

La necesidad de aplicar el control de convencionalidad en la prohibición de acudir a la justicia restaurativa en el delito de violencia familiar*

The need to apply conventionality control in the prohibition of resorting to restorative justice in the crime of family violence

Dánika Lucía Yamileth Carrasco Clavo**

RESUMEN

Nuestro estudio defiende la posición que los jueces penales realicen interpretación convencional, y por ende control de convencionalidad, tomando en cuenta las resoluciones de Naciones Unidas donde se ha reconocido el derecho humano de la víctima del delito de acceder a los mecanismos alternativos de solución de controversias, como la mediación o conciliación, para efecto que los involucrados (víctima y agresor) del delito de violencia familiar acudan a los centros de justicia restaurativa y de llegar a un acuerdo, el mismo sea sometido al procedimiento de homologación judicial y en su momento sea declarada la extinción de la acción penal.

PALABRAS CLAVES

Control de convencionalidad, Interpretación convencional, Justicia restaurativa, Naciones Unidas, Violencia familiar.

ABSTRACT

Our paper defends the position that criminal judges carry out conventional interpretation, and therefore conventionality control, taking into account the United Nations resolutions where the human right of the crime victim to access alternative dispute resolution mechanisms has been recognized, such as mediation or conciliation, so that those involved (victim and aggressor) of the crime of family violence go to the restorative justice centers and if an agreement is reached, it is submitted to the judicial approval procedure and at the time it is declared the extinction of the criminal action.

KEY WORDS

Conventional control, Conventional interpretation, Restorative justice, United Nations, Domestic violence.

*Artículo de Investigación postulado el 1° de agosto de 2022 y aceptado el 21 de diciembre de 2022.

**Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Perú. (estudiobenavente@yahoo.com)
orcid.org/0000-0001-9475-1646

SUMARIO

1. Introducción.
2. Justicia restaurativa y el delito de violencia familiar.
3. Control de convencionalidad y la prohibición legal de acudir a la justicia restaurativa en el caso de violencia familiar.
4. Conclusiones.
5. Bibliografía citada.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestra región, identificamos países que han prohibido la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de controversias cuando el hecho señalado en la ley como delito constituye violencia familiar.

Así, en el año 2005, mediante la Ley N° 20.066, Chile prohibió aplicar los acuerdos reparatorios en la citada figura delictiva. Asimismo, en México, en el año 2014 se reformó el artículo 187° del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano, estableciendo la improcedencia de los mencionados acuerdos en el delito de violencia familiar.

En el Perú, no se ha regulado la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa en el proceso penal; sin embargo, en el año 2017 se reformó el artículo 57° del Código Penal peruano donde se prohibió suspender la ejecución de la pena privativa de libertad cuando se dicta sentencia condenatoria por el delito de violencia familiar, siendo interpretada por la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario 09-2019, que la sanción deberá ser efectiva, salvo que se disponga la conversión de la mencionada pena en prestación de servicios a la comunidad, de conformidad con el artículo 52° del Código Penal peruano. Además, en el año 2018 se reformó la Ley N° 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”, en el extremo de prohibir la aplicación del principio de oportunidad en la figura delictiva multicitada.

Situación distinta ocurre en Colombia, donde si bien la Ley N° 1542, del año 2012, estableció que no es un requisito de procedibilidad la conciliación preprocesal para efecto de presentar la noticia criminal por el delito de violencia familiar, ello no ha sido inconveniente que las denominadas “Casas de la Justicia” sigan ofreciendo a la comunidad los servicios de la mediación y conciliación para resolver el conflicto intrafamiliar, a pesar que está sancionado en la ley como delito.¹

¹ (Indaburu y Sarmiento, 2020:37).

No obstante, consideramos que prohibir la justicia restaurativa en el delito de violencia familiar contraviene lo aprobado por Naciones Unidas, y sus organismos como el Consejo Económico y Social. Así, en la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, reconociéndose a las víctimas del delito, el derecho al acceso a los mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.²

Asimismo, el 07 de Enero de 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas estableció los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa, precisando que los mecanismos de justicia restaurativa son menos costosos y más eficaces que las opciones de la justicia penal ordinaria en muchas circunstancias, y en algunas ocasiones más acordes a las necesidades de las poblaciones autóctonas o aborígenes; agregando, que el mediador no debe continuar con el procedimiento restaurativo si advierte diferencias entre los intervinientes conducentes a una desigualdad de posiciones, debiendo de comunicar su decisión a los actores, quedando expedita la vía judicial.

