

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LA MEDIACIÓN PENAL EN EL PERÚ:
PROPUESTA DOGMÁTICA PARA EL CASO PERUANO Y SU
ACEPTACIÓN POR LA POBLACIÓN EN EL DISTRITO DE PUNO**

TESIS

PRESENTADA POR:

WILLIAM NÉSTOR MENDOZA MONROY

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE

ABOGADO

PUNO - PERÚ

2017

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**“LA MEDIACIÓN PENAL EN EL PERÚ: PROPUESTA DOGMÁTICA
PARA EL CASO PERUANO Y SU ACEPTACIÓN POR LA
POBLACIÓN EN EL DISTRITO DE PUNO”**

TESIS PRESENTADA POR:

WILLIAM NÉSTOR MENDOZA MONROY

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 12 de Junio del 2017

APROBADO POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:



PRESIDENTE:

.....
Dr. Walter Salvador Gálvez Condori

PRIMER MIEMBRO:

.....
Abog. Reynaldo Luque Mamani

SEGUNDO MIEMBRO:

.....
Abog. Juan José Barrios Estrada

**DIRECTOR Y ASESOR
DE TESIS:**

.....
Dr. Sergio Valerio Serruto Barriga

ÁREA: Derecho Público
LÍNEA: Derecho Penal
TEMA: Teoría General del Delito

DEDICATORIA

A Dios, por ser mi guía, por bendecirme y acompañarme en cada paso; a mi familia especialmente a mis padres, por su valiosa comprensión y apoyo en los momentos más difíciles y han compartido cada uno de mis triunfos.

“Son raros los tiempos felices en los que se puede pensar lo que se quiere y decir lo que se piensa.”

TÁCITO

“Aunque me quede solo, no cambiaría mis libres pensamientos por un trono.”

LORD BYRON

AGRADECIMIENTOS

Mi más profundo agradecimiento a la Universidad Nacional del Altiplano mi segundo hogar, brindarme todos los instrumentos para culminar esta tarea en mi vida.

A los Docentes y demás personas que colaboraron de una y otra manera para el desarrollo del presente trabajo.

INDICE GENERAL

ÍNDICE DE FIGURAS	
ÍNDICE DE TABLAS	
ÍNDICE DE ANEXOS	
RESUMEN	10
ABSTRACT	11
INTRODUCCIÓN	12
CAPITULO I	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	17
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	19
CAPITULO II	
MARCO TEÓRICO, MARCO CONCEPTUAL E HIPOTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	
2.1. MARCO TEORICO	20
1.- POLÍTICA CRIMINAL: NUEVOS AVANCES Y DESARROLLO.....	20
2.- CRIMINOLOGÍA y JUSTICIA RESTAURATIVA	22
3.- LA MEDIACION y SU ESPECIALIZACIÓN	28
2.2. MARCO CONCEPTUAL	37
2.3. HIPOTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	39
CAPITULO III	
MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	
DISEÑO Y TIPO DE INVESTIGACIÓN:.....	40
3.1. UNIVERSO Y MUESTRA:.....	41
3.2. PARA LA OBSERVACIÓN E INVESTIGACIÓN:.....	43
3.3. ANÁLISIS DE DATOS INVESTIGADOS:	45
CAPITULO IV	
CARACTERIZACION DEL AREA DE INVESTIGACIÓN	
MAPA DE UBICACIÓN DEL ÁREA DE INVESTIGACIÓN:	46
CAPITULO V	
EXPOSICIÓN Y ANALISIS DE LOS RESULTADOS	
5.1. LA DOGMATICA DE LA MEDIACIÓN PENAL PARA EL CASO PERUANO.....	47
5.1.1. EL ESCENARIO PERUANO APTO PARA LA MEDIACION PENAL	49

1.	EL MARCO DE LA LÓGICA Y LA RACIONALIDAD.....	49
2.	LA NATURALEZA DEL CONFLICTO.....	50
3.	LA NATURALEZA DE LA MEDIACIÓN.....	52
4.	LA NATURALEZA DEL PROCESO Y/O MÉTODO JURÍDICO.	55
5.1.2.	EL DOGMATISMO DE MEDIACION PENAL PARA EL PERÚ.....	59
1.	Los PRINCIPIOS.....	60
2.	Los VALORES	76
3.	Los PRESUPUESTOS.....	81
4.	Los ELEMENTOS NATURALES	90
5.1.3.	LA NATURALEZA DE LAS INFRACCIONES PENALES SUSCEPTIBLES A SER MEDIADOS EN PERÚ.....	97
1.	LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN PRIVADA.....	98
2.	LA NATURALEZA DE LA MÍNIMA CRIMINALIDAD o de BAGATELA	99
3.	LA NATURALEZA DE FALTAS e Iniciativa de Parte.....	100
5.2.	ACEPTACION DE LA MEDIACIÓN PENAL POR LA POBLACIÓN PUNEÑA	102
5.2.1.	PREGUNTAS RELACIONADAS A LA CONSULTA DE ACEPTACIÓN EN CASOS POR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA.....	103
5.2.2.	PREGUNTAS RELACIONADAS A LA CONSULTA DE ACEPTACIÓN EN CASOS ESPECIALES POR LA ABSTENCIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA POR PARTE DEL FISCAL.....	106
5.2.3.	PREGUNTAS RELACIONADAS A LA CONSULTA DE ACEPTACIÓN EN CASOS POR LA INFRACCIÓN PENAL POR FALTAS.....	109
5.3.	CONTRASTACIÓN DE UNIDADES DE INVESTIGACIÓN Y CONSTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	112
	CONCLUSIONES	117
	RECOMENDACIONES	120
	BIBLIOGRAFÍA	122
	ANEXOS:.....	126

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Nuevas formas transformadoras de Justicia Restaurativa ...	26
Figura 2. Área de investigación poblacional	46
Figura 3. Método jurídico de solución de conflictos	56
Figura 4. Grado de decisión según medio alternativo	57
Figura 5. Diferencia entre proceso y procedimiento	59
Figura 6. Características del mediador en la mediación penal	82

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Alternativa de solución y en forma privada sobre delitos de acción penal privada	103
Tabla 2. Disposición a negociar un caso siendo delito de acción penal privada	104
Tabla 3. Participación en como reparar el daño ocasionado por la comisión de un delito de acción penal privada	105
Tabla 4. Alternativa de solución y en forma privada sobre delitos de acción penal pública	106
Tabla 5. Disposición a negociar un caso siendo delito acción penal pública	107
Tabla 6. Participación en como reparar el daño ocasionado por la comisión de un delito de acción penal pública	108
Tabla 7. Alternativa de solución y en forma privada sobre casos penales por faltas	109
Tabla 8. Disposición a negociar un caso siendo infracción penal por faltas	110
Tabla 9. Participación en como reparar el daño ocasionado por la comisión de una infracción penal por faltas	111
Tabla 10. Nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña	115

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXO N° 01: FICHA BIBLIOGRAFICA

ANEXO N° 02: CUESTIONARIO

ANEXO N° 03: GUÍA DE ILUSTRACION (para justiciables)

ANEXO N° 04: INFRACCIONES PENALES SUSCEPTIBLES

A SER MEDIADOS

ANEXO N° 05: ENSAYO JURÍDICO

RESUMEN

La presente tesis es una propuesta dogmática de la mediación penal para el caso peruano; que como primera aproximación se busca adaptar los dogmas de este método jurídico a los casos de relevancia penal que son susceptibles a ser mediados como primeros avances y su nivel de aceptación por la población de Puno. El tema ha sido concebido en su desarrollo, mediante el estudio de las fuentes formales del Derecho, es decir con lo doctrinal, legislativo; y fuentes reales del Derecho, con datos empíricos de la realidad social; para proponer una alternativa de solución privada a la crisis de la justicia penal. Por lo tanto nuestro estudio se circunscribe en la doctrina y legislación nacional (Perú) y complementado parcialmente con fuente comparada de España y Argentina, en sus partes pertinentes. Se ha propuesto como *objetivos* establecer o proponer la dogmática de mediación penal que se adapte para el caso peruano, en los casos penales susceptibles a mediar, como medida alternativa de solución privada a la crisis de la justicia penal; y determinar el nivel de medida de aceptación del medio alternativo de mediación penal por la población puneña. Por la metodología de investigación realizado se optó por la dual o mixta: investigación cualitativa y cuantitativa; se ha enfocado el problema planteado tratando de adaptar desde un punto de vista dogmático, exegético-eisegético y constructos. Con los resultados que se alcanza, generará que la propuesta planteada se convierta en un tema bastante polémico y debatible dentro de la “Justicia Restaurativa y Mediación Penal” vinculado al “Derecho Penal y Procesal” y “Derecho Privado (*D. Civil y otro*)”; pues en la actualidad se viene observando la crisis casi generalizada de la justicia penal peruana.

PALABRAS CLAVE: Justicia restaurativa, mediación penal, medios alternativos, garantías, conductas punibles, criterios de oportunidad, concilio, negociación, acuerdo de solución.

ABSTRACT

This thesis is a dogmatic proposal of penal mediation for the Peruvian case; as a first approximation is aimed at adapting the dogmas of this legal method to cases of criminal relevance that are susceptible to be mediated as early progress and the level of their acceptance by the people of Puno. The topic has been conceived in her development, through the study of the formal sources of law, that is to say with the doctrinal, legislative; and real sources of law, with empirical data of the social reality; to propose an alternative of private solution to the crisis in the criminal justice system. Therefore our study is limited in the doctrine and national legislation (Peru) and partially supplemented with comparative source of Spain and Argentina, in its relevant parts. It has been proposed as objectives to establish or to propose the dogmatic of penal mediation that is adapted to the case of Peru, in criminal cases susceptible to mediate, as an alternative measure of private solution to the crisis in the criminal justice system; and to determine the level of measure of acceptance of the alternative means of penal mediation by the population puna. The methodology of research we opted for the dual or mixed: qualitative and quantitative research; has focused the problem trying to adapt from a dogmatic point of view, exegetical-eisegetico and constructs. With the results that are achieved, it will generate that the proposal should become a matter quite controversial and debatable within the "Restorative Justice and Penal Mediation" linked to the "Criminal Law and Criminal Procedural Law" and "Private Law (D.Civil and other)"; as at present, the almost generalized crisis of the Peruvian criminal justice.

KEY WORDS: Restorative Justice, penal mediation, alternative media, guarantees, punishable conduct, criteria of opportunity, council, negotiation, settlement agreement.

INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo de investigación, denominado “La Mediación Penal en Perú: Propuesta dogmática para el caso peruano y su aceptación por la población en el Distrito de Puno”, se concibe el estudio de la dogmática de la mediación penal, es decir, un método jurídico o instrumento de la justicia restaurativa que se adapte al caso peruano y que aceptación tiene por la población; el mismo como medida alternativa de solución privada a la crisis de la justicia penal, es más, esto está afectando las garantías y derechos fundamentales de las personas en conflictos de relevancia penal; como se advierte, el presente trabajo de investigación, comienza estableciendo y proponiendo los fundamentos de la dogmática de mediación penal que se adapte en los casos susceptibles a ser mediados como medida alternativa de solución a la crisis de la justicia penal y los indicadores de medida de aceptación de este medio por la población puneña.

En ese orden de ideas, el presente trabajo de investigación está orientado a desarrollar un medio alternativo de solución de conflictos en su parte dogmática de la mediación penal, partiendo desde un estudio e interpretación del paradigma de la justicia restaurativa y sus procesos de paz, estudiando la doctrina y normatividad actual en los dogmas adaptables a “supuestos casos” susceptibles de ser mediados y así garantizar los derechos fundamentales de las personas en conflicto.

En el ámbito en el que se desarrolló el presente estudio de investigación, específicamente referido a la elaboración dogmática de mediación penal y su nivel de aceptación, una expresión de la justicia restaurativa; no se aprecia investigaciones a nivel nacional, menos internacional, pues el problema planteado, es eminentemente un problema surgido en la legislación nacional; sin embargo, se ha tomado en cuenta

como antecedentes aspectos puntuales relacionados a nuestro problema de investigación, precisándose que los mismos están inmersos dentro del campo de estudio y comentario. Siendo objetivo General de la presente investigación: Adaptar la dogmática de Mediación penal al caso peruano como medida alternativa de solución privada a la crisis de la justicia penal y determinar su nivel de aceptación por la población puneña; el mismo que ha sido alcanzado a través del desarrollo de *cinco* capítulos, dentro de los cuales tenemos: Capítulo I: en el cual se describió el planteamiento del problema, los antecedentes de la investigación y los objetivos de la misma; posteriormente se desarrolló el Capítulo II: en el cual se establece el Marco Teórico, Marco Conceptual e Hipótesis de la Investigación, lineamientos que delimitan los parámetros bajo los cuales se desarrolló la presente; en el Capítulo III: Metodología de Investigación, donde describimos los procedimientos seguidos tanto en la recolección de datos como para el estudio de los mismos; luego en el Capítulo IV: Caracterización del área de investigación, se muestra la información relacionada al ámbito de estudio; finalmente en el Capítulo V: se realiza la exposición y Análisis de los resultados, arribados en la presente investigación, los mismos referentes a los objetivos del trabajo de investigación, además se tiene las respectivas conclusiones y recomendaciones, fruto de la investigación desarrollada.

