infractor.

Para concluir este punto, y no podría ser de mejor manera, lo hacemos con la definición, y para comprender mejor dicha definición, las preguntas guía de la Justicia Restaurativa expuestas por Howard Zehr:⁷⁴

La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.

...

Preguntas guía de la justicia restaurativa

¿Quién ha dañado?

¿Cuáles son sus necesidades?

¿Quién tiene la obligación de atender esas necesidades?

¿Quién tiene algún tipo de interés en esta situación?

¿Cuál es el proceso más apropiado para involucrar a todas las partes en un esfuerzo por enmendar el daño?"

⁷⁴ Zehr, Howard, El pequeño libro..., *op. cit.*, pp. 46 y 47.

En este contexto, y para un mejor entendimiento, a continuación, exponemos la comparación entre la Justicia Restaurativa (formal/judicial) y la Justicia Restaurativa.⁷⁵

	Retributiva	Restaurativa
Delito	Infracción a la norma	Conflicto entre personas
Responsabilidad	Individual	Individual y social
Control	Sistema penal	Comunidad
Protagonistas	Infractor y el Estado	Víctima y victimario
Finalidad	Probar delitos Establecer culpas Aplicar castigos	Resolver conflictos Asumir responsabilidades Reparar el daño
Tiempo	Basado en el pasado	Basado en el futuro

2.1.2.- Cuándo es alternativa la Justicia Restaurativa

Al hablar de Medios Alternativos de Solución de Conflictos y, concretamente los programas de Justicia Restaurativa, nos surge la primera y mayor duda: ¿Qué debemos entender por “alternativo”? Gabriela Rodríguez explica que la alternatividad debe ser entendida, en nuestro caso, como la relación estructural entre los programas de Justicia Restaurativa y el sistema de procesamiento o enjuiciamiento penal.⁷⁶

⁷⁵ Eiras Nordenstahl, Ulf, Christian, *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2005, p. 27. Cfr. Highton, Elena I., et. al., *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1998, *passim*.

⁷⁶ Rodríguez Fernández, Gabriela, “Introducción. ¿Resolver alternativamente conflictos

En este sentido, los programas de Justicia Restaurativa pueden ser alternativos al sistema penal, al proceso penal, a la pena en general y a la pena privativa de libertad. Serán alternativos al proceso penal cuando no se ha activado, de ninguna manera, el sistema de justicia (no se ha hecho denuncia, siempre y cuando no se trate de un delito grave o crimen, o querrela). Serán alternativos al juicio si al momento de la derivación del caso, éste ya se ha iniciado y no se haya sustanciado el juicio de culpabilidad (en el caso mexicano es hasta antes de la apertura de juicio oral, en el caso español sería mientras el fiscal no ha requerido válidamente la instrucción o cuando el Juez se ha abocado al conocimiento de un caso que ha llegado por prevención policial directa).

Serán alternativos a la pena cuando la derivación se dé después del juicio de culpabilidad, pero antes de la individualización de la pena y, por último, será alternativo a la pena privativa de libertad cuando el caso sea derivado una vez individualizada la pena pero se deje en suspenso su cumplimiento, a espera del resultado de algunas de las formas de Justicia Restaurativa.

2.1.3.- El conflicto penal

El conflicto es inherente a la persona, que se puede traducir en un motor de cambio y crecimiento del individuo, dependiendo en la manera en que se afronta.⁷⁷

penales?" en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 6 y 7.

⁷⁷ Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *Justicia restaurativa. Su injerencia en el proceso penal*,

En otras materias jurídicas, los conflictos que le competen a la mediación son aquellos interpersonales o intersubjetivos, es decir aquellos en donde existe una relación entre las partes en las que ambas procuran la obtención de objetivos que pueden ser o son percibidos por alguna de las partes como incompatibles. Concretamente nos referiremos también a los conflictos que tienen o se traducen en una cuestión jurídica.

Pero en la materia penal, aunque en algunos casos pudieran darse conflictos derivados de la comisión de un acto delictivo con estas características, esto no siempre es así; por ejemplo, los delitos que no tiene una víctima concreta o cuando no hay una relación previa entre víctima y victimario. Pero aún en estos casos se genera un conflicto, donde hay personas afectadas y con objetivos considerados como incompatibles entre ellos.

Independientemente del tipo de delito, el Estado (con la concepción de la acción pública) arrebató el conflicto a las personas que originalmente estuvieron involucradas. Dicha expropiación se da mediante la realización de procedimientos formales por parte de órganos extraños a la situación, capaces de dar respuestas que, muchas veces, son completamente “incomprensibles” o “ridículas” para el autor de la conducta y la víctima. La víctima lo es frente a su agresor y, también frente al Estado.⁷⁸

La idea de protección de bienes jurídicos, derivada de las ideas contractualistas,⁷⁹ estableció a favor del Estado facultades que debe-

Tesis que para obtener el grado de Maestro en Derecho, inédita, IJ-UNACH, 2017.

⁷⁸ Highton, Elena I., et. al., *Resolución alternativa de conflictos...*, op. cit, p. 40.

⁷⁹ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, 10 ed., México, Porrúa, 1996, p. 14.

rían ser de la víctima, convirtiéndose en titular del conflicto en la búsqueda y protección del bien común. Dicha noción de bien jurídico convirtió a la víctima en algo objetivo, donde la protección al bien jurídico fue más allá del daño real, material y moral provocado a la persona concreta, con el objetivo de preservar la paz jurídica.

El bien jurídico, a la luz de la teoría del delito, es el elemento rector de la interpretación del tipo, así como para la fijación de la puni-

LIBRO II

CAPÍTULO PRIMERO

La soberanía es inalienable

La primera y más importante consecuencia de los principios establecidos, es la de que la voluntad general puede únicamente dirigir las fuerza del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común; pues si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de sociedades, la conformidad de esos mismos intereses es lo que ha hecho posible, su existencia. Lo que hay de común en esos intereses es lo que constituye el vínculo social, porque si no hubiera un punto en el que todos concordasen, ninguna sociedad podría existir.

Afirmo, pues, que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, jamás deberá enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se transmite, pero no la voluntad.

En efecto, si no es posible que la voluntad particular se concilie con la genera, es imposible, por lo menos, que este acuerdo sea durable y constante, pues la primera se entiende, por su naturaleza, a las preferencias y a la segunda a la igualdad. Más difícil aún es que haya un fiador de tal acuerdo, pero dado el caso de que existiera, no sería efecto del arte, sino de la casualidad. El soberano puede muy bien decir: “yo quiero lo que quiere actualmente tal hombre, o al menos, lo que dice querer”; pro no podrá decir: “lo que este hombre querrá mañana yo querré”, puesto que es absurdo que la voluntad se encadene para lo futuro, y también porque no hay poder que pueda obligar al ser que quiere, a admitir o consentir en nada que sea contrario a su propio bien. Si, pues, el pueblo promete simplemente obedecer, pierde su condición de tal y se disuelve por el mismo acto: desde el instante en que tiene un dueño, desaparece el soberano y queda destruido el cuerpo político.

bilidad. El intervalo de punibilidad dependerá del valor –jurídico– del bien protegido; por lo que, hay una jerarquización de los bienes tutelados y, por ende, una jerarquización de las punibilidades. Toda esta jerarquización se hace con base en una abstracción legislativa que, de ninguna manera, toma en cuenta las circunstancias y entorno en que se comete la conducta.⁸⁰

En este sentido, el conflicto quedó reducido a la relación Estado-súbdito y, procesalmente hablando, a la persecución del imputado por parte del Estado. La víctima fue alejada del proceso y del conflicto, ante el objetivo de protección abstracta de bien jurídico y no de la persona.

En un proceso penal existen cuestiones que no son tomadas en cuenta en el momento de juzgar, la conducta realizada puede tener en juego tensiones entre los diversos autores, que pueden influir en el comportamiento, pero que nada tienen ver con la concepción del

⁸⁰ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis Lógico de los delitos contra la vida*, 5ªed., México, Porrúa, 2004, 32 y 33.

Bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo penal.

El bien jurídico es el elemento básico en la estructura del tipo y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico-penal. La lesión que se le infiere o, al menos, el peligro a que se le expone, da lugar, excepto en los casos en que operan aspectos negativos, a la concreción de la punibilidad.

A partir del bien jurídico se derivan las conductas idóneas para producir su lesión. Asimismo, del bien jurídico depende la cantidad y las clases de elementos que han de incluirse en el tipo legal. La mayor o menor amplitud de la protección que se quiera dar al bien condicione el número y la clase de elementos. Para una protección amplia, una menor cantidad de elementos; y para una protección limitada, un mayor número de ellos.

delito desde la óptica de la dogmática jurídico-penal, ni con el proceso, pero que en un modelo de Justicia Restaurativa pueden ser más importantes que el llegar a un acuerdo.⁸¹

La Justicia Restaurativa es un intento por replantear las necesidades que generan las conductas delictivas, así como los roles implícitos en ellas, necesidades que el proceso judicial no atiende. Al ampliar el círculo de los interesados/afectados que tienen algún interés o rol directo en un caso determinado, lo cual incluye no solo al Estado y al ofensor, sino también a la víctima y a otros miembros de la comunidad. De esta forma, debe quedar claro que, no se trata de eliminar (pri-

⁸¹ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal, ... op. cit.*, pp. 91 y 92.

Los casos se iniciaron simultáneamente. En una de ellas el dueño de una panadería denunciaba que un empleado lo había agredido y amenazado. En la otra, el referido empleado denunciaba al patrón por retener indebidamente efectos de su propiedad que estaban guardados en un armario del personal. Convocados a una audiencia de mediación, ambos concurrieron con sus abogados. A través de las entrevistas privadas el mediador pudo armar la historia. El patrón en todo momento decía que la otra parte era un excelente empleado, pero que debido a su adicción al alcohol llegaba permanentemente tarde y no cumplía con su trabajo. El empleado, por su parte, reconocía al otro como una muy buena persona, que inclusive había tomado a su hija como empleada de mostrador en la panadería, reconocía su adicción y su frustración al no poder sostener un tratamiento en alcohólicos anónimos. Había existido un episodio de violencia entre ambos, a resultas de una nueva llegada tarde del empleado. Este se retiró del lugar de trabajo y no regresó más. Manifestaba su angustia por la vergüenza que decía tener por lo sucedido. Entre las denuncias y la audiencia se habían cursado sendos telegramas laborales. Al pasar a la reunión conjunta, las partes volvieron a reconocer los aspectos positivos del otro y espontáneamente se disculparon mutuamente, comprometiéndose el Patrón a devolver los objetos que habían quedado en la panadería. El mediador propuso entonces a las partes la posibilidad de aprovechar el espacio y el buen diálogo a fin de resolver la cuestión laboral. Luego de consultar en forma privada con sus abogados, llegaron a un acuerdo respecto de la desvinculación laboral que quedó asentado en el acta para luego homologarlo en la sede del Ministerio de Trabajo.

vatizar) la pretensión punitiva del Estado, sino atender las necesidades de las personas y la comunidad, que se tenían en el olvido.

Howard Zehr, describe y explica cuáles son las necesidades, derivadas del conflicto producido por crimen o delito, que deben ser atendidas de la víctima, de la comunidad y del propio ofensor:⁸²

⁸² Zehr, Howard, *El pequeño libro...*, *op. cit.*, pp. 19, 20, 21 y ss.

Necesidades		
Víctimas	Ofensores	Comunidad
<p>Información. Se les debe dar respuestas a sus preguntas concretas (¿Por qué sucedió? ¿Qué ha sucedido después del hecho?). Necesitan información real, no especulaciones, ni tampoco informaciones técnicas-legales. Acceso a los ofensores que posean dicha información.</p> <p>Narración de los hechos. La posibilidad de poder relatar su historia a aquellas personas que les causaron el daño y poder mostrarles el impacto que tuvieron sus acciones.</p> <p>Control. Es frecuente el sentimiento de pérdida de control después de un delito (de sus bienes, cuerpos, emociones y sus sueños).</p> <p>La participación directa y activa puede contribuir a recuperar el sentido de control.</p> <p>Restitución o reivindicación. Se pueden restituir los bienes materiales, pero también, el reconocimiento simbólico representado en la restitución es igualmente importante. Cuando el ofensor hace un esfuerzo para reparar el daño causado, aunque sea de manera parcial. En cierto modo está diciendo: "Reconozco que yo soy responsable y que tú no tienes la culpa".</p>	<p>Se debe fomentar la responsabilidad activa del ofensor, pero la justicia retributiva (basada en el castigo) no es capaz de hacerlo entender las consecuencias de sus acciones ni que desarrolle empatía por la víctima. El proceso y el castigo, no implica una responsabilidad activa real antes, al contrario, exacerbaban la alienación social percibida por el ofensor.</p> <p>La responsabilidad activa implica motivarle para que comprenda el impacto de sus acciones (los daños ocasionados) e instarle para dar pasos concretos para reparar los daños en la medida de lo posible (pensando en las víctimas).</p> <p>Si queremos que los ofensores asuman sus responsabilidades, modifiquen su comportamiento y se conviertan en miembros útiles de la sociedad, se deberán atender también sus necesidades.</p>	<p>Si el Estado actúa a nuestro nombre se pierde el sentido de comunidad.</p> <p>Las comunidades también sufren el impacto del crimen, ya que —en muchos casos— tanto la víctima como el ofensor pertenecen a la misma.</p> <p>En este sentido, las comunidades también deben ser consideradas como partes interesadas en su calidad de víctimas secundarias.</p> <p>Las comunidades necesitan de la justicia:</p> <p>Ser reconocidas y atendidas como víctimas.</p> <p>Oportunidades para desarrollar un sentido de comunidad y responsabilidad de los unos por los otros.</p> <p>Motivación para asumir sus responsabilidades en pro del bienestar de todos sus miembros, incluidas las víctimas y los ofensores, y fomentar las condiciones para crear y sostener comunidades sanas.</p>

2.1.4.- Modelos de Justicia Restaurativa

Los principales modelos de Justicia Restaurativa tienen como característica en común un encuentro entre las principales partes involucradas, por lo menos la víctima y el ofensor. En el caso de que no fuera propicio el encuentro directo, se pueden realizar los encuentros a través de representantes o substitutos, en ocasiones el uso de cartas o videos sirven de preparación para el encuentro directo, en otras ocasiones esas mismas herramientas son de ayuda para descartar el encuentro directo.

2.1.4.1- Según los participantes

Howard Zehr explica que hay tres modelos que dominan en el ámbito de la Justicia Restaurativa: las conferencias víctima-infractor (normal y malamente conocidas como mediación penal), las conferencias familiares y los círculos. Los tres modelos ofrecen a los participantes la posibilidad de explorar hechos, sentimientos y resoluciones. Se les anima a expresarse y esforzarse por lograr resultados aceptables para todos; en otras palabras, se busca que se reconozca el daño, que se restaure la equidad, y que se discutan los planes y expectativas para el futuro.⁸³

Las conferencias víctima-ofensor se realizan con los directamente involucrados, se debe trabajar individualmente con cada una de las partes y, una vez dado su consentimiento, un facilitador capacitado

⁸³ *Ibidem*, p. 55, 56 y ss.

organiza y dirige la reunión y guía el proceso. No es nada raro que se llegue a un acuerdo de restitución que, dependiendo la legislación, podrá tener diversos efectos procesales. En algunos casos podrá intervenir la familia, pero sólo como respaldo a las partes.

En **las conferencias familiares** se incluyen los familiares y/u otras personas importantes para las partes directamente involucradas. En el caso del ofensor, la presencia de los familiares de éste, le ayuda a asumir la responsabilidad por sus acciones y a cambiar su comportamiento. En algunos casos se puede incluir en la conferencia a algún representante del sistema penal. Un elemento que tienen en común las conferencias familiares es la realización de un consejo familiar, donde el ofensor y su familia se retiran a otra habitación para conversar acerca de lo que ha sucedido y elaboran una propuesta que se presentará a los demás participantes, principalmente a la víctima.

En nuestra opinión, una de las esenciales funciones de las conferencias familiares es el que con la participación de la familia se puede lograr un plan completo para el ofensor, incluyendo no sólo las reparaciones a la víctima así como elementos de prevención y hasta sanciones.