Frente a ello, en el presente artículo, plantearemos que se puede aplicar un control de convencionalidad, invocándose las citadas resoluciones, a pesar que son propias de un *soft law*, para efecto que los involucrados en un conflicto de violencia familiar puedan acceder a la justicia restaurativa y salir beneficiados de las ventajas de la misma, siendo la regla que sea el facilitador quien decida no continuar con el procedimiento restaurativo si, y según el caso concreto, advierta una desigualdad de posiciones entre los intervinientes en el conflicto.

2. JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL DELITO DE VIOLENCIA

2.1 Concepto y figuras de la justicia restaurativa

La justicia restaurativa es entendida por las Naciones Unidas como una respuesta evolucionada a la criminalidad, fundada en la dignidad y en la equidad de cada persona, promoviéndose la sanación de la víctima, infractor y comunidad.³

Al respecto, la razón evolutiva gira en torno a los sujetos que son alcanzados por la justicia restaurativa, pero también por los conflictos que pueden ser

² (Cárdenas, 2008: 57).

³ (Domingo, 2012:06).

objeto de la misma; al respecto, McCold y Wachtel⁴ apuntan que este tipo de justicia surgió en la década de los setenta del año pasado, a través de la mediación entre víctimas y agresores, ampliándose su alcance en los años noventa, para incluir a las comunidades de apoyo, entre ellas a la familia y amigos de la víctima y el victimario, en procedimientos de colaboración intitulados como reuniones de restauración y círculos.

En cuanto a la aplicación de la justicia restaurativa en fenómenos delictivos, se ha dado una apertura a más ilícitos penales, entre ellos los sexuales, porque como indica Regalado al analizar la mediación penal en el incesto, se está tratando sujetos y no con penas, generándose un espacio donde se involucran a los intervinientes en la relación sexual desvalorada por el Derecho penal, para efecto que la familia incestuosa se re-estructure sanamente, de re-construir nuevos lazos afectivos y vínculos sanos entre sí y con la sociedad, de la cual estaban aislados.⁵

Asimismo, los mecanismos de justicia restaurativa permiten el ejercicio del derecho al acceso a una justicia pronta y expedita a favor de las víctimas del delito,⁶ en razón que se procura dar resolución al conflicto penal a través de una solución que beneficie a las partes, pero a su vez tutelándose los derechos afectados por el fenómeno delictivo.

Ello ha conllevado su aceptación y promoción por parte de las Naciones Unidas, emitiéndose la Resolución 12/2002, donde se indica que el proceso de restauración es cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y, cuando corresponda, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado, participan activamente en la resolución de problemas que surgen del incidente, generalmente con la ayuda de un facilitador. En esa inteligencia, el objetivo del proceso de restauración es alcanzar un resultado restaurativo, el cual, para la citada Resolución de Naciones Unidas, consiste en el acuerdo construido, que incluye respuestas y programas como reparación, restitución y servicio comunitario, con el objetivo de satisfacer las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes, así como promover la integración entre víctima y delincuente.

En ese marco, se han identificado como figuras de la justicia restaurativa en el marco al tratamiento del fenómeno delictivo: 1) la mediación, 2) la conciliación y 3) la junta restaurativa. Así, en la primera figura aparece la figura del

⁴ (Citados por Jiménez, 2015:164).

⁵ (Regalado, 2010:132).

⁶ (Becerra, 2009, p. 182).

mediador, quien con su asistencia y experticia al dirigir el proceso restaurativo, ayuda a las partes a generar sus propias soluciones, claro está, sin sugerir alguna alterna, opción o fórmula.⁷

Por otro lado, está la conciliación, donde el conciliador, además de fungir como puente de comunicación entre los intervinientes del conflicto penal, tiene la competente de expresar su opinión en torno a la solución más equitativa, por ende, proporcional, en beneficio de las personas que buscan la restauración del drama penal.

Finalmente, citamos como tercera figura de la justicia restaurativa, la denominada junta restaurativa; en efecto, se está ante un mecanismo en donde los involucrados en el conflicto y, en su caso, la comunidad afectada, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un acuerdo, en donde se atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, incluyendo la recomposición del tejido social.