Por tanto, con los resultados alcanzados se pone a consideración para la crítica correspondiente, que de seguro coadyuvará en enriquecer el Derecho de Mediación Penal como uno de los instrumentos de la Justicia Restaurativa, y su vinculación con el Derecho Penal y Procesal.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Descripción del problema:

La crisis del sistema de administración de justicia penal no es una novedad en la actualidad; ya que existen variedad de doctrina que se ha pronunciado sobre la existencia de una profunda sensación de crisis en los sistemas de justicia penal de nuestros países latinoamericanos y en el mundo, generada según Binder: por el fin de la década de las dictaduras, el advenimiento de la democracia, nuevas formas de cultura política, una mayor sensibilidad internacional frente a las violaciones de los derechos humanos, el abandono de una concepción puramente economicista de la idea de mercado, la aparición del concepto de "desarrollo institucional", la presión institucional de todos aquellos sectores castigados por el terrorismo de Estado, la escasez generalizada de recursos -más dramática aun en el campo de la administración de justicia-, la falta de modelos de universidad, entre otros.". (BINDER, 1993).

Por tanto, la administración de justicia penal en el Perú, no es la excepción; si pretendiéramos indagar las causas de la crisis de la administración de justicia penal, sería muy amplio en la investigación jurídico-social. Relevamos para el presente, a los instrumentos normativos deficientes, donde los agentes jurídicos trabajan con dichos instrumentos para resolver los conflictos que conozcan. Sin embargo, el legislativo no ha cumplido con su labor de una manera eficiente, adolece las demandas de la criminalidad actual y menos prevén los ilícitos por venir de las múltiples nacionalidades existentes en nuestro país, lo cual hace incierto al legislativo para su función idónea; más aun no contempla las costumbres de los pueblos (la política criminal está ausente en el Perú). Otros problemas que existen son: la elevada carga procesal y colapso de los procesos penales en los entes de impartición de justicia; la corrupción que se arraiga cada vez más por la intervención de los funcionarios del sistema de justicia; la lentitud de la tramitación y resolución de los procesos que atentan los principios de celeridad procesal, debido proceso - y con ello vulnera los derechos fundamentales de toda persona, entre ellas el derecho a la tutela jurisdiccional pronta y efectiva, olvidando que “justicia que tarda, no es justicia”- los ciudadanos no se sienten asistidos o auxiliados en la justicia que demandan; el fenómeno del sistema penitenciario no se escapa, los presos sin condena, la falta de eficacia en la persecución de casos realmente graves, y si tomamos en cuenta que, la población encarcelada en Perú, así como en el mundo, crece exponencialmente; es así que, la Población penal en el Perú creció 32% en dos años, siendo la capacidad de las cárceles del Perú de 28.911 internos, Según el “informe estadístico elaborado por el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) donde reveló que entre el 28 de

julio del 2011 y el 21 de mayo del 2013 la población penitenciaria del país creció en 32%, pues pasó de 48.789 internos que albergan a 64.418 internos presos”; la impunidad, es otro de los flagelos, donde el 96% de la criminalidad por flagrancia termina en impunidad; los crimines no denunciados, que terminan en las cifras negras de la criminalidad; el colapso, fracaso de la reforma del sistema procesal penal con su NCPP, se hace más evidente actualmente, donde las opiniones doctrinales de juristas, evidencian que el problema es sistémico (el sistema ha entrado en crisis), asimismo, señalan que hoy en día hay que involucrar más a la población, es que el problema no son las formalidades legales, el problema en esencia son las “formas como se administran justicia”, ante estas nuevas formas, revaloran hoy la “Justicia comunitaria” y se demandan otras medidas alternativas de solución. Por lo que, la reforma del sistema de impartición de justicia penal en nuestro país se constituye en una necesidad insalvable.

Ante todo ello, considerando los avances de nuevas tendencias en el mundo de humanizar en cuanto a las formas del tratamiento de la administración de justicia se refiera (paradigma o teoría de la “justicia restaurativa), entre ellas la Justicia Penal; es así que, en nuestro país y en Puno no es la excepción para su desarrollo. Por tanto se plantea crear nuevas medidas alternativas de solución de conflictos penales ante la crisis de la Justicia penal. Adaptando el instituto de mediación penal para el caso peruano y estimar que aceptación tiene; lo cual se constituye en una de las medidas alternativas de solución e instrumento (mediación penal) de la Justicia Restaurativa. Dicho esto, formulamos el siguiente problema:

Formulación general del problema :

¿Cómo adaptar la dogmática de Mediación Penal al caso peruano como medida alternativa de solución a la crisis de la justicia penal y que nivel de aceptación tiene por la población puneña?

Formulación específica del problema:

- 1) ¿Cuál sería la propuesta dogmática de Mediación Penal para el caso peruano como medida alternativa de solución a la crisis de la justicia penal?
- 2) ¿En qué medida es aceptado la Mediación Penal por la población puneña?

1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

No existen antecedentes de estudios o investigaciones relativos a la mediación penal en Perú, sea a nivel nacional o local; sin embargo, mencionamos alguna tesis por la vinculación del tema a la conciliación:

La TESIS: “El **Proceso por faltas** y el **Principio de Oportunidad**”

Investigación científica que sustenta la posible aplicabilidad del Principio de oportunidad en los procesos por faltas gestionados en los Juzgados de Paz Letrados; Justifica asimismo que con mayor razón en la infracción por faltas puede ser aplicable el principio de oportunidad, ya que es utilizado y aprovechado en la infracción de Delitos de acción pública por agentes fiscales e inculpados. (Tesis importantísimo, aún no tomada en cuenta por los legisladores.). (MORALES, 1999).

La TESIS: **“La Administración de Justicia en las Comunidades Campesinas”**

Revelador y verídico trabajo de investigación, que sustenta la existencia real del Derecho Consuetudinario actualmente, su historicidad y causas; sostiene que la expresión a nivel comunal basada en la costumbre, identifican medios de solución a las injusticias tales como las mediaciones sociales (en la administración de Justicia comunal) que les permiten al campesinado preferir y practicar una de sus formas de Justicia Comunal antes que la legal o estatal. Está en respuesta al condicionamiento económico-social y otros factores de que es objeto. Además, sostiene que la vigencia de la Justicia Consuetudinaria, se basa en la cosmovisión, necesidad, y realidad comunal, donde los valores culturales, étnicos, motivan un sincretismo en alguna de sus normas y vida en general, como producto de la intromisión desordenada e interesada de la sociedad dominante. (RIVERA & Otro, 1999).

La TESIS: **“Problemática jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano”**

Donde algunas conclusiones son: “la conciliación en el proceso penal peruano se presenta únicamente a través de la aplicación del principio de oportunidad tanto en la etapa de la investigación preliminar como en la etapa judicial”, “este principio se viene aplicando fundamentalmente por iniciativa de las partes interesadas y en un menor número de causas por iniciativa de oficio del fiscal, tanto en la instancia preliminar como en la judicial”. (BENAVIDES, 2002).

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General:

Adaptar la dogmática de Mediación penal al caso peruano como medida alternativa de solución a la crisis de la justicia penal y determinar su nivel de aceptación por la población puneña.

Objetivos Específicos:

- 1) Establecer o proponer la dogmática de mediación penal que se adapte para el caso peruano, en los tipos penales susceptibles a mediar, como medida alternativa de solución a la crisis de la justicia penal
- 2) Determinar el nivel de medida de aceptación de la mediación penal por la población puneña

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO, MARCO CONCEPTUAL E HIPOTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. MARCO TEORICO

Para el presente estudio e investigación, se tiene como base el paradigma de nuevas tendencias, fundamentos teóricos y una teoría dogmática, a partir del cual de buscará adaptar al caso peruano, sistematizándolo para su aplicación.

1.- **POLÍTICA CRIMINAL: NUEVOS AVANCES Y DESARROLLO.**

“Justicia que tarda no es justicia”, esta oración, lugar común universal, en el Perú se convierte en indignado reclamo ante las dilaciones indebidas que caracterizan nuestro precario servicio de justicia. La sobrecarga procesal y consiguiente asfixia de despachos fiscales y judiciales es un mal endémico que genera desazón e incertidumbre porque crean las condiciones para encubrir la Impunidad de los delitos o aplicar condena a inocentes. (RODRIGUEZ, 2012).

Política Criminal para los nuevos tiempos.- La Política Criminal en los últimos años como es natural fue cambiando en la legislación peruana conocida desde una perspectiva crítica como expansión del derecho penal.

Considerando que, la criminalidad es un problema de todas las sociedades; ello explica la globalización de las ciencias penales. Sin embargo pese a la larga experiencia con ese fenómeno, en ningún país se ha logrado erradicar ni mucho menos reducir en alto porcentaje. Es así que, el campo Jurídico Penal, sufre grandes cambios generados en los últimos tiempos, se trae consigo una mayor participación de la ciudadanía en las políticas criminales. Es a través de la sociedad, que ante los fenómenos criminógenos se planteen aplicar nuevos principios excepcionales, en la aparición de múltiples nuevas figuras e incluso en algunos casos de nuevas regulaciones con actividades de reforma de tipos penales ya existentes, realizados a un ritmo mayor al de épocas anteriores.

Así, Zaffaroni en su 1ra. Conferencia de 1986 en la Universidad San Marcos de Lima, en su parte pertinente a la Reforma penal, señalaba que: "...la reforma penal debe tener claros, ciertos objetivos político-criminales, entre los cuales parecen básicos los siguientes: 1) Lograr una intervención mínima del sistema penal (es decir, buscar soluciones no penales a todos los conflictos que no las requieran ineludiblemente); 2) Procurar soluciones de "diversion" en los casos en que haya posibilidad de solucionar fuera del marco penal que sean socialmente más pacificadoras o convenientes (incluyendo los casos de soluciones culturalmente admitidas y no institucionalizadas jurídicamente, cuando sean compatibles con la dignidad humana); 3) Prescindir de pena en todos los casos en que no sea necesaria. Cuando haya una solución punitiva aunque esté prevista en la ley, y si por razones prácticas elementales, las circunstancias nos muestran que la pena es totalmente innecesaria en el caso concreto, realmente no vemos razón por la que haya que imponer una pena. El Derecho Penal no cumple funciones de tipo moral o abstracta, sino que en

realidad cumple una función práctica de tratar de ordenar más o menos la coexistencia de todos nosotros; (ésta puede sustituirse por otra pena menos privativa de libertad u otra medida de carácter extra-penal). (ZAFFARONI, 1988).

2.- **CRIMINOLOGÍA y JUSTICIA RESTAURATIVA:**

El Concepto de Criminología, su Objeto y Fundamentos:

La palabra Criminología deriva del latín “criminis” y del griego logos, que significa el tratado o estudio del crimen. Las definiciones, incumbencias, divisiones y alcances de esta Ciencia, fueron variando de acuerdo a los distintos autores, Criminólogos y lugar geográfico, según los diversos enfoques y encuadres teóricos, como asimismo de acuerdo a la época en las que fueron expresadas. El mencionado término “Criminología” fue expresado por primera vez por el antropólogo Francés Pablo Topinnard a fines del año 1883. Según Rafael Garófalo, a fines de 1885, la Criminología es la ciencia del delito, la definió como la ciencia general de la criminalidad y de las penas. Vont Liszt como Mezger definen la Criminología como la ciencia que tiene por objeto de indagación, la etiología criminal.

Su objeto de estudio: a ello, señala: Felipe Villavicencio: “En principio, el objeto de la criminología es estudiar al proceso de criminalización y a la realidad de las conductas socialmente dañosos y las situaciones conflictivas y problemáticas”. (VILLAVICENCIO, 1997).

Perú: País de Pluralismo Jurídico e interculturalidad: en el caso peruano su realidad plural deriva en su reconocimiento constitucional, es así que F.

Villavicencio, señala: “el nuevo pluralismo jurídico implica la coexistencia de varias formas de derecho o sistemas jurídicos al lado del derecho oficial, dentro del espacio social de este último. Por ejemplo, el caso de los pueblos jóvenes en los ámbitos populares urbanos”. (VILLAVICENCIO, 1997).

Estos se traducen, en mecanismos alternativos de solución de conflictos tanto en el ámbito social, ambiental, económico y jurídico; que mediante el “diálogo”, la “interacción” garantizan, efectivizan, le dan validez y canalizan los conflictos, analizando las prioridades o incompatibilidades de nuestro Perú multicultural y multinacional, y ante ello señalamos que “tiende a concebir (y ayuda construir) comunidades homogéneas, nítidamente demarcadas y cerradas sobre sí mismos” (Duran Abarca, 2010). El objetivo de la interculturalidad es sobre todo el diálogo horizontal y la humanización de la sociedad, es decir que el objetivo esencial de la interculturalidad es la “humanización” del mundo y la vida plena para todos y todas, incluyendo la naturaleza. (ESTERMANN, 2003).

