

## UNA ALTERNATIVA A LA PENA DE PRISIÓN: LA MEDIACIÓN PENAL

Elías NEUMAN

SUMARIO: I. *La prisión, hoy.* II. *Un ejemplo de ausencia del Estado. Tratamiento y readaptación social.* III. *La mano dura en los hechos.* IV. *El delincuente víctima. Los pasos de la victimología.* V. *Apuntes sobre el costo del delito y el dispendio jurisdiccional.* VI. *Principio de legalidad y delitos de insignificancia o bagatela.* VII. *Mediación penal y justicia restaurativa.* VIII. *Recomendaciones de las Naciones Unidas.* IX. *Otras precisiones sobre el encuentro entre víctima y victimario.* X. *La reparación.* XI. *Documentos internacionales.* XII. *El Ministerio Público y la justicia consensual.* XIII. *El juez homologador.* XIV. *El victimario toma conciencia...* XV. *Bibliografía.*

### I. LA PRISIÓN, HOY

La persona que, por disposición judicial, es objeto de detención preventiva o de sanción privativa de la libertad, es alojada en el encierro carcelario a fin de disciplinarlo mediante un sistema que puede o no estar determinado en los reglamentos. Se le aísla y se le “priva” en el sentido de no permitir conductas externas a la par que se dispone de su tiempo. Debe adaptarse a situaciones y coacciones que se generalizan y que pretenden legitimar a la cárcel como instrumento de subordinación y dominación.

En días calcados de encierro se va produciendo una singular despersonalización. El recluso siente que ha extraviado su papel habitual en la vida, obligado a convivir con otros que él no eligió y consentir, al fin, en la mutilación del yo. Se lo uniformiza para la obediencia, como en la infancia, lo que explica la pérdida de su mismicidad. A esa pérdida de auto-

mía se liga la de privacidad. Se le vigila de modo continuo y permanente. Y en el “secuestro legal”, del que hablara Foucault, debe efectuar constantes reacondicionamientos, incluso sexuales; queda desvinculado de familiares y amigos como si a esos lazos, que eran parte del sentido de su vida, se los sometiera a una ruptura insanable. A su vez, esos familiares suelen ser victimizados por el sistema penal en especial por requisas, largas esperas y sitios inhóspitos para el encuentro.

El cúmulo de medidas que van desde la vigilancia a la integración en la cárcel, implican la clausura de lo individual mediante actitudes inducidas hacia el logro del control social institucional que sobre los reclusos se ejerce. Esa clausura del tiempo y supresión del devenir se transforma y disimula, entre otras cosas, mediante el llamado tratamiento carcelario, e incluso el trabajo por lo general inútil e improductivo, y se explicita mediante una suerte de medidas que, se dice, tienden a restituir la moral perdida y, en lo fundamental, a dotar de coherencia a la pena en sí, según aparece y se glosa en las leyes penales y penitenciarias.

El Estado no descuida las formas que asumen los comportamientos sociales y trata de modelarlos en busca de reforzar la seguridad institucional, insuflándole una ideología “normal” que destruya o anestesie la espontaneidad y capacidad creativa de la persona del recluso. El adiestramiento va dirigido a amedrentar y, de ese modo, amaestrar, lo que resulta un logro para los controles cuando el encarcelado presta consenso. Entonces sucede su completa apropiación y, por ende, su disolución como individuo. Se trata de recuperar para la “normalidad” al distinto, al disidente, modificar su comportamiento y proyectarlo o reprojectarlo a la estrategia social del modelo circundante.

Al encierro carcelario no se va a cumplir un castigo como determina la ley, sino, según se demuestra en los hechos, a ser castigado en forma diaria, continua, reipersecutoria. Desde el momento en que pone un pie en la cárcel, como simple detenido, comienza a padecer la condena, aunque a los pocos días regrese a la libertad por falta de mérito... Estas pautas son epígonos de un postulado positivista que seleccionó entre réprobos y elegidos, habló del crimen como patología y de la pena como cura.

Lo cierto es que el hombre nació para ser libre. Y la libertad constituye un derecho humano esencial pero, quien ingresa a una prisión, va a padecer un proceso en el que, más que perder la libertad va a dejar de ser hombre. Y lo mismo vale para las prisiones femeninas. Es convertido en

una categoría legal. Un dependiente que pasa a servir a la imposición penal. El castigo recaerá sobre quien cometió un hecho disvalioso pero la punición, estrictamente, sobre su vida y no se redimirá más. En la cárcel se lo reduce a la sumisión absoluta porque esa sumisión hace más fácil el control.

La cárcel regula una forma impuesta de vida y tal circunstancia hace estéril la proposición del llamado tratamiento y retórica la readaptación social del delincuente, destinados, en hipótesis, a su reinserción útil en el medio social. Son conceptos sobreentendidos pero, a la vez, perimidos, cuando de la prisión se trata, que han pretendido demostrar, en vano, que los conflictos penales son un producto individual y no el resultado de una problemática social.

Tratamiento y readaptación social subrayan y legitiman los mecanismos disciplinarios insertos en el espacio cárcel que se totaliza con el ámbito, los reglamentos y normas para el ejercicio de una mejor dominación. Las actitudes criminales se han transformado en formas jurídicas y ese espacio adjetiva el poder de castigar del Estado. La disciplina opera doblemente. Por un lado da homogeneidad al poder de castigar y, por el otro, permite el ejercicio del poder técnico de castigar. Es la estrategia del control.

Según las leyes penitenciarias, tan alejadas de la realidad y por ello inaplicables, en la cárcel se debe educar y adherir a las normas de la civilización dominante en materia de higiene y moral; se enseña a trabajar al tiempo que se aparta a los presos de su cotidianeidad. Se planifica la vida y organización del individuo y, de ese modo, el Estado logra una de las formas más tangibles de control y dominación mediante la coerción. El Estado pasa a ser el detentador de la receta absoluta de esa violencia planificada.

En ese ámbito represivo y segregacionista es posible visualizar cómo la institución describe su reglamentación y disciplina coacta con respecto a la persona humana y cómo sirve el espacio a la reproducción y la dominación hegemónica. No importa ni se menciona que la prisión en sí resulta antinatural y sí, en cambio, la insoslayable constatación de que el derecho legitima al poder como un ariete de la imposición y la obediencia.

En síntesis: a nadie se le ocurriría, salvo mediando una inescrutable adhesión al surrealismo, privar de la libertad para enseñar a vivir en ella... Es como la pena de muerte en que el Estado pretende enseñar a no matar, matando.