2.2 *El delito de violencia familiar*

Carrillo y González documentaron lo ocurrido en el foro “Justicia alternativa. Una solución a la violencia doméstica”, realizado el 13 de febrero de 2006, en Guadalajara, México; al respecto, nos ha llamado la atención la posición de la ex Diputada mexicana Marcela Lagarde, quien en dicho foro precisó que se debe prohibir la conciliación y la terapia de pareja en el delito de violencia familiar, porque se les manda a las mujeres a conciliar con sus agresores, máxime si sus denuncias lo realizan tardíamente, esto es, cuando han sufrido lesiones graves o se considera en peligro la vida.⁸

Al respecto, nos distanciamos de la postura citada invocando tres razones. En primer lugar, se desconoce que la estructura típica del delito de violencia familiar no se agota en el maltrato físico, sino que también está presente el maltrato psicológico, que dota de contenido a las denuncias por humillaciones, vejaciones u ofensas en contra de mujeres o bien de integrantes de un mismo grupo familiar; es decir, no se puede generalizar que en todos los casos opera una denuncia tardía y siempre por lesiones graves; menos aún que ello implique obligar que las víctimas necesariamente transiten por todas las etapas del proceso penal, cuando el Estado está en la obligación de brindarles mecanismos de acceso a la justicia que les garantice una solución al conflicto jurídico de manera rápida y expedita.

⁷ (Peña, 2001:117).

⁸ (Carrillo / González, 2006:309).

En segundo lugar, no se ha atendido el trabajo que sobre el tema de violencia familiar ha realizado las Naciones Unidas. En ese sentido, se recuerda la Segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizado en el año 1980, en la ciudad de Copenhague, donde por primera vez se hace mención a la violencia familiar, su especial gravedad y la diversidad de causas que confluyen para que se genere, ocasionando situaciones verdaderamente insostenibles para la familia y la sociedad. Sin embargo, en 1985, en la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en la ciudad de Nairobi, se exhortó a los Estados a tratar, de la manera más adecuada y eficaz posible, tanto a las mujeres víctimas de la violencia que se desarrolla en el ámbito familiar y a los varones que ejercen los actos violentos, ello con la finalidad de prevención del fenómeno que afecta a la mujer y, además, a todo el entorno de la comunidad familiar y, en extensión y alcance, a toda la sociedad en general.

En ese contexto, en el año 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 40/36, en donde se indicó que el abuso y la agresión en la familia son problemas fundamentales que generan efectos físicos y psicológicos graves en cada uno de los integrantes de la familia, especialmente los jóvenes, y ponen en peligro la salud y supervivencia de la unidad familiar. En esa lógica, se convocó a los Estados Parte de las Naciones Unidas a que adopten todas y cada una de las medidas que sean necesarias para combatir el fenómeno de la violencia familiar y proporcionar una adecuada atención a las víctimas de dicho problema, así como adoptar medidas específicas con miras de lograr que el sistema de justicia penal y civil presenten una respuesta más sensible a la violencia familiar. Sin embargo, en ningún momento la Asamblea General acordó prohibir la justicia restaurativa para los casos de violencia familiar, y menos la consideró como el obligar a la víctima a ver a su agresor o bien reconciliarse con el referido sujeto, por lo que, son etiquetas que infundadamente se le ha atribuido a la justicia restaurativa.

Lo señalado se ve reforzado cuando el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas aprobó la Resolución 1988/27, denominado “Esfuerzos para Erradicar la Violencia contra la Mujer dentro de la Familia y la Sociedad” precisando la necesidad de que las instituciones y organizaciones, tanto públicas como privadas que tratan el problema de la violencia familiar, establezcan lazos de cooperación y colaboración con las organizaciones de naturaleza intergubernamental para determinar acciones complementarias en áreas como la justicia penal, que concreten la erradicación eficaz de la violencia doméstica.⁹

⁹ (Rico, 1996:36).

Asimismo, en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 45/114, “Resolución General sobre la Violencia Familiar”, donde se resalta la mención que la puesta en peligro de la salud de la familia, así como su propia sobrevivencia, no pueden permanecer ajena, recomendándose que los Estados adopten medidas y políticas comunes y multidisciplinarias que aborden, resuelvan y prevengan la problemática derivada de dicha forma de violencia.

Frente a ello, el marco de trabajo de Naciones Unidas nos conduce a la intervención multidisciplinaria en el tema de violencia familiar, sin reducir el ámbito de solución únicamente a la imposición de la sanción penal, por lo que no resulta congruente que países como Chile, México y Perú hayan decidido excluir a los facilitadores en mecanismos alternos de solución de conflictos del drama familiar, al prohibir la celebración de acuerdos reparatorios por la comisión del delito de violencia familiar.