El Principio natural de la “Exceptio veritatis & Negotiatio” (vía “constructos”, aplicado a la ciencia jurídica) - “La excepción fundada en la verdad y la negociación”, principio natural que consiste en exceptuar algo en merito a la verdad y negociación. Aplicado u orientado al ámbito penal, este principio se expresa con la excepción siguiente: “la eximencia de la acción penal y del luspuniendi del estado en mérito y en razón del acuerdo reparatorio y su forma - (Forma entendido en: forma de reparación y forma de formalidad del derecho aplicable.) - Dicho de otra forma: toda “Regla tiene su excepción por naturaleza”, aplicado al ámbito penal, es la excepción expresada (negociación inherente en la mediación) del

“principio de legalidad” (principio rector del derecho penal). Eximiéndose o diluyéndose la responsabilidad penal del ofensor. La verdad que expresen las partes en conflicto, se constituye como única alternativa de procedencia para una posterior negociación con éxito. Se deduce también, que son excepciones a las “reglas procesales clásicas”, los “mecanismos alternativos de resolución de conflictos” u otros “métodos jurídicos de solución de conflictos”; y entre estas, se identifica la mediación penal, como mediación especializada.

Fundamentos Criminológicos: Martínez Mauricio, nos señala: “El delito no es perdonado sino que es castigado o tratado pero de una manera diversa y diferente, pues se vuelven a resignificar los términos de retribución y retaliación que originalmente no eran sufrimiento o venganza, sino compensación, reparación e indemnización; punto de vista en el que se da una preeminencia a la víctima; se atiende más al futuro que al pasado, y se apoya mejor un proceso de comunicación y participación directa de la comunidad y de educación para el infractor”. (MARTINEZ, 1990).

Asimismo, Dieter Rössner, nos ilustra: “En esta línea de la victimología y criminología, el delito no es entendido simplemente como una infracción a la norma penal, sino como una conducta que tiene efectos indeseados en la convivencia de la comunidad y que lesiona a una persona concreta, a la que no necesariamente impulsa un deseo de venganza, sino de restablecimiento; y en el que, en el otro de sus extremos integrales, interviene un ofensor, para el cual, puede ser más fructífera una resolución o disolución constructiva del conflicto por medio de sanciones integrativas, que pueden cumplir una función

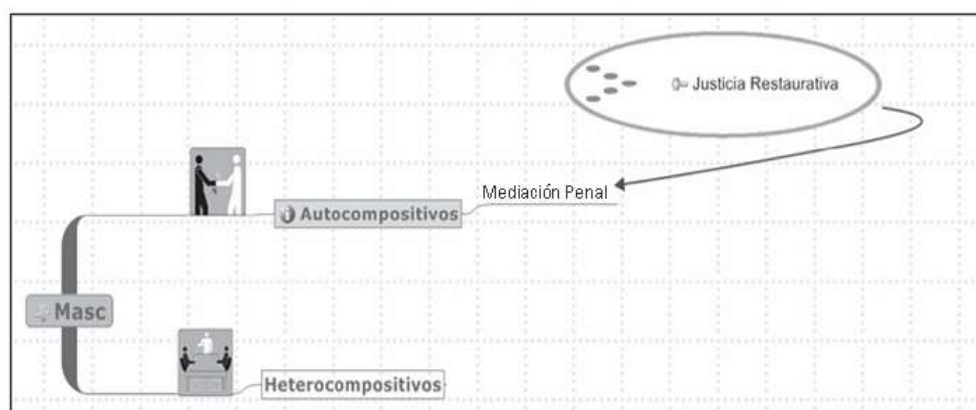
de rehabilitación y resocialización, pero también de prevención general, por medio de la afirmación de la ley”. (DIETER, 2000).

El Paradigma de la JUSTICIA RESTAURATIVA. (PAZ & PAZ, 2005)

Llamada también “justicia restitutiva”, en contraposición a la corriente de la “justicia retributiva”. Esta corriente filosófica de la justicia penal, surge en el continente Europeo, en un contexto en la cual (así como ya vamos viviendo en nuestros países latinos) en la que el sistema penal en sus tratamientos frente a la criminalidad creciente, se hacía necesaria la ideación de nuevas formas de tratamiento criminal, en vista que colapsaba el sistema del aparato estatal en la persecución y punición de las infracciones penales. Es así que este concepto de la Justicia Restaurativa representa un paradigma en el que se modifica la concepción inquisitiva de delito como una ofensa al Estado, originada en la violación de las normas promulgadas para su protección, y que por lo mismo debía ser castigada con la imposición de una pena dentro de los moldes de la Justicia Retributiva, para poner más énfasis en la víctima y en el ofensor. Bajo el concepto de que el delito es un daño que una persona hace a otra, lo que conduce a la necesidad de que los dos extremos del injusto, en este caso ofensor y víctima, sin inclinar la balanza a favor de alguno de los dos; sino más bien la justicia restaurativa busca el justo equilibrio de pretensiones entre los actores, entren a resolver sobre las consecuencias de la conducta, lo cual se traduce en la necesidad de la imposición de una pena justa para el primero y de la reparación debida para el segundo, siempre bajo los parámetros constitucionales y legales que inspiran los principios de la Justicia Restaurativa y la participación de la comunidad social en su papel preponderante de buscar

y servir de intermediario entre víctima y victimario, con el fin de crear los mecanismos integrales de acercamiento entre los protagonistas del injusto. Esta posición deriva a que, en el caso de un tratamiento en el ámbito privado, se solucione concluyendo en que la pena se exima por considerarse infracciones de bagatela o de insignificancia criminalidad y que sea el “acuerdo de solución” (en el ámbito procesal penal se conoce como: “acuerdo reparatorio”) el que mayor relevancia tenga para la víctima y el ofensor e indirectamente para la sociedad y el estado.

FIGURA 1. Nuevas formas transformadoras de Justicia Restaurativa



Fuente: ONG “Justicia Restaurativa.Org.”

Es así que, la “justicia restaurativa” hace uso de diferentes instrumentos, entre ellas la mediación penal, que pretende propiciar que la víctima y el victimario se encuentren en una escena segura y estructurada, tengan un contacto personal, expresen sus puntos de vista, sentimientos y apreciación sobre los hechos que originan la agresión, logrando un contacto real con el “delito”, sin que el Estado aleje a sus personajes principales.

Ante ello, para una concreción de la justicia restaurativa, Paul McCold y Wachtel Ted. - (En busca de un paradigma: una teoría de la justicia restaurativa. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial de Criminología, del 10 al 15 de Agosto de 2003, en Río de Janeiro.) - Sostienen: “Es un proceso que debe incluir a todas las personas afectadas de forma directa por el delito o “interesados primarios”, es decir: a las víctimas, a los victimarios y su comunidad de apoyo, incluyendo a aquellos que tienen una conexión afectiva con la víctima o el delincuente, con el objeto de que estas expresen sus sentimientos y participen en la decisión sobre la forma en que repararán el daño, asumirán responsabilidades y llegarán a un proceso y un resultado completamente restaurativo”.

Así por ejemplo, la “Declaración de Bangkok Sinergias y respuestas: alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal”, del 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Bangkok del 18 al 25 de abril de 2005 declaró: “... Para promover los intereses de las víctimas y la rehabilitación de los delincuentes, reconocemos la importancia de seguir elaborando políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa que incluyan alternativas de juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante tribunales penales y de promover la incorporación de enfoques de justicia restaurativa en las prácticas de justicia penal, según corresponda...”

Considerando esta tendencia en el mundo, del paradigma o teoría de la “justicia restaurativa”, que tienden a humanizar la administración de justicia, entre ellas la mediación en materia penal.

3.- LA MEDIACION y SU ESPECIALIZACIÓN:

El Origen de la Mediación:

Los ADR-(alternative dispute resolution: resolución alternativa de conflictos) tuvo su origen En los Estados Unidos de Norteamérica - EE.UU. década de los 80:1980; es decir se germino en un sistema anglosajón. Donde por motivación justificada de un ente público, emitía políticas de resolución de conflictos orientados para la empresa privada de dicho país, de seguro para solucionar problemas de índole Comercial, Laboral o Trabajo. Constituyéndose luego en un medio privado por excelencia ó extra-proceso. A ello refiere Carver, señalando: “Ya en la década de los ochenta, tanto los expertos como los directivos proclamaban el sistema ADR (alternative dispute resolution: resolución alternativa de conflictos), como una forma razonable y económica de que las empresas no tuvieran que ir a juicio y que estuvieran alejadas del tipo de litigios que devastan casi por igual tanto a ganadores como a perdedores. Pocos años después, más de 600 grandes empresas adoptaron la proposición política del ADR sugerida por el Centro Norteamericano de Recursos Públicos, y muchas de estas empresas informaron que habían logrado considerables ahorros de tiempo y dinero.”. (SCHMIDT, 2001).

Posteriormente, estos ADR fueron desarrollados en Europa, con la que hoy conocemos como mediación penal previo al desarrollo a la par del paradigma de la justicia restaurativa, que vieron en este medio virtudes que se adaptan rápidamente a la naturaleza por carecer o estar exento de excesivos formalismos, ser muy flexibles, y sobre todo les permiten dar

protagonismo a las partes en conflicto entre ofensor y ofendido. Actualmente la mediación se extendió por todo el mundo y está en pleno desarrollo.

Concepto de Mediación en general.- Estamos hablando de un sistema alternativo, no excluyente, de resolución de conflictos, donde las partes asistidas por un tercero neutral, son acompañadas en el proceso de toma de decisiones con relación a su desacuerdo. Se trata de un proceso voluntario, confidencial, flexible, donde las decisiones son auto compuestas, centrado en el futuro, donde se enfatizan las necesidades reales de los participantes. (CARAM, 2000).

La mediación, siendo un medio alternativo, tiene su desarrollo en varios ámbitos donde los conflictos humanos sean desavenencias cotidianas en las vidas sociales, organizacionales y estatales de un determinado país. Así, la mediación se especializa en los campos de: familiar. Laboral, administrativo y/o gubernamental, penal, internacional o diplomático, u otros ámbitos que gozan de las virtudes de la mediación, con concilios y negociaciones previas a un acuerdo.

LA MEDIACIÓN PENAL.- TEORÍA y DOCTRINA

Concepto de Mediación Penal: Tal como refiere la doctora María Elena Caram, nos encontraríamos frente a un método voluntario, confidencial, donde el mediador neutral asiste a las partes en un proceso interactivo, apuntando a la satisfacción de sus necesidades, con relación a un episodio que han vivido en común, que en la percepción de alguna de ellas, podría ser desplegado en el escenario del proceso penal, no sólo con las consecuencias propias de este procedimiento, sino con la posibilidad de que el mismo concluya con una

sentencia condenatoria que implique la pérdida de la libertad para quien resulte culpable.

Principios de la mediación penal: De las definiciones se extrae un conjunto de principios de la mediación, los cuales, salvo algún matiz que será oportunamente explicado, son extrapolables al ámbito penal. La doctrina, en su desarrollo, fue elaborando estos principios de la mediación penal que de manera casi unánime incluye los siguientes:

- | | | |
|---------------------|------------------|------------------|
| 1. Voluntariedad | 4. Oficialidad | 7. Imparcialidad |
| 2. Confidencialidad | 5. Flexibilidad | 8. Neutralidad |
| 3. Gratuidad | 6. Bilateralidad | |

Estos principios, vale decirlo, no son los del proceso penal, pero tampoco los contradicen. En la doctrina, podemos decir que lo consagra en tres grandes principios de la mediación penal: la voluntariedad de las partes, la confidencialidad de las sesiones y la plena disponibilidad del procedimiento por las partes en cualquier momento del mismo.

La mediación y la economía procesal: Desde las perspectivas doctrinales que asumen su defensa, a la mediación penal lo presentan como un medio que va a acelerar los conflictos en la Justicia, lo que permitirá que esta pueda centrarse en las cuestiones de mayor entidad, como la persecución de la delincuencia. (GONZÁLES, 2003).

La mediación y los principios procesales: El art. 139 de nuestra Constitución peruana, establece el precepto de cabecera para el ámbito procesal, está siempre presente, ya que el mismo establece un conjunto de derechos y garantías fundamentales en el proceso. Y el principio de legalidad contenida en el art.2, num.24, letra.d). de nuestra carta magna. Ya que, al referirnos a la

mediación penal es necesario tener en cuenta dichos principios y garantías procesales que podrían verse afectados por acudir a un procedimiento de este tipo. De ahí que, en nuestro estudio, analizaremos dichos principios y su compatibilidad o no con nuestro sistema jurídico. (JARA, 1994).

a).- La mediación y la presunción de inocencia: Uno de los primeros aspectos a tratar es si la mediación puede vulnerar una garantía básica de nuestro Estado como es la presunción de inocencia. Se podría entender que el hecho de que la persona acuda a un procedimiento de mediación supone una aceptación tácita de su culpabilidad, y que ello por tanto, vulneraría dicha garantía fundamental del imputado. Ante esta situación, podemos señalar que, la mediación no tiene por qué vulnerar dicha garantía constitucional, aun cuando la misma finalice sin acuerdo de las partes.

b).- La mediación y los principios de legalidad-oportunidad: Para dar o no cabida a la mediación penal en nuestro sistema jurídico peruano, tenemos que tener presente dos principios: Debemos valorar el respeto absoluto al principio de legalidad o bien, optar por una flexibilización y dar entrada al principio de oportunidad. Con el estudio, vamos a explicar qué supone cada uno de ellos y su virtualidad en la mediación.