## II. UN EJEMPLO DE AUSENCIA DEL ESTADO. TRATAMIENTO Y READAPTACIÓN SOCIAL

El preso pasa a ser uno más para el recuento y esa cosificación hace perder la posibilidad de goce de derechos humanos que le son inherentes como persona y por su virtualidad de ser. De tal modo va perdiendo la escasa autoestima que aún le reste.

La contracara la presentan prisiones que son dirigidas o codirigidas por reclusos con poder económico. Corrompen a funcionarios y a otros reclusos y logran manejar el penal mientras que con elementos tecnocráticos que fueran ingresados subrepticamente, dirigen a sus sicarios y grupos delictivos que les obedecen en extra muros. Logran exportar la revuelta o el motín como ocurrió en San Pablo en el mes de mayo pasado. Cuando los reclusos dominan el penal o pabellones de éste se decreta la ausencia del Estado, por la pérdida del monopolio del poder.<sup>1</sup> En cárceles arracimadas de seres humanos existen sitios inexpugnables donde nadie puede llegar, sólo ciertos presos.

En las provincias se advierte que el 100% de la población es de similar extracción social: están los de debajo, personas de humilde condición, con hambre, sin educación, desempleo, inasistencia sanitaria, a los que se vuelve a segregar esta vez en un absurdo escenario. Hoy se advierte cómo un sistema, el neoliberalismo, que trajo al capitalismo financiero y, conjuntamente, el desempleo, la precariedad laboral y la exclusión, ha poblado los establecimientos carcelarios con seres que nada tienen, ni siquiera proyecto de vida. Seres no exitosos, y, por eso, resistentes al sistema sociopolítico en que viven. Que en su desesperación tomaron el atajo de las adicciones a drogas o bien la delincuencia para arrebatar aquello que, a su vez, el sistema les ha arrebatado. No significa que la pobreza se sinonimice con la delincuencia sino que la desesperación por causas sociales puede llevar a la delincuencia.

Resultará difícil efectuar un tratamiento o terapia en prisión donde la población alojada se siente constreñida por la represión diaria o no tiene que comer o donde dormir. Es frecuente que los reclusos hayan pasado años de encierro sin condena. ¿Cómo efectuar una evaluación honrada de la situación? ¿Cómo apreciar a un individuo que ha vivido más cercano a las teorías del reflejo condicionado que a normas civilizadas de convi-

<sup>1</sup> Además de Brasil, ha ocurrido en cerasos de México, Colombia y Venezuela.

vencia social? La ciencia social no debería ser una satrapía del poder capaz de proporcionar respuestas institucionalizadas.

El tratamiento carcelario es sumamente oneroso y los pronósticos sobre la personalidad y situación de un individuo recuerda a los futurólogos. En especial cuando hablan de “peligrosidad” sin especificar si es delictiva o carcelaria o es que el detenido no se atiene a las normas disciplinarias o se refiere a una cruel delincuencia futura sin explicitarse cuáles son los parámetros utilizados para tal diagnóstico. El etiquetamiento de alguien que vive en un ambiente provocador de infortunios como es el carcelario, se sitúa dentro de la esfera del abuso de poder. Ese tratamiento efectuado en lóbregas e insalubres prisiones, perpetúa las relaciones sociales de dominación como regulador del conflicto legitimando a la privación de libertad y su ámbito, sólo que no logra éxito alguno pues la reincidencia continúa.

### III. LA MANO DURA EN LOS HECHOS

La política en los hechos es la de una especialísima *mano dura* que demuestra que los Estados no tienen un serio y honesto interés en la readaptación del delincuente a juzgar por los depósitos para adolescentes transgresores y las prisiones deleznable e infrazoológicas.

Aunque la readaptación social resulte una convención jurídica indefinible, debe entenderse que lo que debería inculcarse al recluso es el sentido de la dignidad propia y de las personas y sus derechos. Pero resulta unamunescas la cruel paradoja: no se respeta la dignidad de los presos, se lesiona sus derechos más elementales... pero se los somete, en un recodo del laberinto del infierno, a un tratamiento para que ya en libertad respete a los demás...

Más que a la ley lo que se obedece son las lealtades implícitas que enuncia. No se puede hablar con honestidad de sistema, regímenes o tratamiento carcelarios porque, más allá de cuestiones epistemológicas, son impracticables por falta de medios, servicios y personal idóneo y porque la cárcel no es adecuada y resulta antinatural, moral y materialmente, para llevarlos a cabo.

La doctrina de los derechos humanos hace más profundas y asimétricas todas estas escisiones. Las cárceles son tan sólo vertederos humanos, trituradoras de hombres y mujeres. Una forma que hallamos los hombres para privar a otros hombres de todos sus derechos. Sólo puede ser útil al gozo

vindicativo o a la venganza sin sentido. La ley penal y penitenciaria, de tal modo, parecen condenadas a no pretender éxitos sino a entender fracasos.

La cárcel es un sitio donde se pierde la posibilidad de vivir. O, en otras palabras, donde se acrecienta la posibilidad de morir. El juez que priva de la libertad debería saber que está condenando un poco a la muerte.

Lo que ocurre en el ámbito carcelario, con sus fases hipertróficas e inhumanas, no se debe a fallas coyunturales u operativas sino estructurales. Al utilizarse el encierro como pena *per se*, se ha transformado al delincuente en víctima del sistema penal y a la cárcel en pena de tormento, especialmente en tiempos del neoliberalismo en que millones de seres humanos han dejado de interesar al capitalismo financiero, cual si asistiéramos al regreso del maltusianismo.

Multitud de libros de derecho enseñan y definen la necesidad de que la ley penal y su aplicación, lleva implícito un sentimiento de humanidad que sirve para la construcción o reconstrucción de la armonía social. Habermas, al definir la norma, señala que “es la esperanza del comportamiento generalizado”. De ahí que deberíamos ver, en especial el juez penal, en las leyes el propósito de construcción de convivencia de la vida humana. Cuando el Estado expropia y toma para sí el monopolio del juzgamiento de delitos, toca a los jueces el logro del restablecimiento de esa armonía y la reposición de lo justo para la víctima y el victimario.

Seguindo la doctrina de los derechos humanos para ser aplicada a un mundo habitable, el juez debe ver en ella, el instrumento que intenta restablecer la dignidad de victimarios y víctimas. Durante siglos la humanidad hizo de Dios el centro de las iras ante el delito. Y diseñó al castigo como la forma de restablecer el orden y armonía divina. En el último cuarto del siglo XIX, el hombre ocupó el sitio y ello implicó constituir al humano como sujeto activo de todos los derechos y obligaciones. El juez penal defiende a la ley pero no es Dios y no debe demonizar al delincuente e inhumanizar el castigo.