Finalmente, como tercera razón para no compartir la posición de Marcela Lagarde es que nos conduce a la idea que la mejor forma de proteger a la mujer y a los integrantes de un núcleo familiar, es enviar a los denunciados a la cárcel, una vez que se les haya dictado una sentencia condenatoria firme, siendo receptora el mensaje de las críticas en torno que la prisión no constituye una fórmula mágica que mejora la calidad de vida y de trato de los miembros de la sociedad, y menos que haya generado la tan anhelada reinserción social. En ese contexto, nosotros somos de la postura que la violencia familiar no se reduce a sus manifestaciones más graves, porque también son disvaliosas para la dignidad humana toda forma de violencia, sea física, psicológica, sexual, laboral, educativa o la sexista, siendo que el Estado tiene la obligación de velar por las víctimas del delito, sin caer en el populismo: está preso el agresor y concluyó el asunto; se pierde de vista que el problema sigue abierto, dado que, la víctima en qué situación queda, y su núcleo familiar cómo va a procesar el dolor propio de la comisión de un delito, y ello se extiende a otras comunidades del entramado social donde la víctima directamente se relaciona, como el círculo amical, laboral o educativo, o bien la comunidad donde vive; todo ello, torna atendible acudir a los mecanismos de justicia restaurativa, como opción que tienen las víctimas de llegar a un resultado restaurativo tanto con el agresor como con la sociedad.

2.3 Aplicación de la justicia restaurativa en el delito de violencia familiar

Si no se minimiza o se ignora los diferentes fenómenos de violencia que ocurre en la familia, entonces seremos capaces de asumir adecuadamente la responsabilidad; pero no para la disolución de la familia, sino para su reorganización,

a través de la cooperación de sus integrantes, incluyendo quien generó el conflicto. En efecto, mientras el método del litigio incorpora un sistema de ataque y defensa, e incluso de prueba, sobre aspectos muy íntimos de la familia, conllevando a la profundización del conflicto, la justicia restaurativa busca que se regulen sus relaciones futuras.¹⁰

Mientras las víctimas, a veces son sometidas al poder de los abogados en contra del victimario, la justicia restaurativa puede ayudar a las víctimas a comunicarse de modo más seguro con el abusador y lograr poner fin a la violencia; permitiendo que los victimarios exploren la opción de un tratamiento.¹¹

Frente a ello, en la Unión Europea, en Reino Unido, en Canadá, en los Estados Unidos, en Colombia, en Australia, en Nueva Zelanda, en Tailandia y en Sudáfrica, es procedente la justicia restaurativa en la violencia familiar,¹² en el entendido que el resultado restaurativo no consiste en un conjunto de obligaciones desproporcionales, o bien que el acuerdo arribado sea producto de la discriminación que la víctima ha sufrido durante el procedimiento restaurativo, teniendo oportunidad la interviniente afectada de solicitar que la fiscalía o el órgano jurisdiccional no apruebe el referido acuerdo, al haber sido instrumentalizado para la revictimización de la persona afectada por los actos de violencia familiar.

Sin embargo, y como meridianamente lo abordamos en el apartado anterior, no se puede ignorar aquellos argumentos que postulan que no conviene acudir a la justicia restaurativa en el caso de violencia familiar. Al respecto, González precisa que una primera objeción es que no se respetan los derechos y las protecciones que el sistema judicial le otorga a la víctima.¹³

No obstante, este dato no es correcto, porque una vez impuestas las medidas de protección tanto su duración como su prórroga no se suspenden o se ven condicionadas por acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal y solamente el juez puede dejarlas sin efecto; y por el contrario, una vez celebrado el acuerdo restaurativo, el proceso penal, y por ende las medidas de protección, no concluyen, hasta que opere la extinción de la acción penal por cumplimiento de lo acordado, e incluso se cuenta con la figura de la re-mediación para efecto que los expertos en justicia restaurativa conozcan las causas por las cuales no se viene cumpliendo con lo acordado y se arrije a una fórmula de solución, sin perjuicio que de continuar la situación

¹⁰ (González, 2013:232).

¹¹ (Gianella / Curi, 2002:305).

¹² (Rondón, 2015:179).

¹³ (González, 2013:131).

de incumplimiento se ponga de conocimiento de las autoridades para que se reanude el proceso penal.