Podemos decir, entonces que las conferencias familiares amplían el círculo de participantes, incluyendo a familiares u otras personas clave para los involucrados, y tal vez a funcionarios del sistema de justicia. Por lo menos en el modelo neozelandés, una conferencia puede incluir un consejo familiar, mientras que el facilitador puede ejercer un rol más amplio y tal vez menos “neutral” que en una conferencia víctima ofensor.⁸⁴

⁸⁴ *Ibidem*, p. 61.

En general **los círculos** (usados originalmente en las naciones aborígenes de Canadá) se utilizan para diversos fines: Círculos de sentencia para casos penales, círculos de sanación como preparación de un círculo de sentencia, círculos para resolver una gran gama de conflictos (laborales, comunitarios, escolares, etc.). Lo que se pretende es ampliar al máximo el espacio de participación.

Las discusiones realizadas en los círculos son más abarcadoras en cuanto a su contenido, ya que la comunidad está involucrada. Se llegan a discutir las situaciones que están generando los delitos dentro de la comunidad, la necesidad de apoyo que tienen las víctimas y los ofensores, así como las obligaciones que la comunidad pueda tener.

2.1.4.2- Según la sede

Dependiendo de si los encuentros son practicados por instancias extrajudiciales o de carácter judicial, o bien se encuentran adscritas a órganos de dicha índole; así, se podrá hablar de encuentros (sobre todo mediación) derivados o retenidos. Será **mediación penal retenida**, si es realizada por facilitadores pertenecientes a los órganos de procuración e impartición de justicia, o inclusive por los propios funcionarios de estas instituciones. Una de las principales críticas a la mediación penal retenida cuando la realiza el propio Juez o Ministerio Público, es porque se rompe la “horizontalidad” entendida como ausencia de acto de autoridad; ya que, el funcionario judicial que hace las veces de facilitador conserva de forma implícita un poder sobre los mediados

y pudiera ejercer un acto de autoridad. La mediación penal retenida también atenta contra la neutralidad, la voluntariedad y la confidencialidad.⁸⁵

En caso de que la mediación sea realizada en dependencias ajenas a la procuración y administración de justicia será **mediación penal derivada**. Una vez finalizada, con independencia de que se haya llegado a un acuerdo o no, se le informa al órgano que les encomendó la intervención y ésta podrá, según sea el caso, archivar (Ministerio Público) o sobreseer el asunto (Juez). La mediación se podrá remitir a estructuras sociales tales como: centros de mediación, organizaciones de ayuda a la víctima, centros comunitarios, organizaciones estatales, instituciones privadas, e individuos particulares.

2.1.4.3- Por las consecuencias procesales

Antonio del Moral hace una clasificación en virtud de los efectos procesales que pudieran tener los encuentros: como alternativa al proceso, como alternativa a la pena, la reparación concebida como pena y como mitigación a la pena:⁸⁶

- **Como alternativa al proceso (desviación).** Con la firma de un acuerdo se sobresee el caso, condicionado al cumplimiento del mismo. Se requiere de una vigilancia del cumplimiento para

⁸⁵ Esther Zayat, Valeria, “El modelo catalán: un ejemplo de sistema penal abierto”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 225 y 225.

⁸⁶ Del Moral García, Antonio, “La mediación en el proceso penal. ...” *op. cit.*, pp. 68 y 69.

que surta sus efectos. En algunas legislaciones se asocia (erróneamente) la figura del perdón del ofendido.

- **Como alternativa a la pena.** Después del juicio de culpabilidad, pero no individualizada la pena, ante la llegada de un acuerdo se puede conmutar la pena, también se requiere vigilancia del cumplimiento del acuerdo. En las legislaciones donde no está contemplada de manera expresa se asocia la figura del indulto.
- **Reparación concebida como pena.** Una vez establecida la pena, ante la llegada del acuerdo, se puede sustituir aquella, cuando se tenga por reparado el daño mediante trabajos a favor de la comunidad o, inclusive a favor de la propia víctima.
- **Como mitigación de la pena.** Como hemos visto, los programas de Justicia Restaurativa atienden las necesidades de los infractores, en ese sentido, un acuerdo firmado entre las partes puede ayudar a la reinserción social del ofensor, por lo que puede ser tomado en cuenta para acceder a una sustitución de penas, para la obtención de algún beneficio de pre liberación o la disminución de la condena, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos establecidos en la ley para cada caso.

Es oportuno evidenciar que todas estas clasificaciones de no deben tomarse como números *clausus*; cada programa, en la práctica, maneja diferentes pautas que hacen que las clasificaciones se puedan combinar.

2.2.- MEDIACIÓN PENAL

Uno de los modelos más utilizados y famosos, que inclusive sirve de referencia para englobar –erróneamente– a los programas de Justicia Restaurativa, es la mediación penal. Virginia Domingo define a la mediación penal como:

un procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a favor del ofendido o la víctima y cuando no sea posible realizarlo ante el ofendido se llevará a cabo ante la comunidad.⁸⁷

Por su parte, Antonio del Moral concibe la medición penal como:

un sistema de gestión de conflictos donde una parte neutral (mediador) con carácter técnico y en posesión de conocimientos, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en un delito..., en calidad de víctima e infractor a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica.⁸⁸

A través de este modelo se intenta rescatar la credibilidad y eficacia del sistema de justicia penal mediante la apertura hacia la diversidad. La paz y la justicia social se pueden alcanzar por otras vías complementarias al ámbito judicial; debemos crear una cultura para que las personas entiendan que la impartición de justicia no se limita, únicamente, a la impartición de sentencias. Para entender adecua-

⁸⁷ Domingo, Virginia, Justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 17.

⁸⁸ Del Moral García, Antonio, “La mediación en el proceso penal...” *op. cit.*, p. 51.

damente la mediación penal, debemos tener en cuenta los siguientes puntos:⁸⁹

- Es un proceso;
- Voluntario;
- Gratuito;
- Confidencial;
- Complementario al sistema de justicia;
- Intervención de un tercero imparcial;
- Informal, pero con estructura;
- No privativo de derechos (las partes siempre pueden desistir de la mediación y optar por la vía judicial; y
- En algunos casos, puede descongestionar la carga de trabajo del sistema de justicia.

En este contexto, la víctima que tenga interés cuenta con la posibilidad de reunirse con el ofensor en un escenario seguro y estructurado, pudiendo hacer preguntas, recibir información y expresar sus sentimientos; así puede obtener un cierre del incidente, liberar su ira y cualquier otra emoción. Los infractores consiguen empatizar con sus víctimas y verlas como personas, tiene la oportunidad para responsabilizarse, reducir la vergüenza dañina y buscar la reparación del daño.⁹⁰

Se debe asumir la mediación penal como un modelo preventivo de curación social que puede servir para difundir en la comu-

⁸⁹ Domingo, Virginia, *Justicia restaurativa... op. cit.*, p. 18.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 19.

nidad una nueva manera de solucionar los conflictos derivados de una conducta delictiva. También tiene un efecto propedéutico, ya que la mediación (en cualquiera de sus ámbitos) se traduce en una instancia de aprendizaje en sobre comunicación y cooperación, aprendizaje que acompañará a los individuos durante toda su vida y sus interacciones, con independencia de si se llegó, o no, a un acuerdo formal.⁹¹

La mediación penal resulta muy conveniente cuando en las conductas delictivas involucran a personas que tiene algún tipo de relación permanente (familiares, laborales, vecinales, etc.); en este caso, los delitos afectan a miembros de una misma familia, grupo o comunidad que nunca tienen algún tratamiento especial en la legislación procesal. Al destinar espacios destinados a la reflexión y modificación de conductas, puede permitir el restablecimiento de los vínculos entre las personas, ya que el futuro podría seguir compartiendo el mismo espacio (casa, oficina, club, barrio, etc.).

También la sociedad, en su conjunto, obtiene beneficios, en primer lugar, evitar la escalada de violencia. El simple hecho de denunciar, condenar o hacer cumplir una pena, logran calmar los ánimos, cerrar heridas o terminar con el conflicto. Para nadie es un secreto, que en muchos casos el proceso penal (y la sentencia) hacen crecer la violencia existente o precipitar a las personas a la realización de actos de venganza (individuales o de la comunidad).

⁹¹ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal, ... op. cit.*, pp. 35, 36 y 37.

Desde la perspectiva de la reinserción social, mediante el reconocimiento de sus responsabilidades (reparación activa), la empatía con la víctima y asumiendo compromisos a futuro, es más sencillo que el ofensor modifique su comportamiento, ya que es la misma comunidad la que le brinda esa posibilidad.

2.2.1- Modelos de mediación penal

Los autores Elena I. Highton, Gladys S. Álvarez y Carlos G. Gregorio, de manera enunciativa más no limitativa, indican que los modelos de mediación penal más populares son: la mediación pura, desarrollo del caso a través del trabajo social y el modelo humanista.⁹²

La mediación pura replica el modelo de la mediación civil, privilegia la eficiencia del sistema de justicia al concluir los asuntos de manera rápida y la efectividad al pedir que se produzcan los acuerdos. Una vez que se derivan los asuntos se contacta a las partes mediante cartas, se da seguimiento a las invitaciones por vía telefónica para hacer un análisis de la aptitud del caso. No hay reuniones previas individuales con las partes, éstas pasan a mediar sin preparación previa. Como críticas a este modelo se dice que pueden provocar una doble victimización ya que el mediador no está preparado para las posibles confrontaciones entre las partes. Utilizada para delitos y ofensas menores sin violencia.

El modelo de desarrollo del caso a través del trabajo social tiene como base el acercamiento de las partes después de un arduo

⁹² Highton, Elena I., et. al., *Resolución alternativa de conflictos...*, op. cit., pp. 132, 133 y ss.

trabajo preparatorio previo. Se involucra a todas las partes antes que puedan estar frente a frente. Hay un análisis previo del facilitador para analizar si el caso es admisible y pertinente para mediación. Este modelo tiene como objetivo establecer una relación inspiradora de confianza y exenta de actitud de juzgamiento en lo que atañe al ofensor. Si obtiene la confianza es más factible que las partes sean honestas el uno con el otro.

En este caso, el mediador ayuda a las partes a identificar los efectos de la ofensa y lo que puede ser significativo para ellas, sobre todo para la víctima. Los ofensores encuentran la manera de expresar sus sentimientos respecto del hecho cometido. El proceso de preparación ayuda a encontrar, asistir y resolver, a las partes necesidades previas (como ayuda psicológica) así como pensar si la mediación es beneficiosa o adecuada para ellos.

Por su parte, **el modelo humanístico de la mediación** intenta una aproximación de diálogo y ayuda mutua entre las personas. El énfasis del mediador será dar poder a cada individuo para que sea el dueño de su propio conflicto, discutir sobre el impacto en cada uno y asistirlos para que ellos determinen el modo más conveniente de resolución, que se puede traducir, o no, en un acuerdo por escrito. Este modelo tiende hacia un plano de armonía social y pacificación de las comunidades. Es de vital importancia la preparación previa y por separado con cada una de las partes.⁹³

⁹³ *Ibidem*, p. 137.

Respecto del modelo humanístico los autores en comento explican:

Este último modelo de mediación puede aplicarse a delitos graves, lleva más tiempo que otros, sobre todo para la preparación del encuentro (días, meses o años), por lo que es muy recomendable en la etapa de ejecución de la pena.⁹⁴ Es totalmente voluntaria para ambas partes, normalmente es a solicitud de la víctima. La mediación del conflicto no es lo primordial de la reunión en los delitos graves, ya que puede haber poco o nada que reparar o restituir (por ejemplo, en un homicidio). En estos casos, el propósito es brindarle a la víctima un espacio seguro para tener un encuentro estructurado con el autor del hecho, como atención a su necesidad de facilitar el proceso de recuperación.⁹⁵

Este modelo, dirigido hacia el diálogo, puede llevar mayor tiempo que otros, pudiendo durar las sesiones una hora o más. Estos programas tienen en contra los mayores costos de transacción con menores éxitos a la vista que otro tipo de intervenciones más eficientes. Por ello, estos programas son menos atractivos para las burocracias, ya que van despacio. Los que favorecen y creen en este criterio transformativo, opinan que quienes manejan los fondos y dictan las políticas no alcanzan a veces a entender el alcance de los servicios que pueden ofrecer, pues pocas profesiones dan valor a ciertas cosas como aprender a explorar las implicancias emocionales y los desequilibrios de poder en las relaciones. Las metas transformativas van más allá del modo en que muchos ven el mundo, donde se privilegia la eficiencia. Sobre la cual van sobre seguro. No obstante, reconocen que hay que tener cuidado en la mediación víctima-victimario de no pasar el límite hacia el otro lado y practicar terapia sin red.

⁹⁴ González Cano, Isabel, Ríos, Julián, et. al., “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación”, en *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador, un programa para su regulación, coord.*, Concepción Sáez Rodríguez, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2008, p. 316.

⁹⁵ Highton, Elena I., et. al., *Resolución alternativa de conflictos...*, op. cit., pp. 144, 145 y 146. Respecto a la mediación penal en delitos graves:

Las causas de homicidio y otras ofensas criminales violentas tienen ciertas características distintivas:

- intensidad emocional;

2.2.2- Características

Las características que deben ser observadas en el encuentro víctima-victimario (mediación penal) son prácticamente las mismas que cualquier otra mediación o medio alternativo de solución de conflictos, pero con algunas peculiaridades debido a que la materia penal tiene sus complejidades:⁹⁶

- **Voluntariedad.** Las partes siempre deben de tener la posibilidad de desestimar esta vía, por eso son importantes las reuniones previas por separado, para poder explicares el objetivo del encuentro, sus características, alcances y efectos. La voluntariedad debe ser material y no solo formal, ya que en caso de existir presión o imposición –indirecta– no podrá hablarse de diálogo que es la clave del encuentro; en otras palabras, no debe haber ninguna consecuencia negativa en caso

-
- extrema necesidad de una actitud que no implique juzgamiento;
 - mayor preparación del caso por parte del mediador (6 a 18 meses);
 - múltiples entrevistas o reuniones con las partes por separado previas a la sesión conjunta;
 - múltiples conversaciones telefónicas;
 - negociación con los oficiales del instituto penal de detención a fin de asegurar acceso al interno y poder llevar a cabo la mediación en la prisión;
 - adiestramiento de los participantes en la comunicación de sentimientos intensos;
 - clarificación de los límites del procedimiento (mediación versus terapia).
- Selección de casos.