El dogmatismo genérico de mediación presente en casos penales:

Ámbito de aplicación.- una primera aproximación: Evidentemente cuando nos referimos a la mediación penal nos encontramos ante conflictos surgidos en torno a la comisión de hechos constitutivos de falta o delito. Estamos, por tanto, ante conflictos de naturaleza penal. Si bien es cierto, que esto supone que sirve para delimitar el ámbito de aplicación y distinguirlo de otras ramas

como la civil, comercial o laboral; por tanto es necesario precisar ante qué materias concretas podría acudirse a la mediación en este ámbito. Por tanto, la cuestión a resolver es ante qué materias penales puede acudirse a la mediación como mecanismo de resolución de conflictos. En primer lugar, debemos tener en cuenta, que, por su naturaleza la mediación penal es de origen privado, por tanto en su contenido tiene “características y lógicas propias” fundadas en sus principios (dogmas) que los identifica. Así se tiene en su inicio: la Autonomía de la voluntad de las partes, la confidencialidad privada, la negociación natural o espontánea, el contenido patrimonial y de libre disposición de las personas, el concilio, las fórmulas de los acuerdos reparatorios, entre otros... Señalado dicho precepto, para resolver la cuestión planteada de nuestra tesis, tenemos presente que no disponemos de una normativa legal que lo regule. Sin embargo, existe un común denominador el “concilio” y el “oportunismo”, que viene a constituir el vínculo entre la mediación penal y la conciliación en nuestro sistema jurídico peruano. El derecho comparado (que tendremos como fuente) regula la mediación penal, al respecto señala “sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delitos menos grave o falta.” - (En España: La LORPM que en su art. 19 regula la mediación penal en menores) - Para concretar estos conceptos jurídicos, vinculamos con nuestra legislación peruana acudiendo al artículo 2 de nuestro Código Procesal Penal, pertinentes al 2do supuesto sobre la “mínima criminalidad o delitos de bagatela, que por su insignificancia no afectan gravemente el interés público”. Es así, que se ira construyendo la dogmática de mediación penal para el caso peruano. Sin embargo haciendo una prognosis podemos adelantar el ámbito de aplicación de la mediación penal

para el Perú, en los siguientes supuestos como parámetros a aplicar: en los casos de .- (adaptación de dogmas de mediación a casos con vínculo penal).

- . Casos por el ejercicio de la acción penal privada
- . Casos especiales por la abstención del ejercicio de la acción penal pública.
- . Casos por la infracción penal por faltas

La mediación penal, observa a los casos con vínculo penal como “un conflicto” y no como un delito. El conflicto se relaciona con la concepción del “error” reconocidos por la población plural.

EN LA LEGISLACIÓN y JURISPRUDENCIA PERUANA:

AUSENTE LA MEDIACION PENAL

La mediación penal, no constituye función jurisdiccional pública. Por lo que, está ausente en la “Constitución, legislación y jurisprudencia” en la perspectiva “jurisdiccional”. Sin embargo, por la similitud de la mediación con la conciliación, el legislador peruano opta la conciliación en el proceso penal por medio del mal denominado “principio de oportunidad”. Es así que, el art. 139 de nuestra Constitución es el precepto de cabecera para el ámbito procesal, está siempre presente, ya que el mismo recoge un elenco de derechos y garantías fundamentales en el proceso. El fundamento “Juris-Legis” de la mediación penal en nuestro país, se encontraría en el art.140 sobre el “Acto jurídico” de nuestra legislación civil, por tanto siendo de naturaleza privada y conteniendo “autonomía de la voluntad- formalidad”. (DIAZ, 2004).

Revisando la única vinculación que tiene la mediación penal con la conciliación y el principio de oportunidad, señalamos, que:

La Ley de “CONCILIACION EXTRA-JUDICIAL”: Esta Ley de “Conciliación” N° 26872 del 12/11/97 y su Reg. D.S. No 001-98-JUS. Ante la modificatoria publicada el 28.Junio.2008 - el instrumento legal: literal g del art. 9 del D. Leg. n° 1070 que modifica la Ley n° 26872 - Ley de “Conciliación” en pertinencia a su art. 9 respecto a la “conciliación en materia penal”, que señala: “g) En los procesos de indemnización derivado de la comisión de delitos y faltas. En estos casos, la conciliación es facultativa.” Creemos que, los términos “reparación civil” e “indemnización” si no son iguales, al menos son similares. En esencia estos dos términos, tienen el mismo contenido material, es decir el de resarcir el daño causado. La diferencia está en la forma del procedimiento y ante la instancia que debe conocer, sea civil o penal. Con lo que existe y está vigente “Intra Juris” el llamado “acuerdo reparatorio” derivado de delitos y faltas en dicha norma referido. Con lo que su predisposición al amparo “Juris-legis” de los derechos de Libre disposición de las personas. Esta norma legal vigente, posibilita su posible conciliar y mediar en delitos y faltas aunque no lo dice expresamente sino en forma tácita. Lo que es cuestionable y atentatorio desde la perspectiva de la técnica jurídica, que exige la “lex scripta” es decir “la ley escrita” por “principio de legalidad”. Con lo que, luego de este análisis, decimos: que sí es posible la mediación penal en Perú.

La CONCILIACION en el PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: La Doctrina al respecto, señala: Que si bien es cierto que nuestra Ley de “Conciliación” vigente, no permite conciliar los delitos y faltas, sin embargo existe el “principio de oportunidad” regulado en el Art.2 del CPP. Que permite al “Fiscal de Abstenerse de ejercitar la Acción Penal” siempre que concurren los supuestos previstos en la ley. Entonces, estamos frente a una figura distinta

legalmente condicionada y vinculada con la naturaleza esencial de la conciliación, recayendo a posteriori en “el acuerdo restitutorio”. El Problema es: no está clara la naturaleza de la conciliación, la misma que está presente en diferentes institutos jurídicos. Por lo que, el presente trabajo de investigación aporta lo suyo objetiva y verídicamente.

EN EL DERECHO COMPARADO

Se tiene como referencia las “fuentes formales” de dos países, los mismos tomados en cuenta para efectos de los objetivos, y son:

De ARGENTINA.- La situación en la Argentina: El modelo conciliatorio se utiliza en nuestro país para los delitos de acción privada. Sólo se lleva a cabo si víctima y victimario están de acuerdo en hacerla. Allí ambos tienen un papel protagónico donde podrán escucharse recíprocamente, pedir explicaciones, exteriorizar sus sentimientos y lograr uno el resarcimiento debido y el otro asumir activamente la responsabilidad que le cabe. Es el principio de oportunidad el que se está incorporando con gran vigor en los derechos penales modernos. El hecho de aceptar la mediación no implica confesión del infractor, o sea que es un medio o herramienta donde el rol participativo de los protagonistas, víctima/victimario, recompondrá el conflicto con la guía del tercero neutral, para llegar a una verdad consensuada, la que tiene dos objetivos básicos: reparar a la víctima y resocializar al infractor. Esto último podrá parecer presuntuoso a quien lo lee, pero no se imaginan los cambios que se producen cuando las personas se sienten escuchadas, contenidas, ayudadas, respetadas y, en definitiva, se les da un espacio para revalorizarse como tales. (REGINA, 2002).

Hay dos enfoques distintos sobre el tema que nos ocupa: uno es el que propicia la mediación para determinados tipos de delitos, y el otro donde el "bargain" puede utilizarse en todo delito. En Argentina se cuenta con la Ley 24.316 del 13/5/94, la que mediante la incorporación de los artículos 27 bis, 76 bis, 76 ter, 76 quater y sustitución del art. 64 del Código Penal introduce el instituto de probation, que evita la persecución y eventual condena, -para delitos con pena de reclusión o prisión que no excedan de tres años y sin pena accesoria de inhabilitación- si después de un tiempo determinado el imputado se comporta de acuerdo con lo establecido.

De ESPAÑA.- La mediación penal en España: presente y futuro: Desde los inicios de las primeras experiencias en la justicia penal juvenil, a principios de los años 90 en Cataluña, y el establecimiento del primer Servicio de mediación penal de adultos en el 2000 a cargo del Departamento de Justicia de la administración catalana, hasta la actualidad, la mediación penal en España ha recorrido un largo y proceloso camino. A mediados de los años 2000, otras administraciones, corporaciones y asociaciones se hicieron eco de aquella iniciativa, y recogiendo el testigo, sostuvieron programas de mediación penal en diversos puntos del Estado español. Ello se hizo con el apoyo y complicidad de jueces y fiscales que miraban a Europa, a sus Recomendaciones y Decisiones - Marco, ante la ausencia de normativa nacional expresa. Y quien, a partir del año 2005, vertebró y dio sostén e impulso a estas experiencias, a nivel estatal, ha sido y sigue siendo el Consejo General del Poder Judicial. Con la creación en el año 2009 de la Vocalía delegada para la coordinación e impulso de la mediación, el Consejo asumió expresamente compromisos en materia de formación judicial (inicial y continua), formalización de convenios,

protocolos y colaboraciones con organismos e instituciones públicas, recogida de datos y elaboración de estadísticas, información y soporte documental en periódica revisión , entre otras tareas , con el propósito declarado de contribuir a crear una “ cultura de la mediación”. De las últimas estadísticas elaboradas se puede concluir que esta “cultura” avanza, sin prisa pero sin pausa, en el ámbito de la mediación penal, (en 2012 se han derivado un 18,30% más de causas que en 2011) avalada, asimismo, por el éxito que se deriva de su alto índice de acuerdos (en un 75,19% de los procesos terminados). Por ello, el futuro se presenta esperanzador y expectante, a la espera de la regulación de la materia en el anunciado Código Procesal Penal. (FREIRE, 2000).

2.2. MARCO CONCEPTUAL

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.- Conjunto de organismos y personas que se dedican a aplicar las leyes en los tribunales y juzgados. Actividad de este conjunto de organismos y personas.

JUSTICIA RESTAURATIVA.- (humanizar), “La justicia restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y criminología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se insiste en que la justicia repara esos daños y que a las partes se les permita participar en ese proceso.”.

MEDIACIÓN PENAL.- “mecanismo alternativo de resolución de conflictos”, la mediación penal es un método jurídico que permite a las partes en conflicto sobre hechos que tienen vinculación con infracciones penales legisladas, que les permitan a las partes en cuestión dilucidar, aclarar, reconocer, negociar, y reparar; mediante acuerdos reparatorios.

CONFLICTOS.- “Desavenencia”, es inherente a los seres humanos “personas” y se originan en la mente de las personas (o en el alma humana). Siendo la incompatibilidad volitiva o cognitiva entre dos o más personas, en función a los hechos y/o fenómenos sociales o naturales (Realidad objetiva). El conflicto en esencia es subjetivo, yace en el entender de las cosas objetivas. Ante ello, surge los medios de solución de conflictos, sean vía resolución o vía disolución.

CONDUCTAS PUNIBLES.- Una conducta punible es aquella que, por sus características, puede o debe recibir una punición (sanción o pena legal). Para que la Conducta sea punible se requiere que sea: típica (t), antijurídica (a) y culpable (c). La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

CRITERIOS de OPORTUNIDAD “Principio de Oportunismo”.- El criterio de oportunidad yace en forma “tácita” en el ejercicio del acceso a la justicia; la norma procesal penal, prevé como un instituto jurídico “principio de oportunidad” (como terminación anticipada de un proceso). Está en realidad esta desnaturalizada, ya que más bien se trata de una “facultad del fiscal”. Y el “principio de oportunidad” esta inherente en ello, así como lo está en otros institutos jurídicos. La Oportunidad en sí, es un “principio natural de oportunismo” no positivado - y está en función del tiempo y lugar”- es decir el Oportunismo (de oportuno) “... transigencia y contemporización que, en caso de necesidad, sacrifica los principios fundamentales para acomodarse a las circunstancias de tiempo y lugar”

NEGOCIACIÓN.- La Negociación se define como el proceso mediante el cual dos o más personas buscan llegar a un acuerdo respecto a un asunto

determinado; con el objetivo de alcanzar mediante el acuerdo con la otra parte “acuerdos beneficiosos” que satisfagan sus intereses.

2.3. HIPOTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Hipótesis general:

La dogmática de Mediación Penal se adapta al caso peruano en los delitos de acción privada, publica (bagatela) y faltas, como medida alternativa de solución privada a la crisis de la justicia penal y tiene un alto nivel de aceptación por la población puneña.

Hipótesis específicas:

- 1) La dogmática de la mediación penal se adapta para el caso peruano, en los tipos penales susceptibles a mediar, es decir los delitos de acción privada, publica (bagatela) y faltas, como medida alternativa de solución privada a la crisis de la justicia penal.
 - . Casos por el ejercicio de la acción penal privada.
 - . Casos especiales por la abstención del ejercicio de la acción penal Pública.
 - . Casos por la infracción penal por faltas.
- 2) La aceptación de la mediación penal por la población puneña se estima en un nivel de medida alto.