Una segunda objeción informa González es aquella que plantea que la justicia restaurativa implica intervenir en relaciones en las cuales existe un notable desequilibrio de poder, por lo que podría ser peligroso promover que la víctima se arriesgue a perturbar al victimario, especialmente cuando la situación de abuso no ha cesado, agravando la situación de riesgo o vulnerabilidad en que se encuentra la víctima.¹⁴

Al respecto, no se ignora que los mecanismos alternativos deben propiciar condiciones de equilibrio entre los intervinientes; por lo que, si el facilitador aprecia que tal equilibrio no se presenta en el caso concreto, entonces no debería continuar con el procedimiento restaurativo, comunicando a las partes, así como a la fiscalía o al juzgado, según fuese el caso, para efecto que el procedimiento penal continúe; pero ello no implica generalizar todos los casos que justifique la prohibición legal de la justicia restaurativa en la violencia familiar, sino es un asunto que ocupa ser particularizado, a través de las sesiones que se practiquen durante el procedimiento restaurativo, para efecto de identificar la naturaleza y circunstancias de la controversia, así como las necesidades de los intervinientes y sus perspectivas individuales.

Así, en el caso concreto de la mediación, usualmente se incorporan un diagnóstico previo de la situación, para evaluar si el caso es apto para ser trabajado en mediación; para ello, se trabaja en sesiones privadas con cada interviniente, evitando la intimidación y la agresión en la relación víctima-victimario durante las sesiones, y si se obtiene un diagnóstico favorable a la justicia restaurativa, entonces el caso es incorporado en la solución redes de intervención, de carácter integral e interdisciplinaria.¹⁵

Ahora bien, ¿qué pueden acordar los intervinientes de un conflicto de violencia familiar? Con la asistencia del facilitador, los intervinientes podrán acordar obligaciones de dar como sería el caso de la restitución o de la compensación, en atención a la naturaleza y gravedad del daño a reparar o bien el cumplimiento de obligaciones alimentarias. En esa inteligencia, los conceptos de daño, como el físico, el moral, el material, así como los perjuicios como el lucro cesante y el daño emergente son conceptos legalmente indemnizables, por lo que, la mediación o la conciliación puede girar en tales términos.

¹⁴ (González, 2013:131).

¹⁵ (González, 2013:232).

Sin embargo, la adecuada reparación no debe estar subordinada a la capacidad económica del obligado, por la sencilla razón que nadie elige al pudiente como autor de las agresiones; sin embargo, y ello los mecanismos alternativos procuran, la voluntariedad y la equidad permiten que los intervinientes acuerden un monto indemnizatorio idóneo pero sobretodo cumplible en su pago, porque si bien el incumplimiento del acuerdo reparatorio conllevará que se ejerza la acción penal, pudiendo la víctima, luego de obtener una sentencia favorable firme, acceder a prestaciones estatales de ayuda a las víctimas del delito, ello no debe ser la meta de la justicia restaurativa, sino que la misma consiste en que los intervinientes cumplan con lo acordado.

Asimismo, el acuerdo restaurativo también puede presentar obligaciones de hacer como el ingreso a programas o tratamientos de adicciones, terapia individual, de pareja o familiar, el cumplimiento de un régimen de visitas o la prestación de servicios a la comunidad.

En ese contexto, el éxito de los mecanismos alternativos no se mide porque el agente no vuelva a delinquir, pero las medidas de restauración si puede implicar que los involucrados, a través de los expertos, enfrente las causas por las cuales delinquen, con la expectativa que las decisiones que tome en el día a día conlleve el respeto a las normas, empezando por reconocer que uno es responsable de sus propias acciones y que se debe disculpar cuando se haya dañado a alguien, sin buscar algo a cambio como el perdón o que vuelvan a hacer pareja, dado que, son decisiones ajenas a su campo de voluntad y si quien decide ha tomado otra opción tendrá que respetar lo decidido.

Además, el acuerdo restaurativo también puede presentar obligaciones de no hacer, como es el caso de no comunicarse o acercarse a una determinada persona, o bien el compromiso de no repetir un determinado comportamiento que fue lo que condujo al conflicto.

Ahora bien, para el logro de un acuerdo restaurativo equitativo en materia de violencia familiar, resultan relevantes los denominados encuentros restaurativos, las conferencias comunitarias o de grupo familiar, los círculos de sentencia, así como los tratados de paz, donde se involucran a un mayor número de participantes en el proceso de negociación.¹⁶

Finalmente, ¿qué ocurre si se llegó a un acuerdo restaurativo sin observarse la equidad? Las autoridades, sea fiscalía o juzgado, en los términos de ley están autorizados a desaprobar el acuerdo, por ejemplo, al verificar que las obligaciones que se han contraído son desproporcionales, o que los intervinientes no

¹⁶ (Barboni / Valls, 2014:201).

participaron en condiciones de igualdad para negociar o bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción.