⁹⁶ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, Mediación penal,... *op. cit.*, p. 60, 61, 62 y ss.

de no aceptar el proceso de mediación penal, sobre todo para el imputado.⁹⁷

- **Confidencialidad.** Implica que ninguna de las partes podrá utilizar lo ventilado en las conversaciones en posteriores presentaciones judiciales, que los abogados no podrán utilizar la información producida en las reuniones para demostrar, justificar o refutar argumentaciones dentro del proceso. Quedan exceptuadas de la confidencialidad aquellas manifestaciones que den cuenta de delitos cometidos contra personas de gru-

⁹⁷ Del Moral García, Antonio, “La mediación en el proceso penal. ...” *op. cit.*, p. 55. Refiriéndose al modelo español, el autor indica:

Eso acarrea que la negativa a someterse al proceso de mediación no debe comportar ninguna consecuencia negativa. Ni penal, ni extrapenal. La posición procesal o penal del imputado no puede verse agravada por su rechazo a un proceso de mediación. Esto en teoría está claro. En la práctica, no tanto. Cuando el número de asuntos derivados es relativamente bajo y manejable, el peligro se aleja. El sistema penal clásico opera con todos sus mecanismos de corrección. Pero si se consigue una mayor implantación del modelo, como sería deseable y a ello alientan los textos internacionales como se verá enseguida, se corre el riesgo, tal y como ha sucedido en relación al instituto de la conformidad, de dinamitar de hecho, que no oficialmente, muchos de los componentes del principio de culpabilidad y del derecho a un juicio justo. Trato de recrear esta idea que en una primera aproximación puede parecer casi iconoclasta. Lo diré de otra forma: acepto y considero plausible una rebaja de pena a quien se declara culpable por lo que tiene de actitud noble, de asunción de responsabilidades, de primer paso para la rehabilitación; pero repudio la agravación para quien no lo hace así. No atenuar la pena no es lo mismo que agravarla. En la práctica solo con honestidad intelectual puede diferenciarse entre ambas cuestiones. Y, en la actualidad, las conformidades se han extendido en una medida tan insospechada hace unos años, no tanto porque se consiguen rebajas de pena como porque se evitan agravaciones a las que se sienten inclinados los operadores de justicia cuando alguien se “resiste” a entrar en ese sistema de pactos y componendas. También algo de caricatura puede haber en el cuadro que se dibuja. Pero no tanto. Los que se mueven entre bastidores en el proceso penal seguro que en su mayoría coincidirán con lo que digo.

pos vulnerables (niños, incapaces, etc.) o situaciones de riesgo inmediatas, debiendo el facilitador de denunciar estos hechos a las autoridades penales, también, quedan exceptuados cuando participen en actividades académicas siempre que se reserven las identidades de las partes. La confidencialidad implica tres momentos:

- Las conversaciones que el mediador tiene con las partes en las reuniones privadas, previo o durante la instancia de mediación, respecto de lo que una parte cuente al facilitador y no quiera que la otra persona se entere.
 - Todo aquello que se manifieste durante las reuniones no podrá ser utilizado por ninguna de las partes posteriormente en ninguna instancia.
 - El facilitador guardará secreto de todo aquello que se le confíe en privado como de todo lo que se pudiera enterar en el desarrollo de las reuniones conjuntas.
- **Imparcialidad y neutralidad.** En otros ámbitos, la neutralidad se traduce en no favorecer a ninguna de las partes; pero en materia penal, si bien el facilitador debe guardar respeto por ambas partes y ayudar a construir un espacio de confianza y un clima de negociación, no debe olvidar que hay una persona que se considera víctima y que carga con una serie de males (físicos, sentimentales y morales), y otro al que se le acusa de infringir la ley y es el que produjo los males del otro.

Existen características propias del encuentro víctima-victimario, en virtud de los objetivos propios del encuentro (interdisciplinariedad e informalidad) o del carácter público del Derecho penal (gratuidad y supervisión):⁹⁸

- **Interdisciplinariedad.** Realizar una práctica interdisciplinaria implica la aplicación de técnicas, métodos y conocimientos de diversas ciencias necesarias para resolver un problema complejo, así como la posterior interacción de los especialistas; como hemos visto, un proceso de Justicia Restaurativa puede ayudar a las partes no solo en su conflicto, sino derivar a las partes con especialistas que los puedan ayudar en otro tipo de problemas (terapeutas, psicólogos, trabajadores sociales, etc.).
- **Informalidad.** Cada encuentro es diferente, porque las personas son distintas entre sí, como las conductas varían dependiendo el lugar, la cultura o los tiempos. El encuentro se caracteriza por su sencillez en la forma bajo un estilo consensuado de llevar cada proceso. Se trata de cambiar el ambiente estereotipado de los órganos públicos de procuración y administración de justicia por uno en el que el respeto mutuo, el diálogo y la búsqueda colaborativa de soluciones sean las pautas regulatorias.

⁹⁸ Rodríguez Fernández, Gabriela, “Sociedad, Estado, víctima y ofensor. El orden de los factores ¿altera el producto?”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 20 y 21. Cfr. con: Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal...* op. cit., pp. 67, 68, 69 y ss.

- **Gratuidad.** La impartición de justicia es gratuita para todo gobernado, en virtud de que la persecución penal y la actividad punitiva están a cargo del Estado, no debe estar depositada esta función en manos privadas. Las mediaciones penales deberán gozar de la gratuidad al formar parte del sistema de justicia penal.
- **Supervisión.** Hablar de la supervisión de funcionamiento de los centros en donde se desarrollen los encuentros se puede dar en dos sentidos. En primer lugar, la supervisión del cumplimiento de los acuerdos, ya que algunos pueden tener un cumplimiento diferido en el tiempo. En segundo lugar, una supervisión en cuanto al ingreso, formación, actualización y condiciones físicas, mentales y emocionales de los facilitadores.⁹⁹
- **Horizontalidad.** El facilitador debe comportarse con respeto como alguien sin poder sobre las partes, que obtiene su legitimación de actuación de la confianza de las partes en él. Este

⁹⁹ *Ibidem.*, p. 75.

Es sabido que aquellos profesionales que se dedican cotidianamente a la prestación de servicios en contacto directo con personas cuyas necesidades se encuentran insatisfechas (profesiones conceptuadas como “de ayuda”) y que por lo tanto están permanentemente involucrados en situaciones emocionales exigentes, tienen una mayor predisposición a padecer estados de agotamiento mental, emocional y físico, decepción y pérdida de interés, que pueden desembocar en cuadro de stress, o más aún en el llamado Síndrome de Burnout.

Recomendamos la modalidad de supervisión por medio de agentes externos, que en su plan de trabajo contengan como objetivos la evaluación de la demanda, la focalización de la dinámica institucional y grupal, la identificación de los obstáculos en la tarea...)

principio es lo que diferencia la Justicia Restaurativa del sistema judicial, donde el juez impone la sentencia.¹⁰⁰

2.2.3.- Diferencias con la mediación civil

Ya hemos visto los diferentes modelos que puede adoptar la Justicia Restaurativa, pero normalmente es asociada a las conferencias o encuentros entre víctima e infractor que, como hemos venido indicando, común y erróneamente se le denomina mediación penal; es precisamente, por esta denominación, que puede ser objeto de rechazo y críticas.

Cuando se desconoce acerca de la Justicia Restaurativa –y en general de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos– al escuchar la palabra mediación aplicada al sistema de justicia penal, nos puede venir la idea de que es en una mera transacción económica entre el imputado y su víctima, negociando la cuantificación de la reparación del daño para simplemente evitar el proceso, donde la víctima obtiene un beneficio económico y el imputado evita la aplicación de una pena.

¹⁰⁰ Rodríguez Fernández, Gabriela, “Sociedad, Estado, víctima y ofensor... *op. cit.*, p. 11.

Este principio aportará la imprescindible nota diferenciadora entre el sistema informal (RAC) y el sistema judicial de persecución pública, caracterizado por la figura fuerte del Estado (representado por el Juez o por el fiscal) que desplaza a la víctima de su lugar de dueño del conflicto. Si el facilitador asume un papel similar, el principio general de devolución del conflicto a las partes se romperá, surgiendo con toda fuerza un sistema de adjudicación disimulada, sin las garantías de la adjudicación explícita (defensa, inocencia, juicio justo, etc.); frente a la evidencia de un facilitador “directivo” las partes reasumirán el lugar de sujetos de la decisión del tercero, y con éste dirimirán sus pretensiones; a poco de andar, estaremos nuevamente en un sistema apropiador, donde víctima y ofensor jugarán, una vez más, al juego de los pedidos no satisfechos por el poder (mediador). Entonces, no habremos creado nada nuevo.

Nada más alejado de la verdad, como también ya lo hemos dejado establecido, no se trata de buscar un acuerdo entre dos personas que tiene un conflicto derivado de tener diferentes percepciones respecto a algo, sino más bien complementar el sistema de justicia penal con una herramienta que facilita la comunicación, la empatía y la cohesión social.

En ese sentido, la mediación penal (encuentro víctima-infractor) tendrá grandes diferencias con la mediación civil. De inicio en la mediación penal, aunque no es una regla, no existe una relación previa entre las partes; también existe un desequilibrio de poder entre las partes (el equilibrio de poder es fundamental en la mediación penal) ya que, por un lado, se trata de una persona que ha recibido un menoscabo en sus bienes jurídicos más esenciales (y por ello protegidos por el Derecho penal) y por el otro la persona que lesionó o puso en peligro dichos bienes jurídicos.

Debemos entender que la mediación penal (encuentro víctima-victimario) pone énfasis en el diálogo y no en la obtención de un acuerdo (económicamente hablando), es mucho más importante que las partes puedan desarrollar empatía para atender las necesidades emocionales de los implicados y, así obtener, la asunción de responsabilidades del imputado y la reparación del daño de la víctima, reparación entendida en un sentido amplio.

La mediación penal es completamente diferente a la mediación civil, el mejor ejemplo es el de la **neutralidad del mediador**, en otros

contextos de mediación la neutralidad se traduce en que de ninguna manera se debe favorecer a uno de los participantes, el mediador no toma partido y no juzga sobre el bien y el más en cuanto a las conductas de las partes en conflicto. En la mediación penal el concepto de neutralidad, aplicado al facilitador, no es apropiado, ya que –normalmente– la víctima necesita un mayor apoyo porque ha sufrido un mal, daño o menoscabo en sus bienes, pero sobre todo se siente temerosa y desprotegida.

En este contexto, el mediador será imparcial en cuanto a los individuos como seres humanos, dándoles igual respeto y estando ahí en beneficio tanto para la víctima como para el ofensor, pero no puede ser neutral en cuanto a la conducta (transgresión) cometida. Por estas razones la neutralidad en la mediación penal es diferente, ya que el mediador tratará de hacer alianzas con ambos en lugar de con ninguno. La función del mediador penal se traducirá en los siguientes puntos:¹⁰¹

- a) En lugar de juzgar que se deben asignar culpas, entiende que se debe examinar el problema.
- a) En lugar de considerar que la persona culpable debe cambiar, estima que deben buscarse soluciones que abarquen todos los contextos (de la víctima y del infractor).
- a) En lugar de encontrar que el resto de la sociedad no necesita cambiar, cree que todos son responsables de encontrar la solución.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.68.

2.2.4.- Fases de la mediación penal

El procedimiento que se lleva en la mediación penal (y en casi cualquiera de los modelos de Justicia Restaurativa) no dista mucho, en cuanto a su estructura, del aplicado en otras áreas (como la civil, mercantil, labora, etc.), ya que la base de cualquiera es la comunicación y la reconciliación que también son las bases para la recuperación de la trama social.

Las fases de la mediación penal son cuatro (aunque dependiendo del autor que las explique podrían diferir en número y nomenclatura): Premediación, el Encuentro, Acuerdo y Posmediación o seguimiento.

2.2.4.1.- Pre-mediación

En primer lugar, el caso debe ser **derivado** por los órganos de procuración y administración de justicia, dependiendo de la legislación procesal serán estos los que determine si el tipo de delito admite la mediación penal, sobre todo pensando en si tiene efectos procesales. Es muy común que las legislaciones instauren como efecto de llegar a un convenio, dependiendo la etapa procesal, el sobreseimiento de la causa (en caso de delitos menores o también llamados de bagatela) o disminución de la pena.

En cuanto el equipo técnico del centro donde se llevará a cabo la mediación es el primer contacto con la causa, procederá a determinar quiénes son las partes a convocar; hay que tomar en cuenta, que no se trata de un estudio técnico jurídico penal (definir calificaciones,

causas de justificación, responsabilidad penal, y un amplio etcétera), ya que muchas veces sólo se tiene la información de la calificación jurídica del delito y la denuncia de la víctima.¹⁰²

Una vez determinadas las partes, se les hace una **invitación** para la realización de entrevistas individuales y por separado, se les da una breve explicación del procedimiento de justicia alternativa y sus diferencias con el procedimiento penal, haciéndose énfasis en el carácter gratuito, voluntario, confidencial, neutral y horizontal del sistema.¹⁰³

Estas sesiones sirven también para que el facilitador tome la decisión de admitir el caso y si las partes están dispuestas verdaderamente a participar; en el caso de la víctima, tiene que estar dispuesta a enfrentar la situación, a establecer un vínculo con el autor del hecho, estar dispuesta a hablar y manifestar sus ideas y sentimientos, sin tener el objetivo de denigrar, insultar o maltratar a su ofensor. El victimario tiene que ser una persona susceptible de reinserción,

¹⁰² Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal*,... *op. cit.*, p. 85.

Por lo tanto, el mediador debe sí leer los datos preliminares para conocer la denuncia y discriminar entonces quienes serían las partes o interesados en la resolución. Este momento también el mediador podrá determinar si existe alguna causal que obligue a su excusación para seguir interviniendo, o si falta alguna medida investigativa que deba realizar la fiscalía a fin de contar con todos los elementos (por ejemplo, la identificación de las partes, individualización de sus domicilios, etc.). También servirá para decidir si convocar a ambas partes para una audiencia, o si es preferible mantener una entrevista con la víctima en primer lugar a fin de sondear las reales posibilidades de abordar el caso desde una instancia de mediación.

Una vez determinadas las partes, se les convocará a reuniones privadas a fin de proponer la intervención de la oficina, exponer los alcances del proceso de mediación y las características de los mismos.

¹⁰³ Lerner, Martín, Maidana, Marcelo y Rodríguez Fernández, Gabriela, "Sistema de resolución

mostrar cierto grado de arrepentimiento, en condiciones personales de hablar, escuchar atentamente y de establecer un diálogo (no podría estar sin tratamiento si es dependiente de drogas, por ejemplo), pero sobre todo que no tenga como única intención eludir el proceso y, por ende, la pena.¹⁰⁴

El trabajo preparatorio puede ser muy trabajoso y puede llevar varias sesiones, se deben explorar los sentimientos, sobre todo con la víctima, hay que calmarla, que no sienta temor, que adquiere seguridad, ayudarla a que sepa que decir cuando sepa que querer decir cuando se encuentre frente a su victimario, a partir de esta labor es donde el facilitador adquiere legitimidad.¹⁰⁵

2.2.4.2.- El encuentro

Cuando se da lugar al encuentro cara (o cualquiera de las modalidades de la Justicia Restaurativa) se suscita lo que Ulf Eiras denomina **el encuadre**, se trata de la presentación de los mediadores, de las partes, en su caso de los abogados de cada parte, y de cualquier tercero que tenga

alternativa de conflictos penales. El proyecto RAC”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 90.

Nuestra experiencia mostró que este carácter era probablemente el que más desconcertaba a las partes, que venían predispuestas a una respuesta de tipo de la adjudicación y se sorprendían al escucharnos hablar de devolución del conflicto: la idea de solucionar la disputa directamente, sin abogados que hablen por ellos, ni jueces que petrificando el pasado den un contenido no deseado e ineludible.

¹⁰⁴ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal*,... op. cit., p. 123.

¹⁰⁵ Highton, Elena I., et. al., *Resolución alternativa de conflictos*,... op. cit., pp. 88 y 89.

interés en la solución del conflicto y fue aceptada su presencia. En seguida el mediador realiza una **apertura**, donde realiza, nuevamente la explicación de la naturaleza del procedimiento, sus características y las cuestiones más fundamentales como el pacto de confidencialidad y las reglas de intervención de las partes y normas de conducta. Incluso en algunos lugares estas cuestiones se plasman por escrito y deben ser firmadas como acuerdo entre las partes.

Al dar comienzo el diálogo y comunicación, el facilitador realiza una **exploración del problema** o investigación, después la escucha activa para que el facilitador trabaje con las historias construidas por las partes, sus perspectivas y la puntuación de los hechos que realizan. Aquí, cabe hacer mención, es el momento donde se aplican todas las técnicas y herramientas posibles (los diferentes tipos de preguntas, el reencuadre, el parafraseo, etc.).

Es trabajo del mediador asistir a los participantes para reconocer sus necesidades. Pueden requerir el auxilio de otros profesionales antes de estar en condiciones de proceder de una manera que sea aprovechable. La víctima puede necesitar resolver cuestiones traumáticas con un terapeuta.

Un infractor que niega haber dependido de las drogas puede requerir una evaluación antes de poder enfrentar a su víctima.

Muchas víctimas encuentran que el mediador puede ayudarlas a identificar los efectos de la ofensa y a ponderar qué puede ser significativo para paliar sus pérdidas. La mayoría de los autores se beneficia al explorar cómo mejor expresar sus sentimientos respecto del hecho cometido. Es característico de las confrontaciones víctima-victimario que sean más beneficiosas cuando los participantes entran al recinto donde se llevará a cabo la mediación luego de haber completado sus propios deberes de autoayuda, centrados en qué pretenden lograr y qué están dispuestos a contribuir al proceso de mediación.