CAPITULO III

MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

* DISEÑO Y TIPO DE INVESTIGACIÓN:

DUAL o MIXTO: CUALITATIVO (Formales) y CUANTITATIVO (Fácticos)

Cualitativo: Objetivo Específico N° 1.- Estudio y análisis de fuentes formales (documentales), producidos o realizados por las demás personas o entes entendidos en la materia

Cuantitativo: Objetivo Específico N° 2.- Estudio y análisis de fuentes reales (empíricas), recopilando, acopiando, procesando-descriptivo e interpretando, opinando-crítica sobre hechos facticos relativos al tema de las demás personas vinculadas al estudio.

Otros métodos utilizados en la investigación.-

Dogmático.- “fundamentos”- de identidad de un ente. Estudio y análisis de “dogmas-principios” de las fuentes formales del derecho (doctrina, normas legales, jurisprudencia). Explora, identifica la naturaleza verídica de los elementos y principios naturales, sociales y jurídicos). Con lógica y racionalidad.

LOS DOGMAS = Son Principios, valores, presupuestos, elementos naturales. Que existen por la naturaleza de las cosas o entes.

EL DOGMATISMO JURÍDICO: Son esos principios, valores, y otros, que por naturaleza o positivizados existen en el Derecho; orientados al mundo de la ciencia jurídica o Derecho.

DOGMATICA DE MEDIACION PENAL.- principios, valores, y otros, que existen en el contenido u objeto del Derecho de mediación penal.

DOGMATICA PENAL y Procesal.- principios, valores, y otros, que existen en el contenido u objeto del Derecho penal y procesal.

Exegético.- “Interpretación objetiva”- de las normas legales y otras fuentes formales del derecho. (Análisis, interpretación, descripción).

Eisegético.- “Interpretación subjetiva”- de las normas legales y otras fuentes formales del derecho. (Análisis, interpretación, opinión crítica).

Constructos.- “Creación-construcción”, con lógica y racionalidad por la investigación científica. (se propone, crea, modela). (BUNGE, 1997).

3.1. UNIVERSO Y MUESTRA:

a) La Muestra en relación al Universo:

UNIVERSO ESTUDIADO.-

Fuente Formal: (Doctrinales, legislativas) → Derecho Nacional y comparado.

Fuente Real: población puneña mayor de 18 años (datos aún no determinado por INEI): entre ellos ciudadanos justiciables y operadores jurídicos. El de aceptación se expresa por el indicador porcentual (%).

MUESTRA UTILIZADO.-

Fuente Formal: Las “informaciones pertinentes” de fuentes Documentales (doctrinales, Legislativas), se tendrá en cuenta del Derecho interno y comparado - referencias de países de España y Argentina.

Fuente Real: Muestra Representativa de significancia (“n” poblacional =?) población a encuestar: ciudadanos justiciables y operadores jurídicos. Siendo esta muestra 384 =100% personas encuestados; y distribuidos al 50%: Ciudadanos justiciables 192; y operadores jurídicos 192.

b) Determinación del error muestral: “E”.

Siendo el valor de $E = 0.05$

E = Es el máximo de error permisible, y representa la precisión que se desea de los resultados.

c) Sistema de selección de la muestra utilizado:

De la investigación Cualitativa:

Se consideró las fuentes formales del Derecho (Doctrina y legislación) del Derecho nacional y comparado. Y por la pertinencia a los objetivos se seleccionó la muestra formal y utilizada de: la doctrina y legislación del Derecho nacional y comparado (referencia de 2 países).

De la investigación Cuantitativa:

Para ello se usó la siguiente fórmula estadística:

$$n = \frac{Z^2 * q * p}{E^2}$$

Dónde:

Z = valor de la distribución normal estandarizada correspondiente al nivel de confianza escogido para fines prácticos, existen tablas estadísticas que nos dan el valor Z.

P = Es la proporción que tiene la característica de interés que nos interesa medir.

Q = (1-P): Es la proporción que tiene la característica de desinterés que mediremos.

E = Es el máximo de error permisible, este determina el proyectista y representa con que tal precisión se desean los resultados.

n = Tamaño de la muestra, el dato que se quiere obtener.

N = Tamaño de la población puneña inferida por la encuesta y comparada con datos oficiales del INEI → Residual_ por conocer. (Población puneña que aceptarían la propuesta).

Dándole valores: $Z = 1.96$ $P = 0.5$

$q = 1 - P = 0.5$ $E = 0.05$

Luego procesándolo, se tiene como resultado:

$$n = \frac{1.96^2 * 0.5 * 0.5}{0.05^2} = 384$$

Siendo 384 personas encuestados, entre ciudadanos justiciables y operadores jurídicos.

3.2. PARA LA OBSERVACIÓN E INVESTIGACIÓN:**a) Técnica e Instrumento utilizado en la investigación :**

En la investigación Cualitativa: Se estudió la “Dogmática de mediación penal orientado para el caso peruano”.

Técnica: La técnica del Registro, fue medio de recolección de información, producto del Estudio/análisis de las fuentes formales del Derecho.

Instrumento: El Fichaje, haciendo uso de las Fichas bibliográficas, siendo la Guía del estudio documental.

En la investigación Cuantitativa: Se midió el nivel de “aceptación de la mediación penal por la población puneña”

Técnica: Se usó la Encuesta, como medio de recolección de información de las fuentes reales del Derecho.

Instrumentos: En el Trabajo de campo, se utilizó el Cuestionario de la encuesta - tanto para operadores jurídicos y justiciables; y se adiciono, una Guía de ilustración para la encuesta a justiciables. (Se adjunta modelos en Anexos: ...).

b) Procedimientos seguidos en la investigación:

En la investigación Cualitativa: (Formales). Previa a su aplicación del instrumento de la Fichas Bibliográficas, se validó en una forma piloto, mejorando las fichas con las informaciones a requerir, como fuente de internet y para artículos indexados. Alguna experiencia digna tenemos el haber conocido más sobre la: “Base de Datos” de informaciones científicas indexadas o garantizadas que existen a nivel mundial. Dificultades en cuanto a abundancia de información por internet y escasa información nacional respecto al tema específico, y se resolvió con el modo de seleccionar o

discriminar las informaciones del exterior y explotando las informaciones nacionales; orientados al tema específico.

En la investigación Cuantitativa: (Fácticas). Previa a la aplicación del instrumento “Cuestionario”, se validó en una forma piloto, mejorando para ser más entendible sobre todo para los justiciables, seguido de su guía de ilustración. Alguna experiencia digna tenemos el haber conocido más sobre la: “Realidad social-jurídico” de informaciones empíricas e informal que existen a nivel local. Dificultades en cuanto al tiempo requerido para encuestar y desconfianza en algunas personas al inicio de encuestar, y se resolvió con el modo de darnos más tiempo de lo programado, y explicar-persuadir a las personas reacias a la encuesta.

3.3. ANÁLISIS DE DATOS INVESTIGADOS:

En lo Cualitativo: Se estudió las fuentes doctrinales, legislativas del Derecho nacional y comparado. Para ello, en base a las informaciones obtenidas se estudió, analizo, se interpretó, se debatió y se concluyó; sobre la materia en cuestión.

En lo Cuantitativo: Se estimó y midió las fuentes reales de la realidad social, en cuanto a la aceptación de los justiciables y operadores jurídicos. Para ello, en base a las informaciones obtenidas se procesó vía estadística descriptiva, y expresándolos la información en cuadros y gráficos correspondientes; además que se determinó el nivel de medida de acepción por la población puneña.

CAPITULO IV

CARACTERIZACION DEL AREA DE INVESTIGACIÓN

La investigación con 2 enfoques.- Cualitativo: Estudio de alcance Nacional (Perú) y comparado; y Cuantitativo: Recolección de Datos - en Distrito Puno.

País: PERÚ.- Según su “Constitución Nacional”, el Perú expresa su “estado de derecho” en una Jurisdicción Única, y con un ordenamiento legal único de Derecho interno; el mismo que existe en un contexto global de Derecho comparado.

Distrito: PUNO.- Circunscripción distrital, del cual “n-población” al año 2015 - se estimó población muestral con fórmula estándar - resultando 384 personas (justiciables y operadores jurídicos), siendo sujetos encuestados en forma aleatoria.

MAPA DE UBICACIÓN DEL ÁREA DE INVESTIGACIÓN: FIGURA 2. Área de Investigación poblacional



Fuente: Mapas de Google Earth

CAPITULO V

EXPOSICIÓN Y ANALISIS DE LOS RESULTADOS

Considerando que la presenta tesis, constituye un avance al desarrollo de una posible implementación de la “Mediación Penal” en un futuro en el Perú. Así, como considerar que esta es una propuesta tentativa y no es definitivo. Los dogmas, que son fundamentos y principios básicos del objeto en referencia, que como “contenido esencial”, constituyen uno de los contenidos o temática de la mediación penal; y el indicador de los resultados del grado de aceptación por la población. Ello nos demuestra el potencial “método jurídico” existente en el tratamiento de la “justicia Penal” extra-proceso o “extra-judicial” peruano. En ese sentido, pasamos a la exposición y resultados de la siguiente propuesta y su grado de aceptación respectivamente:

5.1. LA DOGMATICA DE LA MEDIACIÓN PENAL PARA EL CASO PERUANO

La Mediación penal constituye una propuesta-modelo de la justicia restaurativa para el sistema jurídico peruano. Este modelo de Justicia Restaurativa cosecha más importancia a nivel internacional, como una alternativa que abarca

determinadas prácticas que se orientan a la reparación del daño como resultado o respuesta a la comisión de un supuesto “delito”, siendo protagonistas la víctima y el agresor. La apuesta por el diálogo restaurativo y la cultura de paz, es nuestro empeño y aportar al progreso y su desarrollo en el ámbito de la justicia peruana. Es así que a través de la reparación y el diálogo podemos acercarnos a otro paradigma de intervención con los justiciables en infracción. Todo esto en un ámbito o contexto privado - “extra-proceso”.

Un avance en el Perú, es muy necesaria, por cuanto constituye una nueva forma alternativa privada de buscar soluciones al tan alicaído sistema de justicia penal peruano. Para ello, apostar por la “justicia restaurativa”; se convierte en una verdadera posibilidad de Buscar nuevas soluciones con un sentido restaurativo, buscando los “acuerdos reparatorios” en lugar de penas distributivas y sancionadoras- finalidades propias del Derecho Penal.

A pesar que, actualmente se pregona el “garantismo procesal penal”, sin embargo esta continúa en un ambiente inquisitivo “heterocompositivo”, mas no se promueve la “autocomposición de los conflictos” estando dentro de ella la mediación como medio alternativo o método jurídico de solución de conflictos, con sentido restaurativo.

Caracterizar para el Perú un conjunto de fundamentos teóricos; para ello la similitud en relación a su aplicación en ciertos casos penados en diferentes países de nuestra región y de la tradición romano-germánica. Para efectos de nuestro objetivo, priorizamos en tener de referencia a países básicamente de la Argentina y España, más la revisión nuestra del Perú. Para lo cual, nos basamos de las “fuentes formales del Derecho”, es decir de: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación. Con lo que desarrollamos a continuación.

El Derecho Penal como última ratio..- En una eventual implementación de la mediación, que lógicamente tiende a descongestionar el aparato de justicia, debe estar a la mira de un propósito fundamental, y es que el derecho penal, y por ende la pena contemplada por el legislador como consecuencia del hecho punible, es la alternativa última a la que debe acudir el Estado y la Sociedad para solucionar los conflictos surgidos por la comisión de hechos indeseados para la sociedad. Así, uno de los principios básicos de la mediación es que este medio restaurativo y auto compositivo resulta más provechoso para la Comunidad, para el Estado y sobre todo para la dignidad de la “víctima” y del trasgresor de la ley, que la imposición de una pena.

5.1.1. EL ESCENARIO PERUANO APTO PARA LA MEDIACION PENAL

1. EL MARCO DE LA LÓGICA Y LA RACIONALIDAD.-

Fundamentos básicos, relativo a la filosofía, y por extensión relativo a la “filosofía Jurídica”. Si bien es cierto que, la Lógica considerada como una disciplina que estudia los principios formales del conocimiento humano, es decir, las formas y las leyes más generales del pensamiento humano; sin embargo la referencia al objeto de la mediación penal, la vincula la “lógica jurídica” considerada: La lógica jurídica como lógica formal aplicada. A contrario sensu de lo anterior se pronuncia Hernando Plaza quien plantea: “La lógica jurídica enfrenta los problemas de tipo lógico surgidos de la reflexión acerca de la ciencia jurídica y de aplicación de la lógica formal a resolverlos. Quien debe pautarlos y resolverlos es un investigador que reúna las calidades de filósofo y jurista”. (PLAZA, 2013).

Si bien los problemas principales de la lógica son las doctrinas del concepto, del juicio, del silogismo y del método; siendo estos aspectos subjetivos del ser humano, por tanto la apreciación de un método y sus alternativas son naturales a la mente humana, lo que permite aceptar nuevas alternativas sobre algo, en este caso “las Alternativas al Proceso común”.

Según Juan Carlos Yeanplong: “la realidad es, sino sólo un modo en que la realidad puede ser estructurada. Lo real puede estructurarse de muy diversos modos. A su vez, el hecho que ciertas convenciones sean más satisfactorias que otras depende en buena medida de la propia realidad” (YEANPLONG, 2007).