#### IV. EL DELINCUENTE VÍCTIMA. LOS PASOS DE LA VICTIMOLOGÍA

El hombre ha llevado demasiado lejos su locura imbécil, su rencor, su estulticia y su desprecio por la vida del otro —aunque se trate del delincuente— so capa de venganza y contragolpe social frente al delito. Es probable que la selectividad del sistema penal hacia los de abajo, léase discriminación, haya permitido de modo insensible la victimización des-

de el mismo momento de la aprehensión policial. Lo cierto es que cuando se piensa en la cárcel y su apariencia obituarial se hace más irreductible y de escasa legitimidad los apotegmas de la readaptación y la reabsorción social. “Por grande que sea el delito/aquella pena es mayor”, sentenciaba Martín Fierro refiriéndose a la “penitenciaria”.

Desde la victimología se viene operando una suerte de rebelión contra la política criminal clásica que sólo pone sus ojos en el delincuente y los aparta de la víctima. Cualquiera fuese el procedimiento penal en aplicación, se le vuelve a victimizar: se le acepta como a una testigo calificada y su actividad judicial, más que un derecho, pareciera ser una concesión de la autoridad.

En las causas penales no hay, por lo general, informes victimológicos y si los hubiere, figurarían sólo para evaluar los efectos del delito en relación con la conducta del autor. Suele haber, en cambio, pericias médica forenses referidas a la personalidad psíquica y social del victimario.

Mediante la pena al culpable, se suele señalar que “se hizo justicia” aunque, claro está, con respecto a él. Se trata de una hipertrofia dogmática en la que sólo importan los problemas del autor o autores del delito. Es posible que el apartamiento se deba a una suerte de trivialización del otro y su reclamo. El juez de la causa no atiende la situación psíquica, emocional, física, material, en que ha quedado la víctima. Es juez de la causa, sólo por la mitad, para el victimario. Lo cierto es que víctima y victimario quedan a la mala de Dios... Y la victimización judicial se verifica cuando los seres en conflicto pasan a soportar esperas de dimensiones teratológicas y vuelven a ser victimizados en la esclerosis de los andamios del sistema.

Las organizaciones internacionales, los criminólogos y victimólogos han advertido, desde hace décadas, que el derecho penal en su ejecución, ha perdido sentido con respecto a los fines que se atribuyen a la pena. De cara a la realidad, en naciones centrales y en las periféricas, la pena no ejerció ni ejerce prevención general y especial alguna, no resocializa al infractor y, por añadidura, olvida a la víctima. Es decir, que no cumple función social en la solución del conflicto, lo cual se acepta con módica resignación.

En Argentina existe la posibilidad de una acción civil supletoria en el fuero penal o accionar en el civil de modo paralelo, pero aunque los jueces civiles sustentan y sientan la autonomía de su competencia, en los hechos, una sentencia condenatoria o absolutoria en el fuero penal, gravita y presagia. Pero el riesgo latente de la prescripción de la acción penal o

del delito por el transcurso del tiempo y la inactividad de los controles punitivos del Estado, la decreta huérfana sin remedio.

El sistema punitivo invita a la víctima a perseguir penalmente al autor. Cultural o simbólicamente sentirá que se hizo justicia si es que la sentencia le es favorable, tras años de esfuerzos, llevando a costas su victimización secundaria acumulativa por haber vivido ignorada cual si fuese un ente abstracto en caída libre. Tampoco suele contar con medios institucionales: nacionales, provinciales, municipales o vecinales, para que la ayuden y la contengan en su desamparo ante el delito y sus efectos.

El Estado se ha hecho dueño del conflicto aunque la víctima, y acaso el victimario, tuviesen deseos de conciliar. La víctima se ve compelida a ingresar como un penitente abismado en un mundo laberíntico, circular, kafkiano. El juez ha estudiado a la ley y ha decidido la causa con apego estricto. Pero decidir no es dar una respuesta que satisfaga expectativas y dé certidumbres de pacificación y de resarcimiento a la víctima.

Ninguna víctima debería quedar a la intemperie con sus dolores y penurias, porque ello constituye una forma de degradarla, llevándola a un papel inofensivo y a un destino sin alternativas. La justicia restaurativa deberá bregar, en buena parte para que el Estado asuma una actitud de ayuda a la víctima. Una y otra vez habrá que recordar que en múltiples oportunidades se es víctima por falta o falsa seguridad estatal.

La victimología acoge las formulaciones alternativas dentro del sistema penal y advierte, de antiguo, que es necesaria la protección entera de la víctima. Un discurso responsable, estructurado de nuestros males nos posibilitará la saludable pérdida del respeto a ciertos dogmas del derecho penal y de la pena en sí, para que ciento de miles de personas, víctimas de delitos, cualquiera que sea su extracción social, dejen de padecer o logren sublimar esos padecimientos.

Siempre se está en “los límites del dolor”. Un dolor que reclama brújula y para el que todas las razones principistas son quimera y discurso. Ni santos varones ni barrabases. Lo que importa, parafraseando a Christie son esos “límites del dolor” y su redefinición penal con sentido humano y ético.



## V. APUNTES SOBRE EL COSTO DEL DELITO Y EL DISPENDIO JURISDICCIONAL

Cuando se piensa en el coste económico que irroga impartir justicia en delitos de bagatela, o de mínima ofensa social, se ingresa, de modo ineludible, en la estupefacción. Resulta socialmente absurdo y antieconómico que decenas de miles de juicios penales por delitos de ese tipo se sigan hasta límites increíbles, pasando todas las instancias hasta llegar, en ciertos casos, a la Corte Suprema de Justicia con el consiguiente dispendio jurisdiccional de tiempo y gastos.

El coste social del delito, que involucra los gastos de todos los controles formales del aparato punitivo del Estado, tecnología, logística, medios, servicios, hombres, nos muestra cifras para el asombro. Un simple delito de pequeña monta mueve a la policía, a la justicia, a la administración carcelaria en un gasto que no posee sentido ulterior. Queda incólume el antiguo ejercicio de la venganza social mediante el ejercicio de la acción penal pero, se avanza en la idea, de que con la aplicación de modelos consensuales como la mediación penal, se evitaría tamaños dispendios. En España o en Francia cuando la mediación se efectúa en reemplazo del juicio, con carácter previo o a aún dentro de éste por el propio juez, se ha indicado que se reducen en gran medida costos.