Un meditado proceso de preparación también puede llevar a las partes a pensar que la mediación no es beneficiosa ni apropiada para ellos.

Una vez que el mediador ha ubicado y reconocido la problemática (y el conflicto), podrá trabajar con las partes en la construcción de **la agenda**; en la mediación penal (sobre todo cuando el acuerdo puede tener efectos de sobreseimiento) nos encontramos con el problema de que el proceso penal se suspende por un plazo establecido en la ley, lo cual se puede traducir en una posible presión o limitante para la elaboración de la agenda. Se podrán llevar cuantas sesiones sean necesarias, dependiendo de las partes, de las cargas de trabajo del mediador y del centro de mediación, salvo por la limitante del plazo antes dicha.

Después se abre un periodo para la realización y análisis de propuestas de solución del problema, o los problemas, es una contribución de las partes a la resolución del conflicto, cabe aclarar, es evidente que el ofensor deberá tener una actividad mayor en cuanto a propuestas, recordemos que es esencial que asuma responsabilidades y, a partir de ello, sea proactivo en cuanto al intento de reparación del daño a la víctima.

2.2.4.3.- El acuerdo

Si bien hemos insistido que el modelo de encuentro que hemos estado siguiendo y proponiendo no tiene como finalidad la obtención de un acuerdo, sino atender las necesidades de las partes, se puede llegar a un acuerdo que puede tener efectos procesales como el sobreseimiento, la disminución de la pena o acceder a un beneficio penitenciario, dependiendo de la etapa en que se derive el caso. Dicho acuerdo debe-

rá estar aprobado por el facilitador y –dependiendo de la legislación– por el director del centro donde se lleve a cabo el encuentro. Algunas legislaciones, sobre todo para el sobreseimiento, faculta al Ministerio Público y/o al Juez –dependiendo de la etapa procesal– revisen que el acuerdo revista carácter de legalidad.

El facilitador deberá tener cuidado de no aprobar acuerdos donde el ofensor, con sólo la intención de cerrar la causa penal, realice ofrecimientos que no está en condiciones de cumplir. Debe haber una verdadera aceptación de responsabilidad por parte del infractor y voluntad de reparación del daño.¹⁰⁶

La redacción del acuerdo deberá revestir las formalidades de un instrumento público, estará redactado generalmente en el idio-

¹⁰⁶ Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal, ... op. cit.*, p. 96.

Con los datos del expediente y la entrevista previa el mediador puede tener una idea de la situación socio-económica, familiar, y habitacional de las partes, y por ello su intervención debe estar dirigida a lograr resultados realistas. Resulta oportuno en estos casos reflexionar juntos acerca de las posibilidades de efectivizar las propuestas (por ejemplo pidiendo que coloque sobre papel los gastos que tiene en el mes y los recursos con los que cuenta).

Este comportamiento se evidencia frecuentemente en las causas iniciadas por incumplimiento de obligaciones alimentarias o impedimento de contacto de padres con hijos, en los que se trabaja en el restablecimiento del contacto, la fijación de cuotas alimentarias o regulación de un régimen de visitas. Los padres tratan en todo momento de mostrarse con la mayor disponibilidad para establecer acuerdos en los que perciben están logrando una ventaja sobre la otra parte. (Por ejemplo: una parte solicita un amplio horario de visitas y la otra interpone obstáculos referidos a esos horarios). En el fondo, esta actitud tendrá efectos contrarios en el futuro, ya que los obligados quizás no puedan sostener lo comprometido. La tarea del mediador entonces, como habíamos referido será la de analizar las propuestas reflexivamente con las partes para lograr un pacto sobre bases realistas y con posibilidades de efectivo cumplimiento.

ma oficial del país, a menos de que las partes pertenezcan a un grupo originario se redactará también en su lengua materna en caso de ser diferente al idioma oficial.¹⁰⁷ El acuerdo se instrumenta teniendo en cuenta los intereses y requerimientos de la víctima y las posibilidades reparatorias del infractor. Recordemos que no se trata simplemente de concluir los asuntos de manera rápida, sino de dar soluciones realistas y cumplibles y, además, el tipo de acuerdo puede ser muy amplio.

En base al principio de confidencialidad, en caso de no llegar a un acuerdo, o cumplido el plazo establecido en la ley sin llegar a un acuerdo, el caso se regresa al proceso sin que quede plasmado en los registros, ninguna anotación que pueda hacer pensar al juzgador que se llevó a cabo una conferencia víctima-victimario. Tampoco se podrá utilizar ninguna información obtenida en el encuentro ni citar como testigo al facilitador.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 96 y 97.

El mismo contendrá el lugar y fecha de realización; los datos personales de todos los participantes, incluyendo los abogados asistentes y el mediador; dejara constancia de la voluntad de participar de la instancia de mediación y del principio de confidencialidad que rigió durante todo su acto (en caso de no confeccionarse aparte un pacto referido al tema); todos los puntos acordados de manera clara y precisa, determinando las conductas que asumen cada una de las partes; la constitución de alguna garantía por lo acordado y las consecuencias que se convengan en atención a la posibilidad de incumplimiento, pudiendo agregarse cualquier otra constancia que las partes entiendan corresponder. Lo que es necesario aclarar es que en virtud del principio de confidencialidad no puede el convenio contener las propuestas no aceptadas, Ofrecimientos efectuados, ni dejar constancia de manifestaciones realizadas en el transcurso de la mediación.

2.2.4.4.- Pos-mediación o seguimiento

Dado que muchos acuerdos pueden traducirse en obligaciones de cumplimiento diferido (pagos diferidos, realización de trabajos a favor de la víctima o la comunidad, terapias, dejar de hacer ciertas conductas, y una amplia gama de obligaciones como formas de reparación del daño), a diferencia de otras materias, el seguimiento al cumplimiento de los acuerdos es fundamental, particularmente para el dictado del sobreseimiento cuando proceda.

En caso de un incumplimiento no justificado, se devolverá el caso al proceso como si no se hubiera celebrado el encuentro ni elaborado el convenio donde se plasmó el acuerdo. Por otra parte, dentro del seguimiento es importante llevar un registro de las personas que han realizado convenios derivados de una mediación penal, y de aquellos que los han incumplido, algunas legislaciones establecen prohibiciones, para evitar la impunidad, de celebrar convenios de la misma naturaleza o de incumplimiento en un cierto de tiempo.

2.2.5.- Modelos de reparación del daño

En la actualidad, podemos encontrar en la doctrina y en la práctica tres modelos distintos de reparación del daño: como imposición de un tribunal, la suspensión del proceso a prueba o condicional y, por Justicia Restaurativa.

En cuanto a la reparación del daño, el Ilustre profesor mexicano Julio Hernández Pliego opina que, por regla general, la acción de re-

paración de daños constituye una pena pública en nuestro medio, al corresponderle su ejercicio obligatorio al Ministerio Público y el Juez no puede dejar de condenar a su pago. Solamente será cuestión accesoria al proceso si se promueve la reparación del daño contra algún tercero ajeno al inculpado, adoptando la forma de responsabilidad civil.¹⁰⁸

Aunque considerada como pena pública, la reparación del daño al estar asociada la sanción pecuniaria, solamente contempla aspectos económicos, patrimoniales y monetarios. Aunque los códigos penales tengan previstos las indemnizaciones de todo tipo de atención médica y psicológica, rehabilitación, etc., se olvidan que hay muchas cosas que, solamente, el encuentro con su ofensor puede sanar. La víctima no tiene incidencia en cuanto a la forma y momento de reparar el daño.

La suspensión del proceso a prueba o suspensión condicional del proceso es una variante del anterior, ya que como requisito para dicha suspensión se requiere que se repare el daño o se garantice la reparación (es decir, se puede extender en el tiempo); se traduce, en un ofrecimiento de reparación de la defensa (imputado y defensor) que el juzgador puede admitir o no sin importar en mayor medida la opinión de la víctima.

La **Justicia Restaurativa** es un sistema que busca la reparación proporcional y a vez consensuada que trata de restablecer la confianza perdida entre dos o más personas, no solamente es el pago de una canti-

¹⁰⁸ Hernández Pliego, Julio Antonio, "La reparación del daño en el CNPP" en *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios, coord.*, Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, México, UNAM/ Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015, pp. 341-356.

dad económica como pena o indemnización.¹⁰⁹ Más que reparar el daño se trata de enmendarlo, ya que existen delitos que causan daños graves y son de difícil o imposible reparación (aunque se trate de un robo simple,

¹⁰⁹ Córdoba, Víctor Alfonso, "Apuntes preliminares...", *op. cit.*, pp. 79 y 80.

Otro principio a tener en cuenta consistiría en la prohibición de cualquier intento de mediatización del ser humano. Tal como afirmaba Immanuel (sic) KANT en su célebre postulado, "No debe tratarse nadie a sí mismo, ni a los demás como simples medios, sino como un fin en sí mismo" La idea central es el respeto por el individuo y por la dignidad humana, considerando que el hombre debe ser tratado como el sujeto de las políticas y nunca como un objeto, como un medio que en tanto medio, pueda ser utilizado como moneda de cambio para objetivos posteriores, por muy loables que éstos sean. ¿Aspiramos a que los ciudadanos recuperen su autonomía? Comencemos pues, por respetarla desde los enunciados jurídicos, de ésta manera, podremos exigir de los mismos responsabilidad sobre sus actos. "La creencia en el significado de la autonomía individual presupone seres humanos capaces de regular su propio comportamiento. En muchas oportunidades, el argumento de la inexistencia del sujeto autónomo es esgrimido no para restar responsabilidades al individuo, sino para quitarle derechos. Es muy fácil (económico, práctico) enarbolar la bandera de las responsabilidades ante la sociedad cuando se utilizan para condenar a un desdichado marginal en mérito a la generación de un dudoso ejemplo de justicia que eventualmente serviría para evitar que se cometan nuevos delitos. El sujeto goza de autonomía a la hora de cargar con todo el peso de un castigo a causa del delito cometido, pero nadie recuerda a esa misma autonomía en el momento de respetar su individualidad, su carácter de no-objeto. Pareciera hasta anticuado repetirlo, pero como cada ser humano es un sujeto único e irrepetible, es imposible valorarlo en todas sus dimensiones, es inmoral utilizarlo como un escalón para lograr cualquier objetivo.

La apropiación del monopolio de la fuerza por parte del Estado en algún momento de la historia, legítima o ilegítimamente conseguida, cedida por la sociedad o expropiada por éste, hizo mella en la teoría de la retribución, orientándose cada vez más, en la medida en que la necesidad de un mayor control social lo hizo necesario, hacia las teorías de la prevención, dejando a estas últimas casi como único fundamento real de toda punición. De esta manera, tanto víctima como victimario pasaron a ser utilizados, el uno para fundamentar la necesidad y la justicia del castigo en mérito al sufrimiento producto del daño, y el otro como mero elemento ejemplificador de cara al resto de la sociedad, y sobre todo a aquellos grupos sociales pasibles de ser a su vez víctimas de la virulencia de la venganza estatal.

la víctima puede tener un daño más allá de lo económico, sino la pérdida de la seguridad y tranquilidad que no se reparan con dinero).

Una actitud por parte del ofensor de empatía, de asumir sus responsabilidades, de intentar reparar el daño (material o económicamente), puede ayudar en el proceso de atención a las necesidades de la víctima, aunque nunca se restaure por completo su daño. Este modelo busca también tratar las causas del delito, la acción de enmendar el mal causado a la sociedad implica adoptar medidas para evitar que el ofensor siga con su conducta y que otros realicen conductas parecidas, recordemos que los modelos de Justicia Restaurativa amplían el círculo de interesados pudiendo intervenir los miembros de la comunidad.

Por todo esto, afirmamos que, el llegar a un acuerdo no es el objetivo primordial de la mediación penal dentro del contexto de la Justicia Restaurativa, pero en caso en que las partes lleguen a un acuerdo que se plasme en un convenio, éste podrá tener un contenido muy variado y no necesariamente económico o patrimonial (pedir disculpas o perdón, realización o abstención de ciertas conductas, prestación de servicios a la comunidad y un amplio etc.).

2.3.- LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PROCESO PENAL

En este apartado analizaremos cómo están regulados los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en el proceso penal, con especial interés en la Justicia Restaurativa y la mediación penal.

2.3.1.- Oportunidad vs. Legalidad

El principio de legalidad es propio del sistema continental europeo, tiene dos vertientes; la primera dentro del Derecho penal al determinar y establecer los delitos y sus consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), la segunda, en el ámbito procesal al establecer límites a las autoridades de procuración y administración de justicia, así como perseguir absolutamente todos los delitos con la misma intensidad. Por su parte, el principio de oportunidad –normalmente asociados al sistema anglosajón, caracterizado por la *adversariedad*–, que permite prescindir de la pretensión punitiva del Estado cuando se verifican ciertas circunstancias de derecho y de hecho.

2.3.1.1. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad otorga atribuciones que autorizan a los órganos de persecución criminal, especialmente al Ministerio Público (o al Juez dependiendo del sistema procesal) a disponer, total o parcialmente, de la persecución del delito en determinadas situaciones; así como del deber de ejercicio y sostenimiento de la acción penal. La oportunidad supone el ejercicio de motivaciones, opciones o juicios de valor que no necesariamente tienen sustento en interpretaciones jurídicas o probatorias.¹¹⁰

Pueden ser varias instituciones procesales las que se puedan agrupar bajo el amparo del principio de oportunidad, cualquiera de

¹¹⁰ Contreras Alfaro, Luis H., *Corrupción y principio de oportunidad, Alternativas en materia de*

ellas faculta al órgano encargado de la acusación pública para que, antes o durante el ejercicio de la pretensión punitiva efectúe una ponderación de las circunstancias, el momento y otros factores que puedan determinar la conveniencia de proceder, en su caso, si se cumplen los requisitos, puede dejar de ejercer sus obligaciones procesales esenciales (investigar y acusar) pudiendo poner fin a la investigación, suspender o poner fin a un proceso ya iniciado; para ello, deberá fundar y motivar su decisión en los siguientes casos:

1. Casos de poca reprochabilidad (insignificante o de mínima culpabilidad), traducéndose en un mínimo o falta de interés público.
2. Cuando los objetivos de la prevención general y especial se pudieran alcanzar con una serie de condiciones o mandatos alternativos a la pena.
3. Que el conflicto pueda verse satisfecho por la reparación civil en aquellos delitos que lesiones bienes jurídicos de carácter disponible.
4. Por existir intereses estatales contrapuestos que se consideran de mayor relevancia que el bien jurídico lesionado por el delito.

La inserción de la oportunidad en el proceso es un aporte de los más novedosos sistemas acusatorios, pero es dable destacar que existen dos modelos de oportunidad: la oportunidad discrecional

con facultades absolutas (propia del sistema anglosajón) y la oportunidad reglada.

El ejercicio del principio de oportunidad es una facultad del ejecutivo respecto a la aplicación de políticas públicas, y más concretamente de política criminal. En el caso de la oportunidad reglada, el poder legislativo establece en la ley límites y condiciones a la aplicación de la oportunidad; se trata, por tanto, de decisiones *numeros clausus* que impiden la arbitrariedad.¹¹¹

2.3.1.2. Legalidad en el proceso

El principio de legalidad, en su vertiente procesal tiene, históricamente, tres fundamentaciones:¹¹²

1. Garantizar la realización de la justicia sin consideraciones particulares de la persona.
2. Obtener la más completa satisfacción posible de la pretensión penal material y,
3. Ser el necesario correlato del monopolio de la acusación en manos de los órganos de persecución penal estatal.

¹¹¹ Hidalgo Murillo, José Daniel, *La etapa de investigación en el sistema penal acusatorio mexicano*, México, Porrúa, 2009, pp. 155 y 156.

La “oportunidad” previamente determinada es, a la vez, una “oportunidad” reglada. De ahí la importancia de que el código federal de procedimientos penales y los códigos locales de procedimientos penales puedan esclarecer (sic) con ánimo de facilitar la realización de la justicia y, sin minar la “seguridad ciudadana, la paz social y la tranquilidad pública” (Cfr. Art. 23 CM), los casos y momentos procesales en que deben aplicarse reglas de “conveniencia” procesal.