3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA PROHIBICIÓN LEGAL DE ACUDIR A LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL CASO DE VIOLENCIA FAMILIAR

Los Estados, desde el siglo pasado, han acordado emitir documentos internacionales donde se reconocen los derechos humanos a un estándar internacional. El producto es el denominado derecho internacional de los derechos humanos, donde se interrelacionan los derechos internacional, constitucional y procesal. En ese contexto, se han establecido órganos de supervisión y control supranacionales, cuyos pronunciamientos marcan el rumbo de la protección internacional de los derechos humanos, integrándose un corpus iuris, que a la par de los instrumentos internacionales, constituyen la orientación en la temática de los derechos humanos.

En ese contexto, se cuenta con el control de convencionalidad, que en un sentido estricto aplicado al sistema interamericano de protección de derechos humanos, consiste en el control de compatibilidad que realiza la Corte Interamericana entre el acto de violación y el Pacto de San José, incluyendo sus protocolos adicionales, generándose responsabilidad internacional del Estado de comprobarse la violación convencional.¹⁷

Asimismo, el control de convencionalidad en un sentido amplio implica en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en razón, no solamente de la competencia contenciosa de la Corte, la cual en principio denotaría un efecto inter partes, sino que la observancia obligatoria de las decisiones de la Corte obedece a la competencia por razón de comunidad (*ius commune*).¹⁸

Sin embargo, apreciamos una limitante para nuestra postura la clasificación de *hard law* y *soft law* utilizada en la teoría de las fuentes del derecho internacional. En efecto, por *hard law* se entiende a aquellos instrumentos o prácticas generales de carácter obligatorio, cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional del Estado. En cambio, por *soft law* se entiende al conjunto

¹⁷ (Ferrer / Silva, 2011:56).

¹⁸ (Albanese, 2008:09-12; Hitters / Fappiano, 2007:13-20; Sagües, 2010:457-458).

de principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante, pero que producen efectos jurídicos.¹⁹

Al respecto, es preocupante que se agrupen algunos documentos internacionales de protección de los derechos humanos de la víctima del delito como soft law. En efecto, los derechos victimales presentan como hito universal la aprobación de resoluciones por la Asamblea General de las Naciones Unidas, como la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985, así como los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones de 2005; sin embargo tales resoluciones no poseen carácter jurídico obligatorio, generando opiniones como el de Vacas, quien precisa su anhelo que dichas resoluciones tengan algún día, para efecto que sean consideradas como jurídicamente obligatorias para todos los Estados.²⁰

En ese sentido, a pesar que el artículo 7° de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, ha establecido que se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas, dicho principio presentaría la misma condición de ausencia de carácter obligatorio.

Tampoco sería vinculante el apartado II de los Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, donde se ha previsto que los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, no haciendo distinción entre delitos, así como que sea potestad del facilitador el decidir no continuar con el proceso restaurativo si aprecia diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones o bien diferencias culturales entre las partes.

Frente a ello, piénsese que X interpuso denuncia por violencia familiar en su modalidad de violencia psicológica, en contra de su ex pareja Y, en razón que este último le propinó insultos, a consecuencia de un desacuerdo en el horario para visitar a los hijos menores de edad. En sistemas jurídicos como el mexicano, donde por disposición del artículo 187° del Código Nacional de Procedimientos Penales está prohibido la mediación o conciliación en el delito de violencia

¹⁹ (Toro, 2006:528, 533).

²⁰ (Vaca, 2013:548).

familiar, el juzgado debería abrir proceso penal dictando auto de vinculación a proceso en contra de Y e imponerle la respectiva medida cautelar; ahora bien, quedaría subsistente otra salida alterna prevista en el ordenamiento jurídico mexicano, como es la suspensión condicional del proceso a prueba, salvo que la pena por el cual se castigue a la violencia familiar exceda la media aritmética de cinco años de prisión, no actualizándose los requisitos de procedencia de la suspensión, de conformidad con el artículo 192° del citado Código

Pero, en cualquier caso, apreciamos que el conflicto ha sido tratado superficialmente, sin haberse aplicado ninguna técnica propia de la justicia restaurativa, actuando el imputado con el motivo que su caso se suspenda y obtener un futuro sobreseimiento por cumplimiento de las reglas de conducta judicialmente fijadas cuando se acordó la suspensión condicional del proceso a prueba, pero sin hacerlo enfrentar, conjuntamente con la víctima, a las causas del conflicto, siendo razonable suponer que en cualquier momento la violencia puede volverse a dar, so pretexto de cualquier motivo, como sería el caso: *no me deja ver a mis hijos*.