Los medios extrajudiciales conciliatorios permiten la desburocratización de la justicia penal con la consecuente limitación de esfuerzos y alienta a disponer de tiempo para impedir la impunidad de los delitos más graves y proceder a su enero juzgamiento.

Los procesos conciliatorios se impondrán —más temprano que tarde— pues están llamados a mostrar la ruta de un gran cambio de las fases instrumentales de la política criminal del mundo moderno, abriendo espacios para el consenso de los actores del drama penal: víctima y victimario.

## VI. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DELITOS DE INSIGNIFICANCIA O BAGATELA

Es habitual que el gasto por la investigación y condena de una pequeña cosa hurtada, sea varias decenas de veces superior a ésta... pero la atribución que implica el ejercicio, en nombre del principio de legalidad y las atribuciones del Estado sobre la acción pública, llevan a una inves-

tigación costosa y sin finalidad atendible. No se recepta fácilmente, pese a hallarnos frente a una criminalidad de escaso reproche público y poder ofensivo, la innovación jurídica, —lo es también de mentalidad—, para flexibilizar al principio de legalidad y del uso de la acción pública, lo que permitiría ver, en víctimas y victimarios, seres de carnadura humana y no simplemente figuras penales.

La existencia de delitos levísimos y aun leves pasó a ser cobijada en el principio de insignificancia para el cual son atípicas esas conductas, según lo postuló en 1964 Claus Roxin y que fuera aceptado por diversos investigadores, entre ellos, Tiedeman, que lo llamó principio de delitos de bagatela. Se ha señalado que ello condujo a la teoría de adecuación social formulada por Welzel.

Las “realidades” que llevaron a estas ideas surgen de manera proficua luego de la segunda posguerra mundial cuando en buena parte de Europa se cometían ilicitudes de escasísima relevancia penal como sustracciones de alimentos u objetos caseros. Se advirtió que el volumen de los casos constituía un sobrepeso para los tribunales ordinarios, vinculado a un problema que sigue siendo actual: el de la inutilidad de las penas de prisión de corta duración y la estigmatización derivada del proceso.

Una problemática de tipo sustancial y otra formal, conducen a la necesidad de agilizar la justicia y se generaron propuestas de desjudicialización de delitos y luego, por aplicación del principio de oportunidad (disponibilidad), se aceptaron medidas alternativas y sustitutivas en el procedimiento, derivando casos menores a los fueros civil y administrativo, hasta llegarse a la justicia penal restaurativa, resarcitoria y consensuada.

Se construyó una doctrina sobre el delito de bagatela, de conflictividad menor, que a veces resultaba incidental en la vida de su autor y frente a quien la maquinaria judicial procedía con exceso con el envío eventual a la cárcel en detención preventiva. Casos en que bastaría la reparación de los daños causados mediante un acuerdo mutuo y, en algunas oportunidades, la reconciliación cuando las partes se conocían.

Esa criminalidad pequeña y, en ciertos casos, media, debe ser tratada de modo diferenciado por su escaso poder ofensivo: las denominadas faltas y contravenciones, delitos culposos, tentativas de hecho más graves, hurtos simples, amenazas, usurpaciones, tenencia o posesión de drogas, son enunciativos de casos para los que podría aplicarse el principio de oportunidad o de adecuación social, que indican los nuevos horizontes en política criminal.

Todo aquello que puede ser materia de reparación por fuera del sistema penal no debería ingresar en él.

Esos delitos de bagatela, en buena parte de los países europeos y en Canadá, los Estados Unidos y la Unión Sudafricana, son derivados a la mediación y conciliación penal, utilizando legalmente el principio de oportunidad. La rapidez que supone el arreglo de la controversia, y el hecho de que nadie pierda y, por ende, nadie gane, contrasta con las dimensiones y dispendio jurisdiccional que, abruman al juicio penal escritural u oral.

La víctima, la gran olvidada, reaparece para revivir o repersonalizar el drama penal frente al victimario y cabe convenir en que será exitosa la mediación en la medida que se reparen las fases económica y moral por el daño irrogado. Y muy exitosa si genera o restituye el diálogo, que implica un rumbo hacia la armonía social.

No es posible alzarse de hombros frente a la víctima. En leyes sustanciales y formales el delincuente tuvo y tiene muchos más derechos y garantías. Derechos que emergen del principio de legalidad o reserva, de defensa en juicio, de inocencia... entre tantos otros. Y, al menos en la letra de la ley, las posibilidades de un hábitat carcelario digno, el tratamiento, la readaptación social... la libertad condicional. Entretanto la víctima navega en la indiferencia, librada a la suerte y bajo la pesada losa de sus necesidades insatisfechas, sin contención moral, emocional, psíquica y material.

La justicia debe ser bipolar y entender que es parte inexcusable de su cometido la ineludible reparación a la víctima. Es un deber extremo y así la justicia ganará en credibilidad con la conciencia pública.

Una persona víctima de delito requiere de un inmediato servicio que acoja e intente restaurar su situación y el desequilibrio de todo orden que se produce en su persona, previniendo o evitando alguna nueva victimización u otras consecuencias. Nadie está exento de ser víctima y ese servicio debería ser una exigencia de la ciudadanía. La víctima debe ser tan importante a la administración de justicia como el delincuente y la ley penal debe recaer sobre aquellos que la conculcan, pero también gravitar en beneficio de las víctimas, que la han respetado.

Hoy la víctima vaga con su dolor e insatisfacción. En ciertas ocasiones no tiene introyectada la idea de punición en especial en los casos en que la pena será de ejecución condicional. A su vez, hay delitos en que el victimario desconoce a su víctima y las consecuencias de sus actos lesivos

e ignora sobre los gastos que tuvo que efectuar (lo sabrá en el improbable caso de que le llegue una demanda civil) tampoco los días que debió faltar a su trabajo y las consecuencias que ello le acarreó, sus reales problemas de salud, el abandono temporal de su familia y el recuerdo lacerante del trauma sufrido.

## VII. MEDIACIÓN PENAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA

La mediación penal constituye un claro ejemplo de lo que alienta y pretende la justicia restaurativa fincada en la armonía entre los hombres y un cabal saneamiento de las desgarraduras que produce el delito en el entramado social. Se propone una formulación alternativa del proceso penal y de la pena sobre la base del reconocimiento de la víctima en nivel protagónico. En el caso concreto de la mediación penal, se trata de que las partes retomen o reasuman el conflicto de pleno acuerdo y sin agresión. De ahí que el mediador debe ser una persona de acendrado equilibrio y vocación, al margen de las disciplinas sociales y técnicas que debe conocer.