¹¹² Contreras Alfaro, Luis H., *Corrupción y principio de oportunidad...*, op. cit., p. 45.

El principio de legalidad se traduce en una dimensión de protección de derechos humanos y sus garantías, propio de un Estado Democrático y de Derecho, tanto de los imputados al no ser objeto de la venganza privada de la familia del ofendido o de la comunidad, sino objeto de un enjuiciamiento a cargo de órganos sometidos al imperio de la ley; así como las víctimas expropiadas de sus facultad de auto-composición.

Pero en opinión del autor Luis H. Contreras, no debemos confundir el principio de legalidad procesal con el respeto a la defensa genérica de la legalidad. Hablar de la defensa de la legalidad es entendida como orden jurídico (objeto), y el encargado de su defensa cuando el interés público debe ser protegido es el Ministerio Público; pero cuando se habla de sujeción del Ministerio Público al principio de legalidad, debemos referirnos a la forma o manera de entender la actuación del Ministerio Público, es decir, ante directrices de actuación y comportamiento.¹¹³

Es el momento oportuno, para aclarar, que la aplicación de criterios de oportunidad tendrá connotaciones distintas, dependiendo del tipo de sistema procesal, más concretamente respecto de que órgano realice la investigación de la causa, tal como lo explica Luis H. Contreras:

Finalmente, sabiendo que en términos genéricos el principio de legalidad procesal consiste en un deber del Ministerio Público para ejercer y sostener la acción penal pública, debemos distinguir desde ya aquellos

¹¹³ *Idem.*

ordenamientos jurídicos en los cuales el Ministerio Público tiene el deber de conducir y desarrollar por sí mismo las investigaciones y demás diligencias de la instrucción, aquellos otros en los que la dirección de las investigaciones del sumario está a cargo de un Juez de Instrucción. Evidentemente en los primeros el principio de legalidad tendrá para la Fiscalía un contenido añadido: además de la promoción de la acción de la justicia y del deber de acusar, comprenderá la obligación de dirigir las diligencias de la instrucción.

Debemos dejar en claro, que el principio de oportunidad no es una oposición frontal al de legalidad, siempre y cuando sea una oportunidad reglada, ya que, a diferencia de la oportunidad discrecional, el uso de la oportunidad está autorizado por la legislación y se aplica sólo en supuestos taxativamente fijados por la norma y cumpliendo las condiciones que establece la ley para ello.

Recordemos que ningún principio es absoluto, al contrario, existen excepciones a todo principio de manera justificada; de tal forma, el principio de oportunidad surge como una manera de hacer flexible el principio de legalidad, donde el Ministerio Público deja a un lado la acción pública para disponer de medidas diversas al juicio penal tradicional: criterios de oportunidad *stricto sensu*, acuerdos reparatorios, suspensión condicional, justicia restaurativa y, procedimientos abreviados o rápidos.¹¹⁴

Mientras la facultad de aplicar el principio de oportunidad se encuentre debidamente legislada y reglamentada, no se traduce en una privatización de la justicia penal ni mucho menos un proceso de

¹¹⁴ Cfr. Neuman, Elías, *Mediación penal...*, *op. cit.*, p. 104.

negociación fruto de las facultades dispositivas de las partes, similar al *plea bargaining*.

2.3.1.3. La adversariedad no es la base de la Justicia Restaurativa

En el mundo occidental podemos identificar dos grandes modelos procesales: el angloamericano y el continental europeo (latinoamericano).¹¹⁵ El sistema anglosajón es también conocido como adversarial por que se basa en la estructura de la decisión de un conflicto de partes, que tiene las siguientes características:

1. Juez imparcial y no participante, que supervisa el desarrollo del proceso pero que no participa en la decisión de culpabilidad.
2. La fiscalía como acusador y la defensa, llevan el procediendo como partes enfrentadas, pero con igualdad de derechos.
3. Juzgamiento de culpabilidad por parte de un Jurado.
4. La prueba depende de las partes.
5. Aplicación de la figura del *plea bargaining*, que básicamente es una negociación en donde hay una confesión de culpabilidad

Donde de modo concreto el principio de oportunidad adquiere primacía es cuando el fiscal (e incluso el juez, según el sistema procesal) decide trasladar o devolver el conflicto a sus protagonistas, al decretar la mediación penal, confirmando sentido trascendente a la justicia restaurativa y a la convivencia pacífica a satisfacción de todos: víctima, victimario y la propia sociedad. Entonces, el principio de oportunidad amplifica su estructura y propósitos sobre la base de las necesidades de la persona humana, para no dilatar hasta tiempo inconcebibles, generando gastos igualmente inconcebibles, a la justicia.

¹¹⁵ Schünemann, Bernd, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en: *Jornadas sobre la <<Reforma del Derecho Penal en Alemania>>*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991, pp. 49 y 50.

(*guilty plea*) a cambio de una reducción de pena, evitando así ir a juicio.

En oposición, el sistema continental europeo (aplicado, con variantes, en Latinoamérica) surgido del sistema inquisitivo, pero que en la actualidad se basa en la división de tareas entre tribunal y fiscalía como autoridad acusatoria, que tienen las siguientes características:

1. Distinción entre órgano que acusó y quien juzga.
2. Reconocimiento a la defensa de derechos propios.
3. La audiencia o vista se desarrolla formalmente como un procedimiento de partes, pero el Juez practica personalmente la prueba en la vista pública y tiene la responsabilidad de su corrección.
4. El Juez tiene la tarea de buscar la verdad material.
5. La práctica de la prueba y la determinación de la sentencia no pueden ser remplazadas por el reconocimiento formal de la culpabilidad del acusado.

Ha quedado claro que la Justicia Restaurativa es un complemento al sistema judicial, que de ninguna manera es solamente una transacción económica, ni tiene el objetivo de aminorar las cargas de trabajo de los tribunales; pero es muy común, encontrar en la doctrina y escuchar en los foros, oposiciones al uso de la Justicia Restaurativa (más específico de la mediación penal) en base a las diferencias entre el sistema adversarial y el continental europeo, ya que es en aquel donde las partes pueden negociar.

Se argumenta que en el sistema adversarial puede existir la negociación entre el fiscal y la defensa, el primero ofrece una reducción considerable de la pena, o alguna otra preventiva, a cambio del reconocimiento de culpabilidad, lo cual es completamente falso; ya que la víctima no está incluida ni participa en las negociaciones para la aplicación de un *plea bargaining*. Recordemos que los programas de Justicia Restaurativa requieren de la participación absoluta de la víctima.¹¹⁶

¹¹⁶ Van Camp, Tinneke, *Victims of Violence and Restorative practices. Finding a voice*, London, Routledge, 1988, pp. 42 y 43.

Put differently, a structural inclination towards negotiation is not enough; it is essential. that victim and offender play an active role in negotiations for restorative justice to find a portal within the system, either as a diversionary or complementary approach.

Meanwhile, Landsman (2004) fears that restorative practices endanger the common law tradition. He argues that the privatization of conflict resolution, which is favoured in the restorative approach, implies that trials and consequently also precedents and casuistry will eventually vanish. Restorative practices will then cut away at the fundamentals of common law. However, Landsman seems to assume that restorative practices serve to replace the adversarial regime, which is not necessarily the case and his might, therefore, be an illegitimate fear. Doak's (2005) reflections on the incompatibility between the adversarial regime and restorative justice are more accurate. He warns that any type of victim-oriented change, including restorative reforms, could destabilize the adversarial regime since consideration for victim interests is not at its core. On the contrary, the adversarial regime is strongly 'geared towards the protection of the public's interest in denouncing and punishing unacceptable behaviour, and not the private interest of individual parties' (Doak, 2005: 299). This could explain why victim policies in Canada are concentrated on service rights, such as a right to victim support and compensation, rather than on procedural rights.

The lack of a formal position for victims within the criminal justice system might also hinder the advancement of restorative justice.

TERCERA PARTE

3.1.- GÉNERO Y VIOLENCIA DE GÉNERO

Para poder plantear una Reparación del Daño, cuando hablamos de violencia de género, es pertinente tener claro algunos conceptos, que si bien exponen la confusión entre género y mujer, nos ayudan también a determinar el rumbo a seguir para lograr una adecuada aplicación de la Justicia Restaurativa.

De esta forma, al hablar de género en una legislación, normalmente conlleva a relacionarlo o a pensar de forma inmediata en una mujer, o la idea de encontrar un sinónimo de ella o bien, pensar en todo lo referido o dirigido exclusivamente a ella, ya sea en los temas de discriminación y de violencia que se ha ejercido en su contra y todas aquellas modalidades y formas en las que se ha manifestado a lo largo de la historia. Para ello, es conveniente empezar a entender los siguientes temas.

3.1.1 Género y mujer

La palabra género tiene sus primeros términos en 1949 con Simone de Beauvoir,¹¹⁷ y en 1955 con John Money, en donde proponen el término

¹¹⁷ En “El segundo sexo de Simone de Beauvoir, en 1949, constatan por primera vez que en ningún país del mundo las mujeres son tratadas igual que los hombres. “*Las mujeres no nacen,*

“papel de género” para describir el conjunto de conductas atribuidas a los hombres y a las mujeres, pero el término era utilizado básicamente para la psicología médica, es hasta 1968 que Robert Stroler, estableció la diferencia conceptual entre sexo y género al desarrollar una investigación empírica, demostrando que lo que determina la identidad y el comportamiento masculino o femenino no es el sexo biológico, sino las expectativas sociales, ritos, costumbres y experiencias que se basan sobre el hecho de haber nacido mujeres u hombres.¹¹⁸

Pero explicar, el género, es preciso exponer su definición como el conjunto de características sociales atribuidas, asignadas o adquiridas por a una persona según su sexo o su identidad. Es decir, que las personas al nacer se condicionan de acuerdo a lo que la sociedad determina que corresponde o es “propio” a cada sexo, con los “modelos” o “patrones” de feminidad o masculinidad que consideran correctos y por ende obligatorio ajustarse a ellos, instruyendo o guiando para que se parezcan cada vez más a ese “modelo”, de acuerdo a los intereses y necesidades que determinan la sociedad a la que pertenecen.¹¹⁹

Al hablar sobre la asignación de roles o patrones de conducta dirigidos a hombre o mujeres, encontramos la diferenciación existente

llegan a serlo”, destaca que lo que hay entre lo fijado en la anatomía humana es el sexo y lo construido en las relaciones humanas opresivas es lo que años después se llamaría género”: Cazés, Daniel. El feminismo y los hombres, edición electrónica, <http://www.edualter.org/material/masculinitat/feminismo.htm>.

¹¹⁸ Instituto Nacional De Las Mujeres (INMUJERES). Glosario de Género. Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES), México, 2007, p.73.

¹¹⁹ Mujeres que tejen la vida, Primeros pasos en la teoría de género. Documento 1, San José Costa rica, del 2 al 17 de marzo de 2009, disponible en www.stjteresianas.pcn.net/EnlacesBlogs/.../TeoriadeGenero.doc, p.1.

entre “género” y “sexo, ya que si bien están vinculados íntimamente en su concepción, es necesario puntualizar su diferencias.

Se entiende por “sexo”, la diferencia biológica (fisiológica y anatómica) que existe entre un hombre y una mujer, ésta diferencia se encuentra de manera general en todo el cuerpo y de manera específica en los genitales; es una diferencia visible, fácilmente determinable, propia de la naturaleza distingue entre machos y hembras; que en consecuencia, constituye al cuerpo sexuado como la manera perfecta para relacionarnos con otros seres.¹²⁰

Una vez aclarado que el sexo sólo corresponde a un hecho biológico, producto de la diferenciación sexual de la especie humana, las diferencias anatómicas y fisiológicas entre hombres y mujeres que derivan de este proceso, pueden y deben distinguirse de las atribuciones que la sociedad establece para cada uno de los sexos individualmente constituidos, que acentúan la esencia que compone el cuerpo y que determina el sentido de pertenencia. Todos los seres humanos son seres sexuados y con un sexo definido naturalmente, se nace mujeres u hombres, no se hace nada para merecerlo.¹²¹

Lo anterior marca una diferencia notoria e innegable del concepto y significado de sexo al concepto y significado de género, que aunque no se encuentran separadas para su comprensión, cada una tiene su propia explicación, donde es importante señalar el origen y la

¹²⁰ *Ibidem*, p.1.

¹²¹ Gamba, Susana. *Perspectiva de género ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género?* edición electrónica, <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1395>.

importancia de los estudios que los fueron construyendo y las bases de contribuciones tanto teóricas como prácticas, en los estudios y movimientos feministas.¹²²

De lo anterior se destaca que, cuando hablamos de género, no está supeditado a que lo adopten las mujeres, ni está dirigido exclusivamente a ellas, es más bien, una concepción del mundo y de comprender la problemática y trascendencia que producen las relaciones sociales.¹²³ Esto no solo ayuda a comprender las relaciones entre ambos, también permite cuestionar los estereotipos con los que somos educados y abre la posibilidad a elaborar nuevos conceptos, contenidos de socialización y relaciones entre los seres humanos.¹²⁴

Las Teorías de Género, comprenden que la valoración de lo masculino sobre lo femenino proviene de su posición social, de las representaciones y significados culturales atribuidos a la masculinidad y a la feminidad, para eliminar con los principios sexistas en el funcionamiento de las instituciones públicas y privadas,¹²⁵ en las calles, en los núcleos familiares y educativos.

Diversos estudios legales feministas han llegado a describir y a entender al Derecho como dotado de género, es decir, que dentro de él se refleja la separación del género construido social y

¹²² Cfr. Champo S. Nimrod, Serrano S. Lidia, "Género, violencia y feminicidio", en *Homenaje a la Jurista Irma Cué Sarquis*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p 51 y 52.

¹²³ Gamba, Susana, *Perspectiva de género...*, op.cit.

¹²⁴ Instituto Nacional De Las Mujeres, op. cit., p.104.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 73.

culturalmente.¹²⁶ Para así enriquecer el proyecto emancipatorio de las mujeres, evidenciando su responsabilidad y la de los hombres en la eliminación de estereotipos y construir relaciones más justas y equitativas.¹²⁷

Encontrando así, en las últimas décadas mayor legislación especializada, como la Ley de Acceso a Una Vida Libre de Violencia para las Mujeres en el Estado de Chiapas,¹²⁸ diversos Programas gubernamentales para erradicar la violencia contra la mujer y el acoso, fomentar la equidad y actualmente, adentrándose a los temas de la mediación, los tipos penales, entre otros instrumentos jurídicos afines.

Sabemos que no existe un sistema legal, donde el sexismo, machismo o patriarcado se codifiquen como conceptos legales, por lo que al describir éstos problemas lo transformaron en “desigualdad entre mujeres y hombres”; o en “inequidad” o de discriminación sexual”, en la objetividad del derecho en general, las reformas legales establecían que mujeres y hombres merecían igual tratamiento sobre la base de sus sexos al ser comparados uno con el otro, aclarando que no iba a ser la total abolición de la opresión de las mujeres, sino que, la igualdad se transformó en el principio fundamental del ordenamiento jurídico prohibiendo no la opresión sino el tratamiento desigual.¹²⁹

¹²⁶ Holtmaat, Rikki, “De igual tratamiento a igual Derecho” en HEIM, Daniela y Balderón Gonzalez, Encarna (coord.), *Derecho, Género e Igualdad, Cambios en las Estructuras Jurídicas Androcéntricas*. Trad. Góngora Padilla, Enrique y Sánchez Magali, Grupo Antígona y “Dones i Drets”, Volumen 1, Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2009, p. 191.

¹²⁷ Instituto Nacional De Las Mujeres, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁸ Ley de Acceso a una Vida Libre de Violencia Para las Mujeres en el Estado de Chiapas.

¹²⁹ Holtmaat Rikki, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

Es indiscutible que el Derecho forma parte de la construcción de la equidad de género, pero quizás, no sea capaz de eliminarla totalmente, al menos no cuando asumimos que las normas u ordenamientos legales son el único punto de partida para su solución; la construcción va más allá, debiéndose realizar un análisis mucho más profundidad de las realidades que nos rodean, en el trabajo, en la salud y sobre todo el más importante que es en la educación.¹³⁰

Se ha trabajado mucho para la construcción de mayores argumentos que garanticen ciertos derechos y una vida sin violencia tanto en lo privado como en lo público, desde la arista internacional en los principios para erradicar la violencia contra la mujer, como es en la Convención de Belén do Para, en Brasil en 1994,¹³¹ así como en otros instrumentos nacionales que concretan la importancia y gravedad sobre el tema, por lo que ahondaremos en tema de la violencia dirigida en contra de las mujeres.