Lo mismo que conlleva la racionalidad de “ser posible una nueva estructuración alternativa con un nuevo proceso alterno como es la mediación penal y que contribuya a la solución de conflictos de relevancia penal.

2. LA NATURALEZA DEL CONFLICTO.-

Considerando que la naturaleza del Conflicto es humana, en vista que se origina en la Naturaleza humana y conflicto; siendo un estudio desde la Filosofía para lo humano. La cuestión de la naturaleza del ser humano - es conflictivo, porque es propio de su naturaleza vivir conflictos, por tanto “los conflictos son inherentes a la naturaleza humana”. Pero, entonces: ¿Qué es el conflicto? A esto el tratadista Germán Silva García, señala: “El conflicto es una consecuencia de un determinado de estado de cosas. ¿De cuál estado? De una situación de divergencia social, es decir, de una relación contradictoria (disputa) que sostienen personas o grupos sociales separados al poseer intereses y/o valores diferentes”. (SILVA, 1996).

Asimismo, diversos autores han definido al conflicto de la siguiente manera: Acepciones del Conflicto.- según Rodríguez: “El conflicto es connatural a la existencia de la humanidad, nuestra existencia es una permanente confrontación a problemas que surgen en nuestro entorno, el conflicto es algo objetivo, porque el hombre en su existencia debe superar muchas barreras y dificultades”. (RODRIGUEZ M. , 1999).

A su vez, Guillermo Cabanellas, señala: “Conflicto: es la Oposición de intereses en que las partes no ceden./ El choque o colisión de derechos o pretensiones”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

Por tanto, el conflicto es una parte constitutiva de la naturaleza humana, y tenemos que convivir con ellos, en realidad los conflictos no hace sino describir cómo los humanos, por el simple hecho del trato y contacto social con sus semejantes, hacen que se originen las diferencias y desavenencias. Ante esto, la mediación, se constituye como una posibilidad de resolver situaciones de conflictos apelando a la “voluntad de las partes”- (considerado por la academia jurídica, como una “Jurisdicción Privada”, donde el Poder de la “Jus-Decisium” las imperan los mismos sujetos en conflicto, teniendo control en la decisión) en donde el Conflicto viene a ser el Género, y la Especie el Delito (una forma de conflicto). Además, se aprecia la expresión del Sincretismo Cultural- (Una forma de Expresión y apreciación en la Administración de Justicia Comunitaria en el Sur Andino Peruano- Vicaría de Solidaridad de Sicuani-Cusco); donde Reconoce como “error” al “delito”- “en realidad es comprender de diferente forma al mundo”. (TICONA, 2007).

En cuanto a su contextualización, debe ser considerado, algunos aspectos como: Dónde ocurre el conflicto, es decir en qué espacio geográfico u organización social sucede; en qué estructuras sociales y políticas se desarrolla, qué normas culturales y jurídicas los regulan, qué métodos de solución de conflictos se eligen, como una forma de elección en la decisión de las partes.

3. LA NATURALEZA DE LA MEDIACIÓN.-

Ante la evidencia de un conflicto, la persona busca a “terceras personas” para que los solución (heterocomposición) o la persona busca “auto tutelarse” para su solución (Autocomposición). La mediación es un “medio privado” por excelencia, o un “medio extra-proceso”. Donde son las personas que están provistas con la “Jus Decisión”- (Es la facultad, Poder de decidir de las personas ‘ser humano’ en su estado natural), en su vida privada o pública; por tanto son las personas que deciden el uso o no de la mediación, aplicándolos en cuestiones de naturaleza privada o pública. Entonces ¿Qué es la mediación?: “La Mediación es un proceso voluntario en el que dos o más partes involucradas en un conflicto trabajan con un profesional imparcial que les asiste, el mediador, para generar sus propias soluciones a sus diferencias (disolución). A diferencia de un Juez, o un árbitro cuyas decisiones obligan a las partes, e implican que una parte gana y la otra pierde, la mediación busca obtener una solución válida para ambas partes”. Asimismo, “La Mediación es una forma flexible de solución de conflictos, que permite a las partes en disputa una solución previa a lo que hubiera constituido un litigio. La Mediación ofrece a las partes una oportunidad de ganar una mayor comprensión de su conflicto,

y limitar el coste (tanto en tiempo como en dinero) que implica un procedimiento legal completo.”. (MIJANGOS, 2011).

Con ello la Mediación puede ser considerada como una “negociación asistida”. La Negociación puede ser considerada como “comunicación tendente a la obtención de un acuerdo”. Por lo tanto, la Mediación es “comunicación asistida para la obtención de acuerdos”. Asimismo la doctrina define a la mediación, que: “es un proceso por medio del cual un tercero entrenado y neutral reúne a las personas en conflicto. Las partes tienen la oportunidad para hablar sobre el conflicto y negociar su solución, si es posible. Los mediadores no imponen acuerdos. El proceso está diseñado para dar poderes a las dos partes”. Una visión más enfocada a lo privado, define la mediación como “proceso por el cual un experto en mediación y negociación ayuda a las partes a negociar un acuerdo beneficioso para ambos”. (MALARET, 2003).

La mediación (La mediación como un mecanismo alternativo de administración de justicia, aun no prevista por la ley) como “Jurisdiccional Convencional”: “este es un nuevo concepto o nueva visión de ‘la nueva administración de justicia’ que se aleja del concepto legal de Jurisdicción, donde se devuelve a las partes el poder sobre sus propios conflictos, que en la concepción del Estado Moderno ha sido un verdadero monopolio del Estado. Con esto se pretende alcanzar una verdadera solución de conflictos, vistos desde una óptica más realista y menos jurídica y buscar alcanzar una justicia sustantiva que va más allá de la mera aplicación de la Ley”. (CABEZAS, 2007).

Entonces, cuando fracasa la negociación directa, es necesario recurrir a la intervención de un tercero, para que actúe de facilitador de una nueva negociación. Ante esta situación nos encontramos frente a la Mediación, que es

una de las técnicas alternativas de resolución de conflictos, no adversariales, la cual es facilitada por un tercero; el mismo que es una negociación asistida por un tercero, que es imparcial y neutral a las partes en conflicto. A ello cabe el concepto: “La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. El Mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambos”. (HIGHTON & ALVAREZ, 1995).

Ante todo ello, si la sociedad conformada por personas naturales, es lógico que la creación de su cultura- sea Privado. Entonces la mediación nace en el seno de la sociedad-privada, con lo que estamos en la esencia de la naturaleza de la mediación. Y por ende la naturaleza de la mediación penal, que es de origen privado, por tanto en su contenido tiene “características y lógicas propias” fundadas en sus principios (dogmas) que los identifica. Así, la Mediación Penal, en esencia es un instrumento-programa propuesto y creado por la corriente jus-filosófica de la “justicia restaurativa”, que se antepone a la “justicia transformativa”. Donde su fundamento se basa en un “contexto privado”... en la que, es un medio pacifico, donde auto componen una forma de un conflicto: delito (relatividad penal)- (Relativo, temporal, circunstancial - vinculado a la forma tratada por el Derecho penal), por las partes involucradas: victima-agresor.

4. LA NATURALEZA DEL PROCESO Y/O MÉTODO JURÍDICO.-

Por deducción según el filósofo Mario Bunge: Para ser considerado ciencia, debe tener: su Objeto y su Método; es decir que toda teoría jurídica tiene un objeto “teoría del Derecho” y un método “teoría del Proceso” esta se basa en un Proceso Organizado. (BUNGE, 1997).

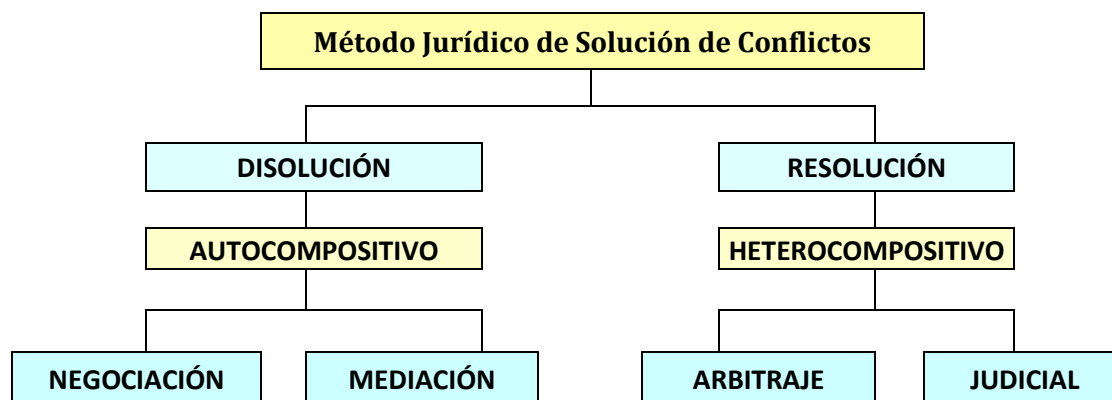
Antes de la ley está el proceso “en su estado natural”, concebir la Naturaleza del Proceso - yace en la naturaleza de su fundamento del proceso. Así Cabanellas señala: “Proceso: es Progreso, Avance. / Transcurso del tiempo. / Las diferentes fases o etapas de un acontecimiento. / Conjunto de autos y actuaciones.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

Entonces podemos considerar que, el proceso es el medio a través del cual las partes en conflicto busquen sustanciar sus intereses, sea en un ámbito privado o público; existiendo la sociedad en un contexto privado, en la que es relevante la Negociación, la comunicación sobre el entendimiento de la naturaleza del conflicto, para el logro de soluciones pacíficas.

El Método Jurídico y su Objeto: (Medios Alternativos de Solución de conflictos). Señalada ya por el filósofo Mario Bunge, que toda ciencia debe tener su objeto y su método. Así entonces el método referido a lo jurídico será todo aquello contenido u objeto del Derecho que busca materializar en la realidad mediante un proceso determinado. Refiriéndose también Cabanellas: “Método Jurídico: es la suma de procedimientos lógicos para la investigación de las causas y de los fines del Derecho, para el conocimiento e interpretación de sus fuentes, para la estructura de sus textos positivos y técnicos y para la

enseñanza y difusión del mismo, principio rector y obligatorio de la convivencia social en sus categorías fundamentales”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

FIGURA 3. Método Jurídico de Solución de Conflictos



Fuente: Elaboración propia del Investigador

Estas formas de sistematizarlo son relativos al derecho procesal y hace referencia a los modos de terminar los litigios y proceso, mediante la “Jus Decisium”- es decir desde quienes tienen el “poder de decisión” sean las partes en conflicto. Estos modos pueden ser: la autocomposición (auto tutela) y la hetero-composición de los conflictos. De las varias formas de clasificar a los medios alternativos “procesos”, el investigador propone una clasificación basado en la “decisión de partes” en conflicto. Por tanto entender de quien tiene más poder en la decisión de un conflicto en relación a un tercero interviniente, donde el mayor o menor grado de participación de las partes en conflicto, se da de la siguiente manera:

FIGURA 4. Grado de Decisión según medio alternativo

Grado de Decisión de las Partes	Medio Alternativo
Mayor grado de Decisión en Solución	. Negociación
Facultad de Decisión con Asistencia	. Mediación
Decisión se limita a Convenio Arbitral	. Arbitraje
Nulo en decisión de solución	. Judicial

Fuente: Elaboración propia del Investigador

La Autocomposición: En la autocomposición se da dos formas de solución: la primera, el litigio se soluciona por acto privado, es decir mediante la Negociación Propia o Directa por ejm. En un contexto de Huelga, legítima defensa, etcétera; y la segunda mediante la Mediación, donde el proceso o la litis terminan por la voluntad unilateral (frustrado: Desistimiento) o acuerdo bilateral de las partes (exitoso: acuerdo); por ejemplo en un contexto de transacción, conciliación, etc. Así, Luis Vado, señala: “se entiende como autocomposición la renuncia el derecho propio en beneficio del interés ajeno. Siendo autodefensa, sus manifestaciones pueden ser unilaterales o bilaterales, según provengan de ambas partes del litigio o de una de ellas. Como podemos ver, es una solución que proviene de la voluntad de una o ambas partes.”. (VADO, 2002).

Entonces, Autocomposición viene a ser: medio de solución “inter partis”, proviene de ambas partes del conflicto: siendo bilateral cuando tiene su origen en ambas partes, y si una parte renuncia entonces se frustra la solución (unilateral cuando proviene de una de las partes). No consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, sino, por el contrario, es la renuncia a la propia pretensión o en la sumisión a la de la contraparte. Las

especies de la autocomposición son el desistimiento, el perdón del ofendido, el allanamiento (es de carácter unilateral) y la transacción (siendo bilateral).