No es sencillo recomponer las relaciones sociales o entablar nuevas entre las partes del conflicto, pero tampoco imposible. Las partes que aceptan la mediación deben estar imbuidas de efectuar una conciliación o arreglo que puede ser sólo resarcitorio o ir aún más allá, ingresando en la justicia restaurativa, formulando explicaciones que implican un avance en el logro de la comprensión de lo ocurrido y, acaso, constituyan pasos para la reconciliación, en casos en que el victimario solicita o la víctima ofrece, el perdón.

Resulta axiológico a la justicia restaurativa el interés por el otro. Es la vuelta, el regreso, a lo solidario, aunque constituya una respuesta no abordada en estos tiempos. Una suerte de *paideia* griega traducida en la voluntad estatal de promover los valores de los máximos derechos humanos: vida y dignidad.

El conflicto asume notable vitalidad con el tratamiento directo por las partes. Es imprescindible contar, vale insistir una y otra vez, con buena planificación y mediadores de gran calibre humano y formación técnica, capaces de asegurar a cada paso un especial e indispensable equilibrio que se acerque y, al fin, arribe, a lo justo sin coerciones, con respecto a los partícipes de la mediación. La conciliación implica la reparación moral y material del daño, pero habrá que prestar suma atención en la incidencia que pudiera tener en el ánimo del autor del delito. Avizorar que pasa en su in-

terior... Es que una de las matrices de la mediación penal y la justicia restaurativa reside en que quien resultó damnificado sea resarcido y que el victimario descubra los abrumadores efectos de su acto ilícito. Si el victimario no tuviese dinero, la reparación podría efectuarse en trabajos para la víctima o bien —si ésta presta acuerdo— para la comunidad. Se ha constatado que la víctima no siempre desea un resarcimiento material y en dinero, sino que se le pida perdón y la promesa o el compromiso de no reincidencia.

### VIII. RECOMENDACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Del acuerdo celebrado por el Consejo Económico y Social de la ONU (7 de enero de 2002) surgieron Recomendaciones y se expresa que como “resultado restaurativo” debe entenderse aquel alcanzado, por el “proceso restaurativo” de mediación penal. Señala:

Entre los resultados alcanzados se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas y a lograr la reintegración de la víctima y del victimario (apartado 3). La selectividad o individualidad de la prestación está en relación con las posibilidades del victimario, como paso para su rehabilitación.

La justicia resarcitoria es simple e implica un fin de por sí. La idea y el sentido de la política restaurativa, según se señala más arriba, va más allá, sin desentenderse de la composición económica. Se trata de intentar el retorno al diálogo y llegar, mediante un acuerdo a la paz social que nunca se pudo lograr mediante la punición tradicional.

La experiencia indica que el sólo hecho de participar y dialogar, víctima y victimario, resulta positivo para ambos. Permite a la víctima tomar conocimiento de cuáles fueron las causas que llevaron al victimario a delinquir. Y a éste oír, ver y al fin sentir, las consecuencias y el resultado del daño que ha causado su conducta. Ni cárcel ni tratamiento, ya se sabe que sólo el arrepentimiento puede llevar a la mentada readaptación social.

Cuando el victimario está preso, su víctima queda olvidada o reducida al escarnio por los momentos que allí le tocan vivir. Es que el victimario pasa a ser víctima del sistema penal e igualmente, su mujer, hijos y ami-

gos. En la mediación, frente al sufrimiento que causó o aún causa, puede ocurrir —de hecho se constata con frecuencia— que el victimario describa una suerte de ajuste interno muy cercano a la anhelada readaptación.

Por ese camino se puede llegar a la conciliación. Y esa posibilidad subsiste aunque la víctima no desee ver ni estar en presencia, siquiera por una sola vez, con su agresor y el mediador deba pasar de uno a otro, yendo y viniendo, portando y transmitiendo las historias y vivencias de cada uno y sus proposiciones.

Los modelos de mediación de los Estados Unidos, Canadá, Alemania y Francia resultan un ancla para la transformación de las relaciones sociales entre ciudadanos que podrían haber sido ferocísimos enemigos en un juicio penal, pero al reapropiar el conflicto, que implica oírse y trazar posibilidades de compensación y arreglo, pueden surgir solidaridades, diálogo y restauración. La posibilidad del diálogo, personal o a la distancia, mediador de por medio, tiene en cuenta la calidad de seres humanos de las partes y destruye posturas míticas sobre el victimario.

De ahí que en la recomendación de las Naciones Unidas sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985, se indica que las víctimas merecen tener un papel de mayor actividad tendiente a la restitución y compensación. En la recomendación séptima señala: “Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación... a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas”. Ciertamente es que el documento sobre la Justicia Restaurativa de Naciones Unidas, de 2002, resulta el primer vislumbre del amanecer, un formidable impulso para esta nueva política.

En el afán de llegar a los países miembros enlista aspectos para la buena marcha de la mediación penal, e los invita a sancionar “directrices y normas”.

#### IX. OTRAS PRECISIONES SOBRE EL ENCUENTRO ENTRE VÍCTIMA Y VICTIMARIO

Cierto es que en la mayoría de los casos la víctima no desea un encuentro con quien la victimizó, empero ésta postura dista de ser unánime, de ahí que la mediación se transformó, progresivamente, en diálogo. Se advirtió que había víctimas que necesitaban saber: ¿por qué a ella?, o en otras palabras, ¿en que basó su elección el victimario? , o simplemente obtener un

pedido de perdón. Fluyen de modo imprevisto, sentimientos de humanos enfrentados a perpetuidad y la posibilidad cierta de limar asperezas.

En Alemania es común que la víctima sólo pretenda un pedido de disculpas o de perdón y hay casos en que la conciliación se resuelve con un compromiso de realización de tratamientos en casos de adictos que hurtan o roban para adquirir drogas y solventar su necesidad: la víctima conviene en que, en atención a su juventud y posibilidad de enmienda, acepte someterse a un tratamiento de desintoxicación y luego a otro de carácter psíquico. Se ha dado casos en que el victimario efectúa obsequios a la víctima que resulten balsámicos para mitigar su malestar.

Es preciso reflexionar sobre el hecho de que la mediación pretende que las partes tengan la posibilidad, que tampoco se da en los juicios penales, de narrar sus historias y ser escuchados, lo que permite, vivenciar humanamente al otro. Se verifica un análisis del conflicto y sus motivaciones profundas sin tener que obedecer el automatismo, las formas, la frialdad y los tiempos del proceso penal.