3.1.2. Violencia contra la mujer

La violencia contra la mujer, constituye un grave problema social, desde las épocas más remotas de la cultura humana se ha manifestado la subordinación de las mujeres respecto a los hombres. Este fenómeno no se ha limitado sólo a concebir la inferioridad femenina, sino que

¹³⁰ *Ibidem*, p.192.

¹³¹ Falú, Ana, "Restricciones ciudadanas: las violencias de género en el espacio público" en Lagarde Marcela y Valcárcel Amelia (coords.) *Feminismo, Género e Igualdad. Pensamiento Iberoamericano*, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), España. 2011, p. 138.

ha aumentado al punto de llegar a manifestarse en comportamientos agresivos, que acreditados por el patriarcado y ratificados por sociedades subsiguientes, conforman la ya histórica y universal violencia contra la mujer, comúnmente conocida como la violencia de género.¹³²

Si bien, sabemos, las mujeres han pertenecido a un sector vulnerable dentro de nuestra sociedad, gran parte de ello es consecuencia de ciertas condiciones relacionadas a su género, lo que las sitúa en el escenario de abusos, explotación y discriminación dentro de diferentes entornos en los que se desarrolla.¹³³ Tanto la discriminación de género y la violencia contra las mujeres obstaculizan el principio universal de igualdad de derechos de hombres y mujeres, ya que impiden el acceso de las mujeres a las mismas oportunidades y limitan el disfrute de derechos, como el de vivir una vida sin discriminación y sin violencia.¹³⁴

Tomando en cuenta lo anterior, puede decirse que la respuesta que México ha brindado, donde si bien, la mayoría de las legislaciones estatales ya han ampliado la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos de las mujeres, y en la mayor parte de las Entidades lo han adquirido, como mencionábamos anteriormente en el Estado de Chiapas en el 2009, con la creación diversas disposiciones para erradi-

¹³² Páez Cuba, Lisett D., "Génesis y evolución histórica de la violencia de género", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Universidad de Pinar del Río, Cuba, febrero 2011, <http://www.eumed.net/rev/cccss/11/ldpc.htm>.

¹³³ Champo S. Nimrod, Serrano S. Lidia, "Género, violencia..." *op. cit.*, p. 53

¹³⁴ Olamendi Torres, Patricia, *Delitos Contra las Mujeres análisis de la Clasificación Mexicana de Delitos*, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), México, 2007, p. 11.

car la violencia y en toda la República con de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia desde el 2007, también hay que señalar que la cultura jurídica aún continúa protegiendo la privacidad y la dominación masculina dentro de la familia a expensas de la seguridad de las mujeres y las niñas y esto lo vemos al dar seguimiento a la violencia, una vez sufrido el daño ¿qué pasa con el tratamiento jurídico y no jurídico de la mujer después de sufrir un daño?

Actualmente se reconoce que una de las formas más frecuente de violencia que sufren las mujeres es aquella que proviene de su esposo o de la persona con la que se encuentran unidas afectivamente, dentro de las diversas manifestaciones de esta violencia pueden encontrarse ataques sexuales, insultos, desprecios o devaluaciones, maltrato físico, desde golpes y lesiones en sus diversas modalidades hasta la privación ilegal de la libertad o, incluso, el homicidio.¹³⁵

3.2. VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LA MUJER

La violencia, deriva del latín *vis* (fuerza) y *latus* (participio pasado del verbo *ferus*: llevar o transportar). Que significa, llevar la fuerza a algo o alguien.¹³⁶ En sentido estricto, es la medible e incontestable violencia física, como el ataque directo y corporal contra las personas. Ella reviste un triple carácter: brutal, exterior y doloroso, lo que la define es el uso material de la fuerza, la rudeza voluntariamente cometida

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

¹³⁶ Cuevas Rodríguez, Gilda, *Diplomado en Derechos Humanos, Modulo VII "Violencia y Derechos Humanos"*, Dirección General Adjunta de Educación y Formación en Derechos Humanos, 2012, edición electrónica, p.6.

en detrimento de alguien y su característica principal es la gravedad del riesgo que hace correr a la víctima, ya sea en la salud, la integridad corporal, la libertad individual o en la vida.¹³⁷ La Organización Mundial de la Salud (OMS) define violencia como el uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona, un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.¹³⁸

La violencia de género, se entiende entonces, que se perpetra en contra de alguien porque se considera que se ha separado de su papel, es decir, que no cumple la función que tradicionalmente le corresponde, en este caso, la femenina, lo que ha llevado a constreñir el significado de la expresión violencia de género hasta hacerla sinónima de violencia de género femenino, entendiendo que la violencia de género es cualquier acción u omisión intencional que daña o puede dañar a una mujer porque se considera que no cumple de modo apropiado la función o rol que tradicionalmente le corresponde.¹³⁹ Este tipo específico de violencia que se ejerce en contra de las personas por el simple hecho de ser mujer u hombre, en un claro ejemplo, se ve reflejado cuando a alguien se le niega o se le prohíbe el acceso a la

¹³⁷ Chenais, Jean-Claude, *Histoire de la violence*, Robert Laffond, Francia, París, 1981, p. 12.

¹³⁸ Etienne, Krug G., et. al. (editores). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, E.U.A., Washington, D.C. 2003, p. 5.

¹³⁹ Sanmartín Espulgues, José “¿Qué es la violencia? Una aproximación al concepto y a la clasificación de la violencia” en *Daimon Revista de Filosofía*, nº 42, Madrid España, 2007, p. 11.

educación sólo por tratarse de una mujer (y una mujer debe quedarse en el hogar), o cuando nos parece normal o hasta se ínsita a que un hombre agrede físicamente a cualquier persona para resolver un conflicto (para demostrar su hombría), lo anterior explica las consecuencias culturales de cómo lo femenino y lo masculino se entienden de manera desigual y jerárquica, y por lo tanto generan un modo de pensar violento contra hombres y mujeres.¹⁴⁰

La violencia contra la mujer tiene cada vez mayor presencia, mayor frecuencia y mayor intensidad, los tipos de violencia y sus modalidades suelen pasar desapercibidas en muchas ocasiones, por ocurrir en su mayoría, en el ámbito privado, es decir, dentro de sus hogares y nucleón sociales más cercanos, por lo cual es necesario intervenir de manera directa y con detallada atención, para prevenirla, atenderla y repararla.

Dentro de este contexto hay que esclarecer que la violencia de género se manifiesta tanto de carácter directo como estructural, por ejemplo: los golpes e insultos (violencia directa) —los cuales varían según sean hombres o mujeres quienes los reciban o los causen— y cuando son infligidos por personas que se sienten superiores y ejercen violencia sobre aquellas otras que consideran inferiores (violencia estructural y cultural).

En estos casos, por lo general son los hombres quienes dominan a las mujeres, los padres y madres de familia quienes dominan a sus

¹⁴⁰ Secretaría de Educación Pública (SEP), *Unidad temática 5. Desactivemos la violencia*, Secretaría de Educación Pública (SEP), México, www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/.../contenido_5.pdf, p.120.

hijas e hijos. Pero al reconocer en el género el factor que determina diferentes formas de violencia que se ejercen en contra de mujeres o de hombres, se podrá visualizar mejor una construcción genérica de la violencia; esto corresponde a afirmar que la violencia es diferente cuando se dirige contra las mujeres que cuando se dirige contra los hombres, aunado a la construcción se ha identificado una serie de tipos y modalidades de violencia que antes apenas se cuestionaban, sobre todo en los casos específicos en los que el acto violento se dirigía contra las mujeres, su invisibilidad y opacidad se da en mayor medida en sociedades sustentadas en el patriarcado.¹⁴¹

3.2.1. Reconocimiento, cultural y social en la búsqueda de paz

Pero para poder combatir la violencia hay que identificar las formas en que se define y entiende en una sociedad o en un contexto social y cultural determinado, es decir, que al reconocer la violencia como tal, comenzamos a desarticular los argumentos con los que se fomenta o justifica, tanto en la vida cotidiana, así como en los diferentes contextos de la sociedad y con ello nos encaminamos más hacia la construcción de un mundo sin violencia y puedan ampliarse o desarrollarse mejores conceptos que den cuenta de la variedad de tipos y modalidades de la violencia, para que se elaboren, leyes específicas que las sancionen y se forje tanto un lenguaje común, como una cultura que desnaturalice

¹⁴¹ Secretaría de Educación Pública (SEP), *op. cit.*, p. 123.

y desaprobe cualquier tipo de violencia.¹⁴² Pero también remediarla, repararla, con el objetivo de educar a la sociedad y prevenir su comisión, el fin total, es crear una ruta que construya el camino para una sociedad de paz.

3.3. JUSTICIA RESTAURATIVA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

El verdadero punto de partida, en esta violencia, se determina en el daño, que al reconocerse como todos aquellos actos, actitudes o modos de pensar que ocasionen daño o sufrimiento y que estén justificados por estereotipos de género o porque alguien se aparta de ellos, por una posición de superioridad y dominio, esto ocurre con mayor frecuencia de los hombres hacia las mujeres,¹⁴³ dichos factores, hacen que la violencia contra las mujeres permanezcan, en tanto se asuman como “normales” ciertas prácticas represivas propias de contextos culturales donde ellas son consideradas inferiores o débiles y justifiquen su maltrato.¹⁴⁴

Así las cosas, observarse el procedimiento jurídico en particular, que se investigue, aplique el derecho y no se limite a la reparación pecuniaria de la víctima; hasta la fecha, continúan grandes debates sobre la posibilidad de realizar un encuentro entre la víctima y el victimario, dadas las condiciones emocionales o sentimentales en la relación, la propia pertenencia social, así como requerir a un mediador especializado en estos caso.

¹⁴² *Ibidem*, p. 116.

¹⁴³ Barrón Cruz, Martín Gabriel, *op.cit.*, p. 135.

¹⁴⁴ Secretaría de Educación Pública (SEP), *op. cit.*, p. 121.

Alonso Salgado, explica que pareciera que la necesaria diferenciación entre las situaciones aptas y no aptas, sólo puede ser establecida por los profesionales de los encuentros, es decir, identificar su viabilidad es una tarea que únicamente puede efectuar el equipo de mediación penal, a la luz de las circunstancias y condiciones específicas, el análisis de la situación emocional de víctima y victimario, el lugar, el momento, etc. Considera que desafortunada cuando existe una prohibición de realizar dichos encuentros, en supuestos de violencia de género, la desigualdad no es consustancial a todos los supuestos vinculados pero de existir, únicamente puede justificarse la exclusión de la opción mediadora, cuando represente una desventaja invalidante que procura la resolución de la controversia desde una perspectiva restaurativa, pero a través de un modelo de comunicación unilateral.

¹⁴⁵ El autor, ha realizado diversas investigaciones sobre los métodos y modelos aplicables en dichas situaciones, y se muestra en todo momento a favor de dicho debate en la aplicación de una mediación penal que aplique una justicia restaurativa con perspectiva de género.

Debe reconocerse la situación, sobre todo en la mujer encausada en procedimientos penales que acepta mecanismos de mediación penal, especialmente en la fase de instrucción o investigación de la causa, desde el marco regulador de la justicia restaurativa, y los subsiguientes efectos positivos en la normalización social de estas mujeres, en Méxi-

¹⁴⁵ Alonso Salgado, Cristina, "Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación", en *Proyecto que, sobre las modificaciones del proceso penal, financia la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez*, España, 2011, disponible en https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/16841/2017_Alonso_Salgado_Propostas.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

co, así como en España, a la fecha no existen suficientes investigaciones relativas a la eficacia socializadora, que estos procedimientos y mecanismos de mediación penal contienen para las personas involucradas en la comisión de ilícitos sancionados por el Código Penal.¹⁴⁶

Jesús Martínez, en su estudio sobre Restorative Mediation and Criminal Justice from Women Imprisoned. Effects on Social Standards,¹⁴⁷ expone que la percepción social del sistema jurídico-penal español se sigue basando en gran parte en presupuestos y estereotipos tradicionales sobre una justicia de carácter más retributivo. Pero no dista de la situación particular al jurídico-penal mexicano.

En primer término, en México, la violencia contra las mujeres, al ser considerada como cualquier acción u omisión, basada en su género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte, ya sea en el ámbito público como en el privado, refiere que en el caso de la víctima, ésta tiene que ser siempre una mujer de cualquier edad a quien se le inflige cualquier tipo de violencia y donde el agresor puede ser cualquier persona que inflija cualquier tipo de violencia en su contra.¹⁴⁸ Refiriendo así, no sólo su reconocimiento, sino su tratamiento como víctima, su condición y protección.

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) realiza su propia clasificación de los tipos de

¹⁴⁶ *Idem*

¹⁴⁷ *Idem*

¹⁴⁸ Ley General De Acceso De Las Mujeres A Una Vida Libre De Violencia, DOF, artículo 5, fracción. IV.

violencia, en: psicológica, física, económica, sexual y patrimonial, pero aunado a esto, agrega que puede ser cualquier otra forma análoga que lesionen o sean susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad, en este caso, exclusivo de la mujer.¹⁴⁹ De la misma forma, el mismo ordenamiento establece las modalidades que puede tener la violencia en: la violencia en el ámbito familiar, la violencia en el ámbito laboral y docente, el hostigamiento sexual, el acoso sexual, la violencia en la comunidad, la violencia institucional y la violencia feminicida.¹⁵⁰

3.4 LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y EL FEMINICIDIO

Sobre ésta última modalidad, debido a su importancia y gravedad, explica en qué consiste la violencia feminicida, la propia LGAMVLV la define como “la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas,¹⁵¹ que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres”,¹⁵² como la propia definición lo dice, cuando la manifestación de la violencia extrema culminan en el homicidio de una mujer,

¹⁴⁹ *Ibidem*, artículo 6.

¹⁵⁰ *Ibidem*, *passim*.

¹⁵¹ “La misoginia puede considerarse constitutiva de todo crimen cometido “por razones de género” contra una mujer (considerando que el sistema sexo/género posee una base misógina)”: Toledo Vásquez, Patsilí, *Feminicidio*, Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), México D.F. 2009, p. 27.

¹⁵² Ley General De Acceso De Las Mujeres A Una Vida Libre De Violencia, artículo 21.

estamos hablando específicamente del delito de feminicidio, el cual, se encuentra tipificado en el Código Penal Federal y en diferentes Códigos Penales Estatales.

El feminicidio o también llamado femicidio encuentran su antecedente directo en la voz inglesa *femicide*,^{153y154} según Russell, fue utilizado por primera vez en 1801 para denominar el “asesinato de una mujer”; de esta forma, en el caso de México y, en específico en Ciudad Juárez, activistas y académicas inspiradas en Russell y Radford, empezaron a llamar los homicidios de mujeres con el término feminicidio, entendiendo como tal, la muerte intencional y violenta de las mujeres por el solo hecho de ser mujeres; en 1992, Russel y Radford, plantean que el feminicidio está en el extremo final del “continuum” del terror contra las mujeres, el cual, incluye una gran variedad de abusos verbales y físicos.¹⁵⁵

Partiendo de este punto, en México, el concepto adoptado de feminicidio, por el movimiento de derechos humanos de las mujeres, también hace referencia a la muerte intencional y violenta de mujeres por el sólo hecho de ser mujeres, el cual para diversos autores, permite incorporar el contexto de permisibilidad social y cuestionar

¹⁵³ “La diferencia entre femicidio y feminicidio ha sido objeto de profunda discusión a nivel latinoamericano, y la mayor parte de las investigaciones... y aún en la actualidad se sostiene que no existe consenso a nivel teórico en cuanto al contenido de cada uno de estos conceptos”: Toledo Vásquez, Patsilí, *Femicidio, op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 23.