La situación empeora en sistemas jurídicos como el peruano, donde no se ha legislado la aplicación de la justicia restaurativa en el ámbito penal, y por el contrario ha adoptado, en el marco de la violencia familiar, la regla de ejecutar las penas de prisión así sea de corta duración, sin que se cuente con medidas alternativas a la pena de prisión, salvo la prestación de servicios a la comunidad; por ende, se ha asumido la ideología que el conflicto familiar se gestiona a través de la cárcel, sin atender a los efectos estigmatizantes de la sanción punitiva.

Todo ello contraviene la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos, aprobada por Naciones Unidas mediante la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, negándose a la víctima el derecho humano a obtener una justicia pronta y expedita, así como a la reparación integral del daño, a través de la justicia restaurativa.

Lamentablemente el desconocimiento de los alcances y beneficios de los mecanismos alternativos ha imperado, porque se piensa que la víctima de violencia familiar quedaría desprotegida o re-victimizada si se la conduce con los facilitadores de mediación o conciliación; que se les estaría beneficiando a los agresores, cuando lo que se ocupa es una tolerancia cero a través de su reclusión en establecimientos penitenciarios, sin interesar lo ineficaz que son los actuales programas de resocialización.

Asimismo, se ocupa también entender que el denominado soft law no impide que los operadores conozcan los alcances de las resoluciones de justicia restaurativa aprobadas por Naciones Unidas e interpreten el derecho interno a la luz

del reconocimiento mundial del derecho de la víctima del delito a acceder a los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ámbito penal.

En efecto, el soft law si generan efectos jurídicos, sea en clave de costumbre internacional, interpretación convencional o fuente para la creación de legislación interna. Los operadores deben asumir la interpretación convencional, considerando que el control de convencionalidad no puede reducirse al Pacto de San José, sino que debe atender al sistema universal de protección de los derechos humanos, asumiendo su función de controlar los acuerdos reparatorios que los involucrados en el conflicto penal han celebrado con asistencia del facilitador, homologando cuando los mismos, de manera equitativa, han solucionado el conflicto penal, por ejemplo, cuando los padres entienden que los hijos tienen el derecho de convivir tanto con papá y mamá, en el horario que organizadamente los adultos hayan podido fijar, comprometiéndose en mantener la armonía familiar y que funcione lo que se acuerde, con amplitud de criterio.

4. CONCLUSIÓN

Es de sobra conocido que la pena no repara el tejido familiar y, por el contrario, es producto de un proceso judicial de larga duración, donde no se ve garantizada una adecuada reparación del daño. En esa inteligencia, no se ve reforzada la institución de la familia cuando se prohíbe la intervención de facilitadores en mediación y conciliación en el conflicto familiar tipificado como violencia familiar, debiéndose atender las resoluciones de Naciones Unidas que reconocen como derecho humano de la víctima del delito, el que pueda acceder a la justicia restaurativa; para ello, se debería derogar las prohibiciones legales, para efecto que sea el facilitador quien, al evaluar a los intervinientes del conflicto penal, establezca si se está o no ante un caso de desigualdad de posiciones que impediría continuar con el procedimiento restaurativo, dejando expedita la vía judicial.

En efecto, en la experiencia comparada, países europeos, incluyendo sudamericanos como el caso Colombia, la lógica de protección de la familia no ha implicado apartar del sistema jurídico a los expertos en el manejo del conflicto familiar; asimismo, tenemos el caso de México donde se permite la aplicación de una salida alterna como es la suspensión condicional del proceso a prueba acordada por el Juez de Control, cuando el tipo penal de violencia intrafamiliar presenta una penalidad cuya media aritmética no supere los cinco años de prisión y no haya sido el imputado beneficiado con la referida suspensión en los últimos cinco años, además que se someta a un plan de reparación del daño a

favor de la víctima y voluntariamente cumpla con reglas de conducta durante un periodo o régimen de prueba.

No se descuida que se han documentado casos graves de violencia familiar, y que incluso ha justificado el cambio de clasificación jurídica a favor del feminicidio en grado de tentativa; y si la víctima no tiene la voluntad de mediar o conciliar con su agresor o el propio facilitador aprecia que la gravedad de los eventos genera una desigualdad de posiciones que impide continuar con el procedimiento restaurativo, entonces deberá proceder en consecuencia, devolviendo el caso al Ministerio Público o al órgano jurisdiccional, para efecto que procedan conforme a sus atribuciones.