La Heterocomposición: Se debe considerar que la heterocomposición, sea elegida en última instancia o última alternativa en la búsqueda de solución a los conflictos, el proceso se dirime o resuelve por un órgano procesal provisto de potestad jurídica. Así, en el derecho peruano, serían supuesto de heterocomposición: el proceso ante el juez, el proceso arbitral. “un tercero ajeno a las partes para resolver un litigio”. Es así que Luis Vado, aclara: “Aquí nos encontramos con que la solución del litigio viene dada por un tercero ajeno al problema, esto es, no solo es requisito la presencia de un tercero, sino que dicho tercero resuelve de forma vinculativa el litigio. Tenemos como formas clásicas de la heterocomposición el arbitraje y el proceso judicial. En el primer caso citado, nos encontramos ante un medio alternativo de resolución de conflictos, en el segundo, ante la figura tradicional en la que un Juez funcionario gubernamental, decide la cuestión discutida.”. (VADO, 2002).

Entonces, la heterocomposición es una forma evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social e implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial al conflicto. Históricamente, en un principio, las partes en conflicto recurrían a la opinión de un tercero que de forma amigable trataba de avenirlos, lo que viene a ser una “amigable composición”, que equivale según nuestro modo de entender, a una forma de “conciliación-concilio”.

El Dilema del: Proceso & Procedimiento.- Por un sentido “Jus-Naturalista”, para dilucidar y aclarar las acepciones de los términos de: Proceso y Procedimiento, los mismos categorizados en que: el “Proceso es el Género” y

el “Procedimiento es la especie”. Así, Jorge Rendón, señala: “En el Derecho, el término proceso es sinónimo de juicio o causa legal y procedimiento son los trámites y la forma en que se lleva el juicio.”. (RENDON, 2000).

Se aprecia que, para una Gestión jurídica como los procesos legales en general, las mismas que en su contenido se encuentran diferentes procedimientos o tramites como refiere Rendon, lo que en suma de todos los procedimientos tendra como resultado un proceso legal determinado.

Las diferencias entre los procesos y los procedimientos pueden resumirse en la siguiente tabla:

FIGURA 5. Diferencia entre Proceso y Procedimiento

Diferencia entre Proceso y Procedimiento

Procesos	Procedimientos
Viene ser el Género (<i>Proceso General</i>)	Viene ser la Especie (<i>Procedimientos o trámites</i>)
Los Procesos buscan un Objetivo General	Los Procedimientos buscan Objetivos Especificos
Un Proceso sigue Procedimientos	Los Procedimientos contribuyen al Proceso
El Proceso busca una Solución	Los Procedimientos contribuyen a la Solución

Fuente: Elaboración propia del Investigador

Por tanto se concluye en un “proceso de mediación”, que los procedimientos serán todos aquellos trámites u otras formas, que llevan la consecución de una finalidad: la mediación de una cuestión.

5.1.2. EL DOGMATISMO DE MEDIACION PENAL PARA EL PERÚ: (Propuesta pura)

La Dogmática de Mediación Penal para el Perú, son todos aquellos: Principios, valores, presupuestos, y elementos naturales; que existen por su naturaleza de las cosas o entes, en forma natural o legislado en el mundo de las Ciencias

Jurídicas o Derecho, que por su contenido u objeto son relativos al Derecho de Mediación penal.

1. Los PRINCIPIOS.- Estos principios básicos propios de la mediación penal, tienen una relación con: los derechos fundamentales y las garantías del proceso. Que comparten principios comunes al proceso.

*. **Principios Rectores de la Mediación Penal.**- Siendo de naturaleza privada. El proceso de mediación tiene que estar nutrido de unas garantías que ofrezcan confianza al ciudadano que recurran a ella, para ello deben aplicarse los siguientes principios básicos:

a) Finalidad de la Mediación: propiciar una Cultura de Paz: Se entiende por "Cultura de Paz"- en forma general - a aquella forma de vida de un pueblo o conjunto de personas que conviven organizadamente fuera de un clima de violencia. Así lo señaló Johan Galtung (1969)- considerado como el padre de la Investigación para la Paz. Se entiende por violencia: aquel fenómeno por el cual los seres humanos están siendo influenciados de modo que sus actuales realizaciones somáticas y mentales se encuentran por debajo de sus realizaciones potenciales. (ORMACHEA, 1998).

Por lo tanto, una cultura de paz es aquella forma de vida de un grupo humano organizado que tiene por fin la creación de condiciones plenas de desarrollo psicológico y somático de sus integrantes. La mediación aporta naturalmente a la creación de estas condiciones, teniendo el potencial de: 1.- Promover una sociedad más justo, democrático y tolerante basado en el consenso, 2.- Fomentar acuerdos justos y equitativos para las partes y la sociedad en general, y otros ...

b) La Equidad: Reconocido también como “principio ético de equidad” o simplemente “principio de equidad” - Reconocido por la legislación Peruana en su art.2 de la Ley de Conciliación Peruana, y art.2, num.1 del Reg. D.S. N° 004-2005-JUS. A este término Cabanellas refiere: “por su etimología, del latín equitas, igualdad, la equidad implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza íntima.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

Donde el proceso de mediación, tiene por finalidad el arribar a un “acuerdo de solución”, el mismo que sea percibido por las partes del proceso como justo, equitativo y duradero. Entonces es deber del mediador asistir a las partes para encontrar alguna solución al conflicto. A ello Ormachea señala: “El principio de equidad permite que el mediador remita a las partes a otros especialistas tales como instituciones de asistencia social, psicológica, legal, etc., con el fin de facilitar el proceso mediatorio. Esta remisión a terceros, tiene por fin promover negociaciones justas o un acuerdo justo, equitativo y duradero”. (ORMACHEA, 1998).

c) Principio básico: El derecho a la presunción o el estado de inocencia.- Teniendo en cuenta que recurrir a la mediación se acciona en forma voluntaria o es a iniciativa de las partes en conflicto; y no obligado, menos en la condición de imputados. Por lo que, el hecho de ser personas, se goza del “Derecho y principio fundamental de la persona”, así el art.2, num.24, letra.e) señala: “Presunción de inocencia: Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.”. (JARA, 1994).

Todo ciudadano peruano goza de este Derecho fundamental, por la sola condición de ser “Ser Humano” este o no involucrado en un proceso penal común; y con mayor razón si su conflicto penal lo ventila y busca solución en un contexto privado - como es la mediación.

d) Oficialidad: Legalidad.- “... del proceso de mediación penal”. La mediación como método independiente al proceso penal. Es así que, se trata de implementar con una norma legal al sistema de justicia ya existente. Así nutrimos con: “la mediación puede ser introducida como método relativamente independiente del proceso judicial, pero integrado en el sistema de justicia penal ya existente; es decir, que en este caso no se trata de innovar -en el sentido de crear un nuevo sistema de justicia independiente y paralelo al convencional-, sino de implementarlo, combinando sus valores y prácticas, con las existentes en el propio sistema del cual surgen.”. (GRAVIELIDES, 2007).

Para ello, ya se cuenta con que el sistema de justicia en el que se pretende implementar este método de resolución de conflictos penales, siendo posible su implementación. La legislación que exista podrá legitimar y reconocer la práctica de procesos de mediación en determinados asuntos, a su vez nutrido e informado por el “principio de oportunidad” y el “concilio” de su forma natural.

La mediación por su naturaleza privada, tiene en esencia la “no-adversarial del procedimiento conciliatorio”- como lo señaló Mnookin & Kornhauser (1979) en la “conciliación”: los adversarios negocian “en la sombra del derecho”; es decir las partes y el tercero buscan soluciones dentro de los marcos amplios del derecho no basándose en la aplicación de la norma pertinente al caso específico.”. (ORMACHEA, 1998).

Por tanto, por comprensión, la “ley aplicable” no debe ser el criterio que guíe el proceso de mediación. “Las partes pueden dejarla en suspenso y regular el caso dentro de los marco amplios del sistema jurídico, y por efecto su incidencia en el “Acuerdo de Solución”.

Entonces cabe aclarar, ¿Cuál es el fundamento de legalidad de la mediación aplicable en Perú? - para ello, entendiendo que la esencia de la conciliación esta inherente en la mediación; por lo que la legalidad de este medio alternativo, se enfoca en la finalidad del “Acuerdo de Solución” el mismo materializado en un Acta de mediación .- (El Acta de mediación, sería similar al acta de conciliación, prevista y reconocida por el art.16 de la Ley de Conciliación Extrajudicial, de la Legislación Peruana). La respuesta es reconocida jurídicamente al Acuerdo de Solución como un “Acto Jurídico” previsto y contenidas en el Código Civil Peruano - (art.140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: Agente capaz, objeto físico y jurídicamente posible, fin lícito, y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad), resumiéndose en que: “el Acto Jurídico: ... es Autonomía de la voluntad y Formalidad.”. A su vez, basado en la Libertad Legal de la Constitución Peruana- art.2, num.24, letra a).- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, siendo un “Derecho fundamental de la persona”. (DIAZ, 2004).

e) Autonomía de la Voluntad: Voluntariedad - “Jurisdicción Privada o voluntaria”.- En esencia la mediación constituye un proceso voluntario tanto para la víctima como para el infractor. Existe plena libertad de cualquiera de las partes en conflicto, para decidir la continuación o abandono de dicho proceso

sin que ello le ocasione perjuicio alguno, hasta que se inician las sesiones del proceso de mediación. - (El proceso de mediación, es una forma de “juicio oral”, donde prevalece la Oralidad, en la que podría las causas sustanciarse en procesos únicos “audiencias”, realizados en una o varias sesiones, según el caso). A esto Gordillo refiere: “Sólo mediante la participación voluntaria, podrá garantizarse que el acuerdo que se alcanza sea cumplido y de lugar a resultados satisfactorio para ambas partes. Si el recurso a la mediación fuese de carácter obligatorio, perdería su razón de ser.”. (GORDILLO, 2007).

El consentimiento de las partes requiere que se les informe previamente sobre sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las consecuencias que puede tener su participación. La voluntad de las partes, por ser inherentes a la naturaleza humana, es reconocida también como la “autonomía de la voluntad” de las personas, y sobre ello construyeron la concepción debatible de la “Jurisdicción Privada o voluntaria”. Tal como señala Ramos: “teniendo en cuenta su carácter no contencioso del mismo, es decir la ausencia de Litis por existir el acuerdo de voluntades de las partes en conflicto, es posible realizarlo en oficios medianeros, es decir la denominada Jurisdicción Voluntaria, siendo las razones como: ausencia de Litis, ahorro de tiempo y dinero, y equilibrio de Salud. Todo en beneficio de los usuarios.”. (RAMOS, 2001).

Sin embargo, esto no constituye “Función Jurisdiccional”, a ello se refiere el art.4 de la Ley de conciliación extrajudicial, cuando preceptúa que: la conciliación no constituye función jurisdiccional. Sin embargo la misma Ley Peruana, reconoce en su: “Art.3.- Autonomía de la voluntad.- La conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen

única y exclusivamente a la voluntad de las partes.”. (Ministerio de Justicia, 2011).

Con la Participación de la “Víctima”o mejor dicho del Ofendido, la justicia restaurativa busca dar participación activa al ofendido o victima, pues es aquella la más adecuada para proveer cual es la mejor manera de ser resarcida, compensada o indemnizada.

f) Confidencialidad: se mantiene en reserva toda información de los acuerdos tratados en la(s) sesión(es) de la mediación, ni menos usar las mismas contra las partes en un eventual juicio. Los mediadores tampoco podrán ser citados como testigos. Este principio también es reconocido por la Ley de conciliación Peruana- en su art.2 sobre los principios. Por lo que, la Confidencialidad es la cualidad de confidencial (que se dice o hace en confianza y con seguridad recíproca entre dos o más individuos). Se trata de una propiedad de la información que pretende garantizar el acceso sólo a las personas autorizadas. A ello, Ormachea señala: “el principio de confidencialidad es uno de los principios más importantes de la mediación y conciliación; asimismo es un elemento que le caracteriza respecto al proceso judicial que se guía por el principio de publicidad.”. (ORMACHEA, 1998).

g) Flexibilidad: “Abertum sensu”- en sentido abierto, se refiere a la forma y al fondo - como las partes van buscando una posible solución al conflicto. Si deben hacerlo o no en una o varias sesiones el proceso y/o audiencia de mediación; o la forma como abordan en la búsqueda de alguna “formula de acuerdo de solución”. Teniendo el libre albedrio y empoderado de la “Jus decisium” de decidir sobre la cuestión tratada. Es más, la Flexibilidad también

se refiere a las Estructuras de un proceso manteniendo un orden con ausencia de plazos específicos. Así también lo señalan Ríos Pascual y otros: “El proceso de mediación, a diferencia del procedimiento convencional es absolutamente flexible no sólo en cuanto a los plazos sino en las formas al llevar a cabo las entrevistas individuales y el encuentro dialogado, así como en la propia resolución del proceso.”. (RÍOS & Otros, 2008).

Por tanto, viene a ser la capacidad para adaptarse con facilidad a las diversas circunstancias o para acomodar las normas a las distintas situaciones o necesidades.

h) Independencia: en el proceso de mediación, está referido a la condición del mediador para una función virtuosa. Ante ello, se debe distinguir dos aspectos o condiciones para su absoluta independencia, virtud del cual las partes en conflicto serán los beneficiados. (ORMACHEA, 1998).

La neutralidad - está referido con lo “Objetivo de la persona del mediador”, es decir a la condición de no tener ningún “vínculo de parentesco o de afinidad” con las partes en conflicto.