¹⁵⁵ Martínez De La Escalera, Ana María (coord.), *Femicidio: Actas de denuncia y controversia*, Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario de Estudios de Género (PUEG), Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), México 2010, p. 18.

la impunidad,¹⁵⁶ del Estado ante tantas muertes de mujeres en los últimos años, consecuencia de esto, se ha reflejado en la gran cantidad de recomendaciones que organismos nacionales e internacionales de derechos humanos han formulado al Estado Mexicano.¹⁵⁷

Cuestión que mencionábamos anteriormente, en el caso de México y sobre todo en el Estado de México y en Chihuahua, en éste último, mejor conocido como las muertas de Ciudad Juárez se vive una grave situación, a lo que la Organización de las Naciones Unidas(ONU) confirma que ya son alrededor 34 mil feminicidios en estos últimos 25 años, por lo que un instrumento importante y necesario mencionar ya que fue un factor trascendental para la tipificación del feminicidio, fue la sentencia emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a nuestro país, por el caso de Campo Algodonero en 2009.

En Chiapas, los últimos dos años 2017 y 2018, existieron aproximadamente 43 feminicidios, de los cuales la mayoría se encuentran en indagatoria, según el Análisis de Estadísticas de Violencia contra las Mujeres, del Programa Alerta de género Chiapas,¹⁵⁸ en donde estadísticamente, la mayoría de los feminicidios son realizados por sus concubinos y han puesto al Estado en alerta.

¹⁵⁶ “En cuanto a la impunidad –dependiendo del concepto que se le dé– puede ser también considerada consustancial –desde alguna perspectiva– a todo sistema jurídico que justifica la violencia contra las mujeres, ya sea responsabilizando a las víctimas o atenuando la responsabilidad de los victimarios, impunidad que –en cualquier caso– siempre importa un incumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos”: Toledo Vásquez, Patsilí, *Feminicidio, op. cit.*, p 27.

¹⁵⁷ Martínez De La Escalera, Ana María, *op. cit.*, p.19.

¹⁵⁸ Alerta de género Chiapas, “Análisis de estadísticas de violencia contra las mujeres”, en *Informe estatal* septiembre 2018, disponible en <http://www.alertadegenerochiapas.org.mx/estadisticas.aspx>.

Entre los Instrumentos internacionales sobre el tema en cuestión destinados a la protección derechos humanos inherentes a las mujeres, encontramos grandes aportaciones en las conferencias Mundiales sobre la Mujer y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Belém do Pará” entre otras.

En México el análisis de la violencia contra las mujeres, en particular del feminicidio, han constituido un foco de interés académico, periodístico, político y jurídico en las últimas décadas, de donde se ha constatado que se trata de un fenómeno extendido y que su forma más extrema provoca la muerte de miles de mujeres y niñas en todo el país;¹⁵⁹ por lo que tanto feministas como activistas, académicas y organizaciones no gubernamentales hacen un llamado a las Entidades federativas y sus órganos legislativos, para la creación de leyes que protejan a la mujer de la violencia y sancionen a quienes la cometan y creen necesaria o incluso obligatoria la tipificación de este delito, ya que lo consideran una fuerte plataforma para la eliminación de la violencia contra la mujer en nuestro país.

3.5. JUSTICIA RESTAURATIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

En este sentido, la Justicia restaurativa y el género, tienen presencia para nosotros y mucha sustancia en el Derecho, así como fuera de él, ya que en párrafos anteriores, explicábamos en el tema de la repara-

¹⁵⁹ Estrada Mendoza, María de la Luz y otros. (coords.), *Una mirada al feminicidio en México 2009-2010*. Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio, México, 2010, p.4.

ción del daño, y la Justicia Restaurativa, en cómo influye en dicho modelo, la participación de las partes y de la misma comunidad y su profunda vinculación con la detección, reconocimiento y prevención de la violencia.

Desde esa artista, de transformación social, que pasa por un proceso político de empoderamiento, que permite hacer visible las estructuras y prácticas culturales, da una apertura de posibilidades para lograrlo en cierta medida, a través de un modelo de resolución de conflictos más allá de las abstracciones jurídicas del Estado, la Justicia Restaurativa, que busca un modelo integrador de respuesta al fenómeno social del delito, que ofrezca una imagen de justicia más humana y real al problema entre los géneros, y más próxima al ciudadano, con un perfil comunitario, pacificador, comunicativo, participativo e integrador. Se entiende entonces, a la Justicia Restaurativa como una vía para la paz, en tanto que es un modelo para abordar el conflicto y la infracción que permite evidenciar los discursos y prácticas que sustentan la violencia, y en específico la violencia de género y la violencia contra la mujer para reparar el tejido social¹⁶⁰ y hacer frente a algunas manifestaciones de la marginación y la exclusión, en los temas de género.

3.5.1 Mediación, Mediación Penal y Justicia Restaurativa

Virginia Domingo, coordinadora del Servicio de mediación penal de Castilla y León-amepax y presidenta de la Sociedad Científica de Justi-

¹⁶⁰ Britto Ruiz, Diana, Justicia restaurativa: una mirada desde la perspectiva de género, en Seminario Permanente, Colombia, junio-2015, disponible en, <http://bibliotecadigital.univalle>.

cia Restaurativa, afirma que la negativa de aceptar herramientas de la Justicia Restaurativa en delitos contra la violencia de género, es fruto de la confusión de conceptos y de la poca visión realista de cómo la Justicia tradicional, trata muchos de estos casos.

La realidad es que el maltratador durante el proceso penal tradicional, se pone en actitud defensiva y pasiva, que no favorece a la víctima. En Tribunales los violentadores, no tienen que explicar su comportamiento agresivo, él negará o tratará de probar su inocencia –afirma también– que ante la acusación de la fiscalía, suele justificar la agresión, por lo que los costes del juicio y de las penas, afectan a toda la familia, siendo mayor la presión para la mujer, produciéndose lo que se conoce como la victimización secundaria.¹⁶¹

Explica que, en la confusión de los conceptos entre mediación, mediación penal y Justicia Restaurativa, suele darse cuando hablamos de mediación y violencia de género, siendo lo apropiado hacer referencia a la mediación penal, la mediación de forma genérica no es viable para los delitos de violencia de género y es general para ninguna clase de delitos, al menos para los más graves. Porque en la mediación (civil, familiar...) las partes son contendientes y se trabaja sobre la hipótesis de que ambos contribuyen en mayor o menor medida al conflicto y ambos se comprometen para alcanzar una solución. En la a mediación en delitos de violencia de género, supondría tanto como decir que la

[edu.co/bitstream/10893/2623/1/pag%2091-105%20justicia%20restaurativa.pdf](http://www.edu.co/bitstream/10893/2623/1/pag%2091-105%20justicia%20restaurativa.pdf), p. 100.

¹⁶¹ Domingo de la Fuente, Virginia, “Justicia Restaurativa en violencia de género, una posibilidad a tener en cuenta”, en *Lawyerpress-News*, Madrid, 01 de diciembre de 2014, disponible en http://www.lawyerpress.com/news/2014_12/0112_14_014.html.

maltratada tiene parte de culpa en el delito sufrido y que debe ceder para llegar a un acuerdo, pero esto no puede ser viable porque hablamos de un delito serio, un delito grave, no de un simple conflicto, aquí no hay dos partes en igualdad de condiciones, sino víctima e infractor. “No se mediará sobre la culpabilidad o inocencia y no hay expectativas para que la víctima pida o se conforme con menos para hacer frente a sus pérdidas.”¹⁶²

En los temas de “razón de género” el problema de la justicia debe ser planteado más allá de los códigos, las normas y el castigo, para que puedan emerger en la solución de este tipo de delitos, los problemas de fondo arraigados en la cultura, y uno de ellos es el problema del género. En un enfoque del derecho con arraigo social no riñe con el enfoque del derecho positivo,¹⁶³ antes al contrario, se complementan e intersectan.

Continúa explicando, Virginia Domingo, que la mediación penal, como una herramienta de la Justicia Restaurativa, parte del desequilibrio psicológico y/o moral existente entre víctima e infractor y con mayor razón entre el maltratador y la víctima. El mediador o facilitador debe ser neutral con ambos, no lo será con respecto al delito, al existir el reproche social, por eso, al tratarse de un delito serio, no será una alternativa al proceso penal, sino un complemento. La mediación penal es un diálogo impulsado, con énfasis en la curación de la víctima, rendición de cuentas del maltratador y restauración de las víctimas, por eso en un proceso restaurativo se evita el lenguaje

¹⁶² Domingo de la Fuente, Virginia, Justicia Restaurativa en violencia de género, *op. cit.*,

¹⁶³ Britto Ruiz, Diana, Justicia restaurativa..., *op cit.*, p. 99.

típicamente neutral de la mediación. Los procesos restaurativos son privados pero no exentos del reproche público, ni ajenos a los tribunales, especialmente en delitos más graves y es que los procesos restaurativos como la mediación penal fomentan y promueven una actitud activa y constructiva; mientras que la Justicia Retributiva se centra en la culpa, culpabilidad y lo que ocurrió en el pasado, la Justicia Restaurativa se centra en el presente, pasado y futuro, con el maltratador tomando la responsabilidad por sus actos abusivos. Se trata de responsabilizar al agresor para que junto con el apoyo de la comunidad tome medidas para el cambio de comportamiento.

En la mayoría de las sociedades modernas el modelo de justicia que se aplica es el denominado Justicia Retributiva, es decir, la justicia que establece una relación entre el infractor y la sociedad a través de los organismos del Estado que imponen una sanción, en ese sentido el infractor no llega a sentir los verdaderos alcances de su acción y de qué manera ha dañado a la sociedad o a la víctima.¹⁶⁴

La cuestión se destaca en el actuar del violentador, pero dicha perspectiva es poco probable que se cuestione sobre sus acciones y procure evadirlo, minimizar el castigo, a esto se suma el hecho de enfrentar los retos de rehabilitar a la víctima y al victimizador.

Por eso, es dable destacar en la materia, las diferencia que existen entre la Justicia Retributiva y la Justicia Restaurativa cuando hay perspectiva de género, ya que en cada una son diversos los fines, la

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 92.

participación de los actores, el papel de la comunidad y sobre todo el verdadero objetivo, que materia de género, ya hemos destacado anteriormente sus particularidades.

De esta forma, la Justicia Retributiva se basa en una relación adversarial y un proceso normativo, y para la Justicia Restaurativa lo principal es la protección de la víctima y la rendición de cuentas del infractor, la Retributiva ve al delito y al maltratador como el individuo frente al Estado, mientras que la Restaurativa trata al delito combinado de diversos factores, el más importante, es la opresión y sexismo en la sociedad, el machismo, y la incapacidad para hacer frente a las emociones y acciones de una persona contra otra más vulnerable. En la Retributiva deja al margen la comunidad, limitando su representación por el Estado y en la Restaurativa la comunidad interviene de forma directa para con el maltratador, intentando que cambie y ayuda a la víctima, como aliada en el proceso de curación de la maltratada y de transformación del maltratador. En la Restaurativa la rendición de cuentas del maltratador se da en su comprensión del impacto de su acción, sus consecuencias y gravedad, su conformidad para participar en un proceso, como el restaurativo en el que se van a examinar sus pautas y valores y se tomará las medidas necesarias para cambiarlos; aquí la víctima, tendrá voz, no se centra en el comportamiento pasado del maltratador como en la Retributiva sino en las consecuencias dañosas del comportamiento del maltratador.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Domingo de la Fuente, "Virginia, Justicia Restaurativa en violencia de género..", *op. cit.*..

Teniendo claro, que la Justicia Restaurativa, da participación directa a víctima y maltratador, brindándoles la oportunidad de hablar en un lugar seguro, cabe destacar que la participación de otras personas (familiares y allegados, etc.) debe permitirse para concienciarlos y darles conocimiento de la dinámica en las circunstancias de la violencia de género, para que los procesos restaurativos tengan eficacia, centrándose en todo momento, en el daño y en explorar la línea de abusos para conocer el alcance y la naturaleza de esta violencia en la pareja, o en la relación sentimental o familiar, para aumentar la concienciación y seguridad de la víctima.¹⁶⁶

Es importante reconocer, que la mujer que sufre violencia,¹⁶⁷ se encuentra en mayor riesgo de sufrir más violencia hay que maximizar la seguridad en el dialogo, de manera constante con la víctima, reforzar su sentimiento de seguridad. Debe distinguirse entre reconocimiento y responsabilidad, ya que la responsabilidad va más allá del reconocimiento de que las decisiones para violentar a la mujer son erróneas, es el reconocimiento de que su conducta puede conseguir un cambio más positivo, de igual importancia es animar a la persona dañada a hablar sobre la violencia y su impacto o consecuencia, levantar la voz y empoderarla.¹⁶⁸

Es obligatoria, la necesidad de implementar maneras efectivas para hacer justicia en casos de violencia doméstica y violencia contra

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ Véase cómo la violencia de género provoca trastornos mentales en las mujeres, <https://www.adamedtv.com/trastornos-mentales/la-violencia-de-genero-provoca-trastornos-mentales-en-las-mujeres/>.

¹⁶⁸ Domingo de la Fuente, Virginia, "Justicia Restaurativa en violencia de género"..., *op. cit.*

la mujer, ya que existe un constante aumento de casos cada año, tanto en México como en el mundo. Para darnos una idea, en México datos proporcionados por la Encuesta Nacional sobre Violencia contra las mujeres de la Secretaría de Salud (SS), hace referencia que el 33.3% de las mujeres encuestadas señala que ha vivido violencia en el último año de relación, 35% de las mujeres señalaron que han tenido más de una relación violenta y 60% de las mujeres encuestadas comentaron que han tenido violencia toda su vida. Es por eso que a pesar de los esfuerzos en este tema, siguen tratando de encontrar la manera de erradicar esta problemática social dirigido a este grupo vulnerable, que no considera al sistema de justicia el apropiado para darle solución a sus conflictos¹⁶⁹ y al tratamiento específico para su recuperación.

Sabemos que la Justicia Restaurativa, no es el remedio absoluto para todos los casos, pero sí para muchos de ellos y es una forma eficaz para detener el maltrato y frenar el incremento de éste y no llegar a su máxima expresión como en los casos de feminicidio, debemos tener claro, que los procesos restaurativos son una opción más eficaz, que fomentan la asunción de responsabilidad del infractor y favorecen la curación, atención y ayuda de la víctima de una manera más satisfactoria, pero sin excluir el reproche público, ni justificar el delito y sin dejar fuera a los operadores jurídicos. No todos los maltratadores

¹⁶⁹ Sáenz López, Karla Annett Cynthia, "Desarrollo de la justicia restaurativa en el ámbito de la violencia doméstica", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, Montevideo, no. 40, junio. 2016, disponible, en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652016000100010&script=sci_arttext&tlng=pt.

cambiaran, pero si tendremos víctimas más fuertes.¹⁷⁰ Podremos disminuir las cifras de violencia contra la mujer, frenar las conductas que invisibilicen su gravedad y fomente una cultura de paz y de respeto a la mujer e implementes la perspectiva de género.

¹⁷⁰ Domingo de la Fuente, Virginia, “Justicia Restaurativa en violencia de género”..., *op. cit.*,

CONSIDERACIONES FINALES

Desde el punto de vista jurídico, como hemos visto, el daño se puede clasificar en tres tipos: el causado en el patrimonio, en la integridad moral o en la integridad física de las personas:

1. El daño patrimonial se define como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio (conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valuación económica) de una persona ya sea física o moral, ocasionado por un agente externo.
2. El daño moral, es la afectación de valores no apreciables en dinero, extrapatrimonial o de carácter no económico, definido como todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria, o un sufrimiento moral de origen diverso, en el que la víctima sufre principalmente en su reputación, en su autoridad legítima, en su pudor, en su seguridad, en su amor propio estético, en su integridad intelectual, afecciones, y un largo etcétera.
3. El daño físico: lesión o daño corporal sería, en su definición clásica, toda alteración anatómica o funcional causada por agentes

externos, y desde un punto de vista médico-legal toda alteración física, mental o psíquica, causada por agentes mecánicos, físicos, químicos o biológicos, derivados de una causa exógena, tenga o no carácter doloso.