Cuando las partes se conocen con anterioridad (matrimonio, amistad, convivencia, vecindad...) es común que desanden sus discordias y olviden que son víctima y victimario, haciendo fluir sus sufrimientos y las mismas vivencias que dieron origen al conflicto. De ahí la necesidad de invitar a las partes a centros de ayuda a la víctima que permiten conocer la intimidad de sus sentimientos para verificar su contención.

El daño sufrido no es de posible valuación económica, análisis y escalas de proporcionalidad. Es preciso que la víctima indique sus necesidades y expectativas. Pero el acuerdo siempre debe ser voluntario. Cada cual tiene el control de sus proposiciones y la forma de resolver la situación. Todo dependerá de las razones de hecho que propicien decisiones. Queda al mediador alentar a las partes para que con sus propios cortafuegos apaguen el incendio.

Es preferible ayudar a los ciudadanos en conflicto e ilustrar sus deseos, a veces recónditos, a fin de hallar solución por ellos mismos, según su voluntad. Nadie pretende sustentar verdades definitivas ni ser predictor del futuro, pero resulta humanamente fraterno religar, como necesidad moral, aquello que abruptamente se rompió. Dejar de lado ciertos ritos de erudición compulsiva y advertir que mediante la justicia penal extrajudicial más que de tratamiento cabría hablar de “trato” de las partes y su conflicto.

## X. LA REPARACIÓN

La doctrina alemana señala que cuando el victimario repara está aceptando la vigencia de normas morales de la comunidad. Al conocer el daño irrogado, el autor comprende que la única manera de restañarlo, aun en parte, es por medio de una compensación económica que no le es impuesta con coerción. Cuando reconoce los hechos y, más aún, su responsabilidad (aunque ello no hace al fondo de la mediación) se marca, de manera clara, la diferencia con la indemnización civil por daño, desde que se da entero protagonismo a las partes. Es una convicción que debe surgir o ser aceptada por el victimario y ello abre el camino, esta vez sí, a su readaptación social.

Cuando la reparación es prestada por el justiciable en el transcurso de la mediación o en cualquier momento del juicio, se logra establecer un atenuante a punto tal que en múltiples códigos penales se suspende la pena (Alemania, Francia, Inglaterra, Gales, Países Bajos, Austria, Bélgica, Dinamarca, Holanda). En buena parte de esos países, en los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, la reparación que emana de procesos de mediación con respecto a jóvenes transgresores, constituye una medida educativa más que reparadora. En estos casos, cabe advertir, que no sólo la víctima es de extrema importancia, también lo es la sociedad y la educación en cuanto se le hace ver al joven que, como miembro de ella y frente a ella, tiene responsabilidades por sus actos.

Una de las formas que asume la mediación cuando se le utiliza como medida procesal, es la de formularla como una alternativa al juicio penal y la posterior imposición de penas. Se intenta así sustraer del encierro a un grupo considerable de infractores. De tal modo la figura se engarza en el proceso penal como posibilidad o paso innovador que habrá que desandar con extremo cuidado teniendo en mira los beneficios que importa.

No es esa la única manera de arbitrar la mediación. Es deseable que en cada país o región en que se aplique, adquiera sus propios registros de especificidad con el denominador común de ser una nueva respuesta tendiente a desjudicializar.

Es posible, al menos en Argentina, que jueces, fiscales, abogados que han laborado y, en su caso, luchado en la investigación a fin de establecer el decurso del *iter criminis* y la verdad material, no les será fácil admitir a la mediación penal. Cierto es que se habla y escribe sobre medidas alterna-



tivas de la pena privativa de la libertad pero difícilmente se les piensa en y con sentido restaurador, pues sigue primando el represivo.

No existe una vocación sincera de protección a la víctima y de rescate del delincuente. Sus necesidades, sus problemas, pertenecen a un orden inferior, además de olvidado. Sólo parece importar el control social por un lado y la llamada protección de los ciudadanos. Se invierten ingentes sumas de dinero en la llamada prevención general y especial, en especial en tecnología. No obstante nunca se ha vivido tanta violencia delictiva e inseguridad como en el mundo globalizado de hoy.

## XI. DOCUMENTOS INTERNACIONALES

La Resolución 40/34 de la ONU es conocida como la piedra angular de los derechos humanos de las víctimas y varios Estados la han incorporado a la Constitución (8).

Señala el apartado 5:

Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación, mediante esos mecanismos.

El apartado 7, no deja dudas de la posición innovadora, tendiente al logro del resarcimiento y la agilidad en su consecución: “Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos de solución de las controversias, incluidas la mediación, el arbitraje y la práctica de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas”.

Por el influjo de los derechos humanos y la acción de la victimología, la víctima ha dejado de ser simplemente el “particular damnificado” que es tenido como el testigo que mueve la maquinaria judicial y al que se dispensa procesalmente la posibilidad de constituirse en parte querellante en un legajo penal o que puede demandar en sede civil. Precisamente la Declaración de Naciones Unidas brinda en su apartado 1, una definición descriptiva que si bien no agota todos los extremos posibles, ayuda a comprender hacia donde marchan los pasos innovadores: Expresa:

Se entenderá por “víctimas”, las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluso lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que sufre por el abuso de poder.

A la mediación penal habrá que visualizarla en su fase instrumental como una forma también alternativa del proceso penal. Se trata de que las partes retomen el conflicto y al aceptar tal posibilidad, estar imbuidos por la esperanza de efectuar un arreglo resarcitorio o ir más allá, rumbo a una justicia restaurativa en todo su esplendor y llegar a armonizar socialmente pero, esto último, es un anhelo y por eso, aleatorio.

La naturaleza de la ilicitud penal cometida tiene una relación causal con el resarcimiento que definen a través del mediador. Podrá ser en dinero o bien, en prestación de trabajos; prestación que está en directa relación con la personalidad y posibilidades de trabajo del victimario.

## XII. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA JUSTICIA CONSENSUAL

El Ministerio Público constituye un anclaje confiable en cuanto representa a la sociedad ofendida e intenta hallar justicia, mediante el ejercicio de la acción pública con acuerdo al principio de legalidad. Su dimensión procesal es absoluta y de extrema importancia y los ordenamientos legales, desde la instrucción de procesos hasta la formulación de delitos y penas y subsecuente responsabilidad de los autores, lo sitúa en una creciente escala de independencia aunque el juez es quien deba tomar las decisiones de fondo que el fiscal puede y debe sugerir.