Imparcialidad - está referido con lo “Subjetivo de la persona del mediador”, es decir a la condición de no existencia de vínculo alguno o de confianza entre el mediador y las partes que solicitan el servicio, tales como ser padrino, compadre, o ser su amigo.

i) Economía.- Celeridad y Gratuidad: El objetivo de este Principio de economía es hacerlo efectivo; su concepto proviene de la acepción de ahorro, el mismo referido a 3 áreas vinculadas: 1) tiempo; 2) gasto/dinero; y 3) esfuerzo/salud. Siendo la celeridad, la expresión concreta de la economía por

razón de tiempo; y la gratuidad sobre el acceso al medio alternativo y donde No existe costo alguno para las partes en conflicto. (RAMÍREZ, 1999).

j) Buena fé y presunción de Veracidad: Ambos constituyen en esencia “una actitud personal” de las partes, para el éxito de la gestión mediadora. La “Buena fé: es el modo sincero y leal con que se procede en los negocios y convenciones, aquel que no pretende engañar a las personas con quienes los celebra; convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho. Lealtad, respeto a la palabra empeñada.”. (RAMIREZ, 2000).

La Veracidad, se refiere a la necesidad de contar con información fidedigna durante la audiencia mediadora. Las partes del proceso de mediación, deben dar información cierta sobre las causas y consecuencias del conflicto. Evitándose que viertan información tendenciosa o imprecisa que afecten a las partes, al mediador y a la entidad mediadora. Estos principios deben entenderse como una obligación de las partes vinculado con la información.

k) Simetría de Poder.- Empoderamiento: Vinculado a la “Jus Decisium”- es decir a la facultad potestativa de “poder de decisión” de las personas que vayan a formar partes en un proceso de mediación. A pesar de no estar contemplado en una Ley o legislación, es importante tomar en consideración el principio ético del Empoderamiento o Simetría de Poder - (De la adaptación de la palabra empowerment que en inglés significa conferir poder. Aunque no nos agrada mucho el uso de esta palabra cacófona, empieza a ser frecuentemente utilizada en el medio de la mediación y conciliación en lenguaje español). En un modelo de mediación, promover un equilibrio de poderes de las partes, es

necesario para evitar tácticas de presión o coerción, para el logro de un acuerdo justo. Así: “La importancia de equilibrar las relaciones de poder entre las partes- fue demostrada por los psicólogos sociales quienes concluyeron en estudios experimentales que la igualdad de poder fomenta mayor espíritu de cooperación, un comportamiento más eficaz y poca manipulación entre las partes. Por tanto, el mediador o conciliador tendrá que velar por la aplicación de este principio en toda situación donde exista desequilibrios de poder.”. (ORMACHEA, 1998).

Este principio por su vinculación al “Principio de Socialización del Proceso” - (Código Procesal Civil Peruano: Título Preliminar VII. Socialización del Proceso: el Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso). (Ministerio de Justicia, 2011) Podría ser tomado como inspiración para una eventual legislación sobre la mediación en Perú, la misma que tampoco fue inspirada en el art.2 de la Ley 26872 - ley de conciliación extrajudicial.

I) Principio de Oralidad: La mediación penal comparte este principio con el proceso penal común. El Principio de oralidad, hace que se pueda cumplir con la inmediación, siendo la única vía de lograr ésta es a través de un proceso oral, en audiencia única que alegamos es el momento culminante en el acople en que “ofensor y ofendido” se encuentra. Se realizan en forma oral, la oralidad entre las partes y la plena comunicación entre las mismas.

Cuando hablamos de oralidad nos estamos refiriendo a procesos por audiencias. Con ello se quiere simplificar los trámites o actos procesales,

depurando el proceso formal en audiencias orales y teniendo las piezas escritas lo estrictamente indispensables; pues con este principio se puede palpar la verdadera situación máxime cuando ambas partes (los verdaderos protagonistas) están presentes y acuerdan sobre posibles soluciones. Lo importante de todo esto es entender que la piedra angular en dicho proceso de mediación es la Audiencia con la característica de ser eminentemente reservada. También nos ilustra Cabanellas: “Oral: Oralidad, de palabra, de viva voz, de boca en boca, como la tradición oral “Juicio escrito y oral”. Se contraponen especialmente a escrito en ciertas materias como los exámenes y los testimonios.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

LI) Principio de Bilateralidad: El principio de Bilateralidad implica que cada parte tiene derecho a que se le conceda oportunidades para intervenir, defenderse y probar a su favor. La cantidad y calidad de posibilidades deben ser iguales, para que se cumpla con el principio. Somos de la opinión de que la fecha de audiencia que es la parte primordial de éste proceso de mediación debe ser comunicada a ambas partes personalmente, o si es solicitada por una de las partes, entonces debe hacerse la invitación a la otra parte para que asista a la mediación. Por su parte Ramírez, nos señala: “Bilateralidad. En correlato lógico de la filosofía subyacente en la mediación, ambas partes tienen oportunidades para expresar sus pretensiones, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones.”. (RAMIREZ, 2000).

Así, el principio de bilateralidad exige que no haya casos en los que la víctima no quisiera participar en la mediación, de lo contrario no tendría sentido la búsqueda de acuerdo al conflicto entre las partes.. Se trata sin duda de una

cuestión que podría suceder en la mediación. Aunque sí resultan evidentes las ventajas de la mediación directa “extra-proceso”, esto significa que en los delitos susceptibles a ser mediados, exista las voluntades de compensar e indemnizar, que deba aprovecharse, pudiendo tener lugar la mediación con una persona neutral que les asista en la búsqueda de solución al conflicto de relevancia penal; por ejemplo, que el mediador no solo les asista a las partes, sino que también les proponga una alternativa de solución (formula de solución), los mismos que están en el marco de los objetivos y fines de los procesos de la justicia restaurativa. (HERNANDEZ, 2013).

***. La Mediación y los Principios Procesales comunes:**

El art. 139 de nuestra Constitución es el precepto de cabecera para los procesalistas, ya que recoge un conjunto de principios y derechos de la función jurisdiccional relativos al proceso judicial. En materia penal es necesario tener en cuenta el art.2, num.24, letra.d). Const. del Perú, que recoge el principio de legalidad, que contiene los fines que persigue en las penas a las personas. En la mediación penal es necesario tener en cuenta dichos principios y garantías procesales que podrían verse afectados por acudir a un procedimiento de este tipo. De ahí que, en las próximas líneas, se analiza dichos principios y su compatibilidad o no con nuestro sistema jurídico.

a) La Mediación y la Presunción de Inocencia .- (su relación existente)

Ver si la mediación afecta o no la garantía básica del Estado como es la presunción de inocencia, - (Constitución de Perú: art.2, num.24, letra.e.- Presunción de Inocencia: Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.), si una persona al elegir

el proceso de mediación supone aceptar (tácita) su culpabilidad; hecho que vulneraría o no ese derecho fundamental de la persona. Hay razones para concluir que la mediación no vulnera dicha garantía constitucional, aún si la mediación finaliza sin acuerdo de las partes. Considerando que el proceso de mediación es privado y confidencial, por lo que lo vertido en las sesiones de mediación no tienen ningún efecto en un futuro proceso común. Por tanto, la persona no se somete a mediación como un reconocimiento de culpabilidad, menos que tenga efectos jurídicos en un eventual proceso. Por otro lado, el mediador por secreto profesional, no puede comparecer como testigo o perito en un proceso común, para que cuente lo ocurrido en la mediación. Si en base a la ley procesal común, se exige dos garantías básicas por el juez: las pruebas presentadas en juicio oral y la motivación de porque se enerva la presunción de inocencia. Entonces la mediación no vulnera la presunción de inocencia. Porque lo ocurrido en un proceso de mediación no trasciende debido al principio de confidencialidad. Así Picó manifiesta: “el derecho a la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuado cuando el juicio de culpabilidad se apoya en pruebas legalmente practicadas en el acto del juicio oral bajo los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación.”. (PICÓ I JUNOY, 1997).

Hay aceptaciones tácitas de culpabilidad, que no se presentan problemas, ni dudas sobre si vulnera o no la inocencia de una persona. Así se tiene el art.2 del CPP. Donde contemplan circunstancias que atenúan la responsabilidad penal, siempre que el culpable repare el daño ocasionado a la víctima, con anterioridad al acto de juicio oral. De similar forma sucede en la terminación anticipada del proceso o la colaboración eficaz.

b) La Mediación y los Principios de Legalidad-Oportunidad.- (su relación).

La existencia de mediación penal en nuestro sistema jurídico, requiere dos principios: el respeto absoluto al principio de legalidad (o decantarnos por una flexibilización) y aceptar al principio de oportunidad. Explicamos cada uno de ellos y su virtualidad en la mediación.

b.1. Principio de legalidad.- Este principio es una garantía fundamental de todo ciudadano - configurado a su vez en el Derecho Penal del sistema romano germánico, y consagrado en el art.2, num.24, letra.d). de nuestra Constitución Peruana: “Principio de Legalidad: Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”. (JARA, 1994).

Esta garantía constitucional, tiene un enfoque criminal, donde señala que el delito y las faltas son de naturaleza pública y no puede dejarse en manos de los particulares la intervención. Sin embargo, esta constituye una Regla, y como es natural “toda regla tiene su excepción”, y la excepción -(De Aquí: de la “Excepción a la Regla” se origina el principio “sui-generis”: “La Exceptio Veritatis & Negotiatio”- que significa “La Excepción de la Negociación fundada en la Verdad”) es: el tratamiento de los delitos y faltas por los particulares - siempre que el titular del ejercicio de la acción penal privada sea el agraviado, es decir de “acción privada”, por requerimiento de “Querrela”; y el tratamiento de delitos provistos de “concilio” y “negotiatio” (Extra e Intra-proceso)- siempre que estos delitos que por su insignificancia y poca lesividad o afectación al interés público, son considerados de “mínima criminalidad” o “delitos de

bagatela”. Entonces la mediación penal, no vulnera el principio de legalidad- que rige el sistema procesal penal. La clave de la existencia de la mediación, se manifiesta por la “Excepción a la Regla” y no tanto como una aplicación del principio de oportunidad (dicho sea de paso, que tiene su propio contenido “juris-tantum” respecto al oportunismo).

A pesar que, el principio de legalidad tiene un carácter general de “indisponibles”, en contraposición de la mediación penal que tiene el carácter de “disponibles”- (Disponibles: de Libre disposición de las partes, de los Derechos disponibles - Objeto de Negociación), en vista que su esencia se configura con la “privacidad y la negociación”; ante esto podemos concluir que la mediación también sustenta su existencia legal en la “legalidad del Acto Jurídico”- contenidas en el Código Civil Peruano, el mismo que ilustramos en los principios de la mediación penal.

b.2. Principio de oportunidad.- Se señala que el principio de oportunidad es contrario a la legalidad, sin embargo no es más que la flexibilización del principio de legalidad, y esto supone una discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. Así las partes adquieren actuación y la capacidad de manejar por sí mismos el conflicto y buscar una solución-acuerdo. Según Conde-Pumpido, aprecia dos modelos de oportunidad: “cuando los supuestos vienen preestablecidos en la Ley, no sólo en la selección de los casos en que puede hacerse uso de la oportunidad, sino en la fijación de las condiciones que deben darse para que tal uso sea legítimo e, incluso, en la determinación de los controles que de tal uso puedan realizarse para asegurar se produce dentro de aquellos casos y cumpliendo tales condiciones, se habla de una «oportunidad reglada» o «normada». Cuando los

casos y condiciones para decidir la abstención de la acusación se dejan al arbitrio del Ministerio Público, nos encontramos ante una «oportunidad libre»». (CONDE-PUMPIDO, 1989).

En nuestro sistema jurídico Peruano, se contempla el “principio de oportunidad” reglada- (CPP.- D.Leg.957, art.2-“Principio de Oportunidad”- conciliación fiscal reglada - intra procesal.), es decir, que la propia legislación contempla en qué supuestos debe acudirse a la conciliación, bajo qué presupuestos y cuáles son sus consecuencias; asentándose en el principio de legalidad. La reparación del daño neutralizan ciertas penas, configurándose como una indemnización al perjuicio ocasionado; ya que todas las penas son redimibles por indemnización y resarcimiento. Centrándose en el hecho delictivo y en su autor, dejando en segundo plano a la víctima. En este marco, la mediación penal propuesta, no afecta el “principio de oportunidad”, ya que el mismo es parte de un proceso penal que está regido por el principio de legalidad.

c). ¿Son compatibles la Mediación y el Proceso Común ? .-

El proceso de mediación - respeta los principios y garantías del proceso penal común orientados a los imputados; sin perjuicio de las observancias en el “marco de la Legalidad”. Si bien es cierto que están en juego los derechos fundamentales, es aquí donde el papel fundamental del mediador, se convierte en el garante de la legalidad y del respeto a ambas partes. Siendo entonces No compatibles la mediación y el proceso común, ya que ambos medios son diferentes. La mediación como identidad - (La Mediación-Conciliación como Identidad, se entiende como la Institucionalización del medio o método en referencia. Así también declara la Ley de Conciliación art.1- su institucionalización y desarrollo) - esta a su vez tiene características y lógicas

propias en su Objeto, y