Quedó claro que el concepto de daño surge del Derecho civil y ha tenido un gran desarrollo teórico y dogmático en esta rama del Derecho. El Derecho penal toma este concepto del Derecho civil con ciertas particularidades; en materia de daños, la responsabilidad penal y civil tiene diferencias importantes. La responsabilidad penal tiene como fuente la realización de conductas tipificadas, en cambio la responsabilidad civil, puede surgir de cualquier daño causado, inclusive de la realización de una conducta delictiva. Respecto de la culpabilidad en el ámbito del Derecho penal, es subjetiva o anímica del autor, lo que determina la pena; en cambio, la culpabilidad civil es objetiva.

152

Históricamente se ha considerado que la víctima que ha sufrido un daño en sus bienes jurídicos tiene el derecho a solicitar su reparación; inclusive es obligación del Estado, a través de sus representantes (Ministerio Público) conseguir dicha reparación, con independencia de las acciones que pueda tener la víctima para obtenerla. La pena no es el único efecto del delito, aquel que comete un delito deberá reparar el daño causado; se habla de la responsabilidad civil derivada de un delito.

Dicha reparación se contempla como la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de daños y perjuicios materia-

les y morales, que tienen un claro y específico contenido patrimonial. Cuando la reparación del daño deba ser hecho por el delincuente tendrá el carácter de pena pública; en cambio, cuando la reparación debe exigirse a un tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará como incidente.

Tradicionalmente el daño producido por una conducta delictiva se ha considerado o, mejor dicho, cuantificado de manera económica, derivado de la concepción civilista de reparación del daño; dicha concepción es insuficiente —por no decir injusta—ya que los daños causados por el delito no solamente son materiales o económicos.

La mejor manera de reparar el daño a la víctima de un delito es mediante el uso de la técnicas y métodos de la Justicia Restaurativa por considerar ésta, a diferencia de la justicia tradicional o retributiva, un sistema que busca la reparación proporcional y a la vez consensuada que trata de restablecer la confianza perdida entre dos o más personas, no solamente es el pago de una cantidad económica como pena o indemnización.

La Justicia Restaurativa, es un intento por replantear las necesidades que generan las conductas delictivas, así como los roles implícitos en ellas, esas necesidades que el proceso judicial no atiende. Al ampliar el círculo de los interesados/afectados que tienen algún interés o rol directo en un caso determinado, lo cual incluye no sólo al Estado y al ofensor, sino también a la víctima y a otros miembros de la comunidad. De esta forma, debe quedar claro que, no se trata de eli-

minar (privatizar) la pretensión punitiva del Estado, sino atender las necesidades de las personas y la comunidad, que se tenían en el olvido.

Es aquí donde tiene cabida la Justicia Restaurativa, movimiento ideológico que se inicia como un esfuerzo por replantear las necesidades, sobre todo de la víctima, generadas por la comisión de delitos y los roles implícitos en ellos. Existen necesidades que, como hemos visto, el proceso penal judicial no está atendiendo. La Justicia Restaurativa amplía el círculo de los interesados (personas con algún interés o rol directo en un caso o situación determinado) incluyendo al Estado, al ofensor, a la víctima e inclusive a otros miembros de la sociedad.

Existirá, entonces, la posibilidad de que el imputado (llamado ahora infractor) pueda encontrarse con su ofendido (víctima) pudiendo responsabilizarse de su conducta y sus efectos; se abre así, la opción de asumir compromisos y conductas valiosas para el futuro. También se abre la posibilidad para que la comunidad pueda administrar sus conflictos, para que exista una mejor resocialización o reinserción del imputado y la víctima a su entorno, pero siempre con el apoyo del Estado y sus instituciones para que en ningún momento se ponga en peligro el orden social ni el interés público.

Ahora bien, entendemos que cuando hablamos de género, no significa que hablemos de mujeres, sino que hace referencia al desarrollo cultural y social que por la asignación de sexo tiene un hombre o una mujer, distinguiendo entonces que su sexo es mujer y femenino es su género, así como el hombre es el masculino.

Cuando entonces hablamos de violencia contra la mujer, puede darse en relación a su género, cuando existe alguna subordinación por su papel como mujer, por la determinación de rol social y cultural que debe tener por ser mujer, o por los estereotipos o patrones que moldea la sociedad y reafirman su estado de vulnerabilidad, como comúnmente sucede en la violencia doméstica o en la violencia de género contra la mujer.

La violencia de género, es un fenómeno innegable, alarmante, que va en aumento y es de gran importancia mundial prevenirla, erradicarla y enfrentarla, siendo obligación de todos nosotros, como sociedad, que se transforme en uno los verdaderos puntos medulares, para lograr una cultura de paz, una cultura sin violencia y total respeto a la mujer.

Pero debemos entender, que la aplicación de una forma de Justicia Restaurativa, no necesariamente debe traducirse en un sobreseimiento de la causa, ni en una reducción de la pena o en un beneficio de carácter penitenciario, por lo que la prohibición de aplicar estas herramientas a los casos de violencia familiar y, en concreto a la violencia de género, es un grave error; ya que quien debe decidir si se utiliza la Justicia Restaurativa para atender los intereses de una víctima es el experto facilitador, lo que sí es correcto es que de ninguna manera se traduzca en un acuerdo preparatorio (procesalmente hablando) que extinga la acción penal.

Que se logre la seguridad y participación de la víctima, evitando la revictimización, la rendición de cuenta por parte del victimario y se

reponga entonces el desgaste del tejido social, producto de su conducta violentadora la Justicia Restaurativa, es una forma eficaz para detener el maltrato y frenar el incremento de éste para no llegar a su máxima expresión como en los casos de feminicidio, debemos tener claro, que los procesos restaurativos son una opción más eficaz, que fomentan la aceptación de responsabilidad del infractor y favorecen la curación, atención o ayuda de la víctima, de una manera más satisfactoria y empoderadora, sin excluir el reproche público y sin justificar el delito.

FUENTES

Alerta de genero Chiapas, “Análisis de estadísticas de violencia contra las mujeres”, en *Informe estatal* septiembre 2018, disponible en <http://www.alertadegenerochiapas.org.mx/estadisticas.aspx>.

Alonso Salgado, Cristina, “Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación”, en *Proyecto que, sobre las modificaciones del proceso penal, financia la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez*, España, 2011, disponible en https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/16841/2017_Alonso_Salgado_Propostas.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Borrego Aparicio, *et. al.*, “Concepto de daño corporal y antecedentes históricos. Daño a las personas en derecho penal, civil y laboral y en el ámbito de las compañías de seguros”, en *Revista Rehabilitación*, Vol. 42. Núm. 06. Noviembre 2008, España, disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-dano-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.

Brito González, Manuel Sebastián, *El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización*, Universidad del Azuay, Facultad de Ciencias Jurídicas, Ecuador, 2013, disponible en: <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3186/1/09960.pdf>.

Britto Ruiz, Diana, Justicia restaurativa: una mirada desde la perspectiva de género, en Seminario Permanente, Colombia, junio-2015, disponible en, <http://bibliotecadigital.univalle.edu.co/bitstream/10893/2623/1/pag%2091-105%20justicia%20restaurativa.pdf>.

Cazés, Daniel. El feminismo y los hombres, edición electrónica, <http://www.edualter.org/material/masculinitat/feminismo.htm>.

Cienfuegos Salgado, David, “Responsabilidad civil por daño moral”, en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM, México, año 9, No. 27, septiembre-diciembre, 1998, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf>.

Código Penal Federal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Contreras Alfaro, Luis H., *Corrupción y principio de oportunidad, Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Salamanca, Ratio Legis, 2004.

- Coquis Velasco, Ariadna, *La reparación del daño material a víctimas del delito y la mediación penal en el Distrito Federal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/7.pdf>
- Córdoba, Víctor Alfonso, “Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistema de resolución de conflictos”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- Cuevas Rodríguez, Gilda, *Diplomado en Derechos Humanos, Modulo VII “Violencia y Derechos Humanos”*, Dirección General Adjunta de Educación y Formación en Derechos Humanos, 2012, edición electrónica.
- Champo S. Nimrod; Serrano S. Lidia, “Género, violencia y feminicidio”, en *Homenaje a la Jurista Irma Cué Sarquis*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *Justicia restaurativa. Su injerencia en el proceso penal*, Tesis que para obtener el grado de Maestro en Derecho, inédita, IIJ-UNACH, 2017.
- Chenais, Jean–Claude, *Histoire de la violence*, Robert Laffond, Francia, París, 1981.

Chozas Alonso, José Manuel. “El estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal”, en *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dickinson, 2015.

Del Moral García, Antonio, “La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Mercedes de Prada Rodríguez, España, NETBIBLO, 2010.

Diccionario Jurídico Mexicano, “daño”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones jurídicas/ UNAM, tomo III D, Serie E, Núm. 24, 1983, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1170/1.pdf>.

Diccionario Razonado De Legislación Y Jurisprudencia, Bensusan de la viuda, de Don Joaquín Escriche, España.

Domingo de la Fuente, Virginia, “Justicia Restaurativa en violencia de género, una posibilidad a tener en cuenta”, en *Lawyerpress-News*, Madrid, 01 de diciembre de 2014, disponible en http://www.lawyerpress.com/news/2014_12/0112_14_014.html.

Domingo de la Fuente, Virginia, *Justicia restaurativa, mucho más que mediación*, Burgos, Criminología y Justicia, 2013, formato ePub.

Eiras Nordenstahl, Ulf, Christian, *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2005, p. 27. Cfr. Highton,

Elena I., et. al., *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1998.

Esther Zayat, Valeria, “El modelo catalán: un ejemplo de sistema penal abierto”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Estrada Mendoza, María de la Luz y otros. (coords.), *Una mirada al femicidio en México 2009-2010*. Observatorio Ciudadano Nacional del Femicidio, México, 2010.

Etienne, Krug G., et. al. (editores). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, E.U.A., Washington, D.C. 2003.

Falú, Ana, “Restricciones ciudadanas: las violencias de género en el espacio público” en Lagarde Marcela y Valcárcel Amelia (coords.) *Feminismo, Género e Igualdad. Pensamiento Iberoamericano*, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), España. 2011.

Flores Madrigal, Georgina Alicia, “La reparación de los daños causados a la vida e integridad corporal”, en *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, Año I, Núm. 2, Julio-Diciembre, IIJUNAM, 2012.

- Frúgoli, Martín A., “Daño: conceptos, clasificaciones y autonomías. El punto unánimemente coincidente. Resarcimiento”, en *Revista Derecho y Cambio Social*, Perú, 2004, disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/Dano_conceptos_clasificaciones_autonom%C3%ADas.pd.
- Gamba, Susana. *Perspectiva de género ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género?* edición electrónica, <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1395>.
- González Cano, Isabel, Ríos, Julián, et. al., “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación”, en *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador, un programa para su regulación*, coord., Concepción Sáez Rodríguez, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2008.
- Hernández Pliego, Julio Antonio, “La reparación del daño en el CNPP” en *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, coord., Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, México, UNAM/ Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015.
- Hidalgo Murillo, José Daniel, *La etapa de investigación en el sistema penal acusatorio mexicano*, México, Porrúa, 2009
- Holtmaat, Rikki, “De igual tratamiento a igual Derecho” en HEIM, Daniela y Balderón Gonzalez, Encarna (coord.), *Derecho, Género e Igualdad, Cambios en las Estructuras Jurídicas Andro-*

céntricas. Trad. Góngora Padilla, Enrique y Sánchez Magali, Grupo Antígona y “Dones i Drets”, Volumen 1, Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2009.

Instituto Nacional De Las Mujeres (INMUJERES). Glosario de Género. Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES), México, 2007.

Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis Lógico de los delitos contra la vida*, 5ªed., México, Porrúa, 2004.

Lerner, Martín, Maidana, Marcelo y Rodríguez Fernández, Gabriela, “Sistema de resolución alternativa de conflictos penales. El proyecto RAC”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Ley General De Acceso De Las Mujeres A Una Vida Libre De Violencia.

Lícarí Lisandro, “Derecho de Daños”, en *Bolilla no. 1: Introducción al derecho de daños*, Argentina, s.a.

Madrigal Navarro, Javier Lisandro, “La imputación para la reparación del daño en las sedes civil y penal”, en *Revista Judicial*, Costa Rica, No. 105, Septiembre 2012.

Martínez De La Escalera, Ana María (*coord.*), *Feminicidio: Actas de denuncia y controversia*, Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario de Estudios de Género (PUEG), Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), México 2010.

Mujeres que tejen la vida, Primeros pasos en la teoría de género. Documento 1, San José Costa rica, del 2 al 17 de marzo de 2009, disponible en www.stjteresianas.pcn.net/EnlacesBlogs/.../TeoriadeGenero.doc.

Neuman, Elías, *Mediación penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005.

Ochoa Casteleiro, Ana, “La Indemnización de la Víctima en el Proceso Penal Español y la Nueva Directiva De la UE.” en *Good practice for Protecting victims, inside and outside the criminal process*. Resumen del discurso pronunciado en la Universidad de Bolonia, el 12 de Abril de 2013, durante la conferencia L'immane concretezza della vittima: “buone pratiche” e sviluppi normativi alla luce della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, Disponible en: <http://www.protectingvictims.eu/>.

Olamendi Torres, Patricia, *Delitos Contra las Mujeres análisis de la Clasificación Mexicana de Delitos*, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), México, 2007, p. 11.

Órgano Oficial De Difusión De La Comisión De Derechos Humanos Del Distrito Federal, “12 Reparación del daño: obligación de justicia”, en *dfensor Revista de Derechos Humanos*, diciembre de 2016, http://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_12_2010.pdf.

Páez Cuba, Lisett D., “Génesis y evolución histórica de la violencia de género”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Universidad de Pinar del Río, Cuba, febrero 2011, <http://www.eumed.net/rev/cccss/11/ldpc.htm>.

Peña Chacón, Mario, “Daño Responsabilidad y Reparacion Ambiental”, en *International Union for Conservation of Nature*, México, 2005 disponible en: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_pena_chacon03.pdf.

R. Borrego Aparici, et. al., “Rehabilitación”, en *Revista Elsevier*, Vol. 42. Núm. 06. Noviembre España, 2008, disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-da-no-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.

Rodríguez Fernández, Gabriela, “Introducción. ¿Resolver alternativamente conflictos penales?” en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Rodríguez Fernández, Gabriela, “Sociedad, Estado, víctima y ofensor. El orden de los factores ¿altera el producto?”, en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, compiladora: Gabriela Rodríguez Fernández, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, 10 ed., México, Porrúa, 1996.

Sáenz López, Karla Annett Cynthia, “Desarrollo de la justicia restaurativa en el ámbito de la violencia doméstica”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, Montevideo, no. 40, junio. 2016, disponible, en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652016000100010&script=sci_arttext&tlnq=pt.

Sandoval Garrido, “Reparación integral y responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Núm. 25, 2013, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602/3780>.

Sanmartín Espulgues, José “¿Qué es la violencia? Una aproximación al concepto y a la clasificación de la violencia” en *Daimon Revista de Filosofía*, nº 42, Madrid España, 2007.

Schünemann, Bernd, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en: *Jornadas sobre la <<Reforma del Derecho Penal en Alemania>>*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991.

Secretaría de Educación Pública (SEP), *Unidad temática 5. Desactivemos la violencia*, Secretaría de Educación Pública (SEP), México, www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/.../contenido_5.pdf.

SETEC “El fortalecimiento de las garantías de la víctima y el ofendido se dirige a una mejor defensa de su integridad y su interés, así

como una participación más activa durante el proceso” en *Gobierno Federal, Guía de Consulta. ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*, México, 2008, disponible en <http://portal.setec.gob.mx/docs/guia.pdf>.

Toledo Vásquez, Patsilí, *Feminicidio*, Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), México D.F. 2009.

Van Camp, Tinneke, *Victims of Violence and Restorative practices. Finding a voice*, London, Routledge, 1988.

Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, E.E.U.U., Good Books and Centro Evangélico Mennonita de Teología Asunción (CEMTA), 2010.

Este libro se terminó en marzo de 2019,
en Ocozocoautla de Espinosa, Chiapas; México.