En el diseño legal y de autoridad, según se señala más arriba, debe ceñirse estrictamente al principio de legalidad. El *nullum crimen sine poena* y el *nulla poena sine lege* además de tradicional parece inmovible en su observancia. Y así se recoge en varios pactos y declaraciones internacionales referidas a los derechos humanos. De todo delito y, en algunas legislaciones de toda falta, nace el ejercicio de las acciones.

Ya no basta llegar a la despenalización de ciertos hechos sostenidos como delitos. Es preciso pensar en términos de desjudicialización que implique no entrar al sistema judicial o salirse de él. En principio, en de-

litos de escasa relevancia. Sentir que el conflicto les pertenece antes que nada ni nadie.

Adviértase que la justicia penal indaga al justiciable sobre el hecho delictivo y acumula todos los elementos de convicción a la mano. Salvo en delitos específicos, no se le interroga sobre la responsabilidad que le cabe con respecto a la víctima. Luego deviene una sentencia condenatoria y se le priva del derecho deambulatorio o locomotivo y es alojado en la cárcel. Pierde entonces la posibilidad de tomar conocimiento de las consecuencias de su acto disvalioso, y del sufrimiento que ha causado. Se convierte de inmediato en alguien alejado, ajeno a su propio acto y a su responsabilidad social. Al monopolizar el Estado el conflicto, el problema del victimario es con la justicia penal no con la víctima.

Cabe insistir: no se privatiza el conflicto penal sino que se lo repersonaliza. Vuelve a las partes y éstas pueden entrar en comunicación de modo directo o indirecto, siempre con el mediador, y expresarse con amplitud sobre lo ocurrido y cómo repercute en su espíritu y psiquismo, en la esfera moral y material.

La carencia de toda información entre víctima y victimario acarrea supuestos imprecisos y drásticos. Para la víctima el odio, el desprecio se vuelven míticos. Y, el victimario, por estrategia de supervivencia, se sumerge en especulaciones y recurre a sofismas para su justificación, alejándose de la esencia del acto y de la verdad.

La experiencia indica que en no pocas ocasiones la víctima desea preguntar y repreguntar al autor del hecho sobre cuestiones que la abruman, recibir respuestas que le ayuden a comprender. Y, de parte del victimario, es importante que esté dispuesto a dialogar con su víctima, lo que implica recibir reproches y cuestionamientos.

Roxin ofrece una lúcida exposición en que ubica el modelo consensual —en todos los casos— como formando parte del sistema penal, a la mano del Ministerio Público y del juez. Recuerda que el delito es siempre un conflicto social y que por lo tanto debe atender los problemas e intereses de la víctima y del Estado, superando la rutina del mero castigo. Cabe emplear la intervención estatal para una ayuda efectiva, individual y social.

¿Será difícil conjuntar casos extremos en que la víctima expresa su deseo de perdonar, con lo implementado por la ley? El perdón, tanto como el arrepentimiento, son categorías morales que no sólo subliman el estigma y el dolor sin límites producido por el delito y, en verdad, superan o

acotan los límites de lo jurídico. Dunkel indica que "...la función pacificadora, que en el derecho penal se ha perdido en gran medida, puede alcanzarse del modo más consecuente evitando los conocidos efectos negativos de la sanción penal...". Es hora de advertir que la hiper criminalización a nada conduce, sólo a receptar, una vez más, la crisis de la punición y del instituto cárcel.

### XIII. EL JUEZ HOMOLOGADOR

Las formas consensuales que se recogen en las legislaciones europeas y latinoamericanas (Brasil, Panamá, Perú) en las dos últimas décadas, conducen a una justicia en que el juez deviene homologador del convenio al que arriban las partes. El Ministerio Público puede entonces solicitar el archivo definitivo o condicional de la causa.

El mediador puede ser propuesto por la propia justicia o aceptado por ésta. Y es el diálogo que el mediador propone el que brinde la oportunidad para conciliar antes de mover la maquinaria judicial o ya dentro de ella. Se trata de que la justicia emerja de su rol de fiel administradora de penas mientras el conflicto permanece.

Habrá que hacer girar molinos y romper la dependencia placentaria hacia la acción pública. Se trata de un cambio ideológico y, por ende, de la mentalidad jurídica y social. En una palabra, el principio de obligatoriedad con respecto al ejercicio irrestricto de la acción penal por parte del Ministerio Público, consecuencia del de legitimidad, debe dar paso y convivir con los principios de oportunidad y disponibilidad. Dar la posibilidad al Ministerio Público de no instar el procedimiento penal sino la mediación.

En los casos de mediación directa la realiza el propio fiscal, según ocurre en Francia, circunstancia que ha provocado serias críticas pues no se trata de juntar o yuxtaponer sistemas o hacer sentir la presencia del funcionario que investiga y acusa.

### XIV. EL VICTIMARIO TOMA CONCIENCIA...

Cuando el sospechoso de un delito o quien resulta condenado va a prisión es impensable, según señalé más arriba, que describa un sentimiento de culpa por el hecho delictivo, piense en su víctima o asuma una actitud de arrepentimiento. Por más moderna que sea la cárcel, ahora la

víctima es él y no siente ninguna necesidad de reconstruir las secuencias del hecho delictivo o imaginar el daño causado. Y si lo hace es para intentar fijar los parámetros, casi siempre ilusorios, de su inocencia, o hallar atenuantes a fin de disminuir su responsabilidad penal. Salvo casos aislados de remordimiento, el victimario en prisión, y aun fuera de ella, no vuelve sobre los hechos y, menos aún, a su víctima.

Para la justicia restaurativa tan sólo la circunstancia de que se reconozcan los hechos —no ya el arrepentimiento— puede ser el origen de un nuevo camino. La alternativa de la mediación penal y la posible conciliación entre las partes, imprime nuevos bríos a la readaptación social que deja de ser una estéril petición de principios.

La aproximación y el reconocimiento de “su víctima” da al infractor la posibilidad, de sentir pulsiones humanas que lleven a la reflexión; de manifestarse con autonomía, circunstancia que lo ubica en un plano propicio para asumir su obligación, desde que ha aceptado participar en la mediación. Es que esa aceptación implica un reconocimiento tácito de la ocurrencia de los hechos. De lo contrario no la aceptaría...

Ese acercamiento y la adhesión que ha prestado al resarcimiento material o simbólico, resulta mucho más importante que un tratamiento carcelario. La conciencia del perjuicio, al religarse en un diálogo con su víctima suele producir, según las experiencias recogidas en varios países, una suerte de inquietud y consternación profunda, al margen del resarcimiento que deba prestar. Y, cabe repetir: no hay readaptación sin un profundo arrepentimiento. Es un principio que, con ligeras variantes, se encuentra en el dogma o la doctrina social de las religiones hebrea y católica.