Pero ello, en absoluto justifica excluir a los expertos del drama familiar del sistema jurídico, máxime si es derecho de la víctima el contar con mecanismos alternativos para la resolución del conflicto, y si es su voluntad en acceder a la mediación o conciliación, por qué el Estado le niega tal derecho, asumiendo un irrazonable paternalismo jurídico, el cual cosifica al ser humano, por lo que, debe revisarse legislaciones como la peruana que prohíbe a las víctimas de violencia familiar el acceso a las salidas alternas.

Sin embargo, mientras se produce la reforma legislativa anteriormente indicada, los jueces pueden acudir a la interpretación convencional y, por ende, al control de convencionalidad, para efecto de permitir que los involucrados en el conflicto familiar, voluntariamente acudan a los centros de justicia restaurativa existentes en la zona y decidan someterse a un proceso restaurativo y a su vez alcancen un resultado restaurativo. Para ello, los operadores pueden sustentar su decisión en el artículo 7° de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder emitida por Naciones Unidas; también con el apartado II de los Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, emitida por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Finalmente, es conveniente diseñar políticas públicas que permitan el conocimiento por parte de la población que frente a la violencia familiar se debe denunciar el acto y que además del proceso penal, el conflicto puede ser solucionado acudiendo a la justicia restaurativa, para efecto que reciban la asistencia de los facilitadores, profesionales certificados en mecanismos alternativos, y así lograr la restauración del tejido familiar afectado por el ilícito penal y se repare integralmente el daño.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Albanese, Susana. Et. Al. (2008). *El control de convencionalidad* (Buenos Aires, Editorial Ediar).
- Barboni, Lucía / Valls, Javier (2014). “La reparación del daño en la justicia penal”, en: *Ciencias Psicológicas*, 08(2), pp. 199-207.
- Becerra, Dayana (2009). La conciliación preprocesal en el sistema penal acusatorio y sus principales aportes. En: *Prolegómenos, derechos y valores*, 12(24), pp. 169-187.
- Carrillo, Edith / González, María (2006). Justicia restaurativa. En: *Revista de estudios de género. La ventana*, 03(23), pp. 307-309.
- Cárdenas, Álvaro (2008). La conciliación como mecanismo de la justicia restaurativa. En: *Revista Prolegómenos*, XI(22), pp. 57-74.
- Domingo de la Fuente, Virginia (2012). “¿Qué es la justicia restaurativa?”, en: *Revista de Criminología y Justicia*, 04, pp. 06-11.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo / Silva García, Fernando (2011). *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (México, Editorial Porrúa).
- Gianella, Carolina / Curi, Sara (2002). “Mediación y violencia familiar en el contexto judicial”, en: *Revista La Ley*, 07(3), pp. 298-312.
- González, Isabel (2013). Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género. En: *Revista de Derecho*, XXVI(2), pp. 219-243.
- Hitters, Juan Carlos / Fappiano, Óscar (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos*. 2da. Edición, Tomo I, Volumen II. (Buenos Aires, Editorial Ediar).
- Jiménez Bolaños, Jorge (2015). Breve análisis de la justicia restaurativa. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, 136, pp. 161-174.
- Indaburu, Juliana / Sarmiento, Juliana (2020). *Justicia restaurativa y violencia intrafamiliar. Un acercamiento desde las Casas de Justicia*. (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana).
- Peña, Óscar (2001). *Conciliación extrajudicial. Teoría y práctica*. (Lima, APECC).
- Regalado Hidalgo, Diana (2010). La mediación penal en caso de incesto. En: *Universitas XXI, Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, 13, pp. 131-154.
- Rico, Nieves (1996). *Violencia de género. Un problema de derechos humanos*. (Nueva York, Naciones Unidas).
- Rondón, Urbanía (2015). “Mediación y violencia de género”, *Tesis para optar el grado de Doctor en intervención social y mediación*. (Murcia, Universidad de Murcia).
- Sagües, Néstor Pedro. (2001). *Teoría de la Constitución*. (Buenos Aires, Editorial Astrea).
- Toro, Mauricio. (2006). “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en: *Anuario mexicano de derecho internacional*, VI, pp. 513-549.
- Vaca, Félix (2013). “Los derechos de las víctimas y la negociación”, en: *Derecho internacional humanitario y derechos humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano* (Navarra, Cizur Menor).