No se buscan conductas estelares, sólo dar la posibilidad de que el nexo que se establece con la víctima, devuelva a las partes la oportunidad de recrear vínculos de humanidad. Tampoco en la mediación se juzga la culpabilidad ni se acopian pruebas... De ahí que el victimario no se siente marginado sino incluido dentro del espíritu de la mediación y tal circunstancia la sitúa como una formulación de prevención del delito pues se entiende que conocer los efectos abrumadores de hechos penales debería conducir a no reiterarlos. Los actores del drama penal, por propia decisión, deben superar el horror causado y soportado.

Se ha dicho que cuando se arriba a la conciliación, las partes crecen. Dar la cara en problemas interpersonales o intersubjetivos, implica demostrar la capacidad de cooperar, de solucionar y sublimar conflictos.

Desandar lo vivido enseña a escuchar y a descubrir al otro. La oportunidad de reconstruir la trama permite proyectar un mejor entendimiento pero también dan la posibilidad de que se religuen lazos en niveles impensados. Se reanudan, se atraen, se robustecen vínculos, se descubren errores, se corporizan hallazgos, las ganas del otro, que definen, al fin, a la estirpe humana.

Se cierran círculos de aproximación a la justicia. A la verdadera justicia, más humana, más preservadora y reparadora que cualquier contienda tribunalicia. Es que la mediación penal se inscribe en las ideas del derecho penal mínimo pues entraña la desjudicialización que implica el retorno del conflicto a las partes que lo protagonizaron.

El diseño del principio de legalidad sobre la obligatoriedad de la persecución de todos los delitos de acción pública, aparece superado y es susceptible de una seria revisión con respecto a ciertos delitos. La similar intensidad e igualitario tratamiento para todos y cada uno de ellos, no ha dado resultados en los términos que la ley esperaba con su persecución ni para el infractor ni para la víctima y, por ende, la sociedad.

El excesivo volumen de causas penales; las carencias presupuestarias para ampliar la cantidad de juzgados; la falta de personal idóneo; el escaso acceso a la justicia de las víctimas; las falencias policiales en la prevención; la desidia de ciertos jueces; la escasa o nula participación del pueblo dictando justicia mediante jurados: el dispendio y aceptación de la detención preventiva que se ha constituido en una nueva pena en que se transgreden esenciales derechos humanos; la escasa posibilidad de efectuar cambios procesales de fondo por la oposición que formulan ciertos docentes y legisladores adscriptos a un modo discursivo que parece ignorar la realidad social; a los políticos que reclaman soluciones para la fecha en que las solicitan (o para un día después) y temen ser considerados “blandos” y perder votos si se animan a efectuar un cambio estructural o ideológico hacia la justicia restaurativa en tiempos de mano dura...

Pero, ¿cómo sustraer al Ministerio Público (y al juez natural) frente a una ilicitud penal —por mínima que fuese— del deber de investigación mediante el ejercicio de la acción pública? Frente al delito la atención se dirige de inmediato, de modo automático, a preservar al punto nodal del sistema penal clásico: el principio de legalidad (reserva, obligatoriedad, oficialidad, necesidad o indisponibilidad). ¿Cómo impedir a la sociedad ofendida (y tantas veces ofuscada por el ilícito penal), descargar su sentido vindicante, expiatorio, de contragolpe social, mediante sus fiscales y

jueces? De ahí que como un feudo inexpugnable y aun para los delitos de acción pública más menudos, proceda —cual tradición insondable— la actividad compulsiva del Ministerio Público y la justicia que hoy como ayer tenían y tienen el deber de la persecución y el juzgamiento de los delitos.

Cabría preguntar ¿cuánto dura la ofuscación social, la ofensa y cuánto un juicio penal? Esa postura ¿acompa a los tiempos actuales?

Nadie pretende suprimir un principio de garantía, tanpreciado como el de legalidad, sólo que se acepte la convivencia con el de oportunidad para ciertos delitos. El asalto a un banco o el hurto de un *sandwich*, de frutas, golosinas o un kilogramo de fideos, se persiguen y condenan judicialmente por igual. Es una tradición establecida que choca con la realidad. Por otra parte existen múltiples ilicitudes penales que no tienen significación o muy menguado interés e inhiben la investigación de delitos graves de la delincuencia organizada y los *white collar* ligados muchas veces a la corrupción. Esperanzas vanas sobre una ineficiencia que conmueve a la inteligencia dolorida y a la política criminal.

Habrá que apartarse del principio de legalidad en esos casos bagatelares sin temer el ultraje a los mitos fundadores. Se trata de evolucionar no de destruir. Es la tendencia mundial que hoy se proyecta en las legislaciones reflexivas frente a realidad concreta de no querer asumir el lastre de la derrota de la obligatoriedad de la acción pública.

Cabría preguntarse si no existe un pequeño campo de acción reservado a la convivencia de otras concepciones que no requieran de sentencia judicial. Y tener en claro que la justicia restaurativa no viene a recoger deshechos judiciales sino, en todo caso, como nueva alternativa de avance hacia el minimalismo penal.

## XV. BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, Alessandro, *Cárcel y Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.
- BARBERAN, Jaumen Martín, *La mediación dentro del contexto actual de la justicia de menores*, comunicación presentada en la VII Conferencia de Abolicionismo Penal (ICOPA), Barcelona, 17 al 19 de mayo de 1995.
- BERNAT DE CELIS J., “En torno a la mediación como camino alternativo al sistema penal”, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1987.

- BONAFÉ SCHMITT, J. P., *La médiation; une justice douce*, París, Syros Alternatives, 1992.
- , *La médiation, un nouveau mode de régulation sociales en Histoires de Développement*, num. 20, Ciedel, diciembre de 1992.
- CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1991.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La reivindicación del ofendido. Un tema de la justicia penal”, *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*, vol. I, núm. 1, México, 1996.
- GUERRA, Jesús, “La personalidad de la víctima”, *Las víctimas del delito*, San Sebastián Instituto Vasco de Criminología, Cuadernos de Extensión Universitaria, 1997.
- GIMÉNEZ-SALINAS, Esther, “La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal”, en Soria, M. (comp.), *La víctima entre la justicia y la delincuencia aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, Barcelona, PP.
- NEUMAN, Elías, *Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, Universidad, 1994.
- NINO, Ezequiel, *La inconveniencia de un sistema que procura perseguir todos los delitos con la misma intensidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, núms. 64 y 65, 1996.
- ROXIN, Claus, *La reparación de las víctimas en el marco de las sanciones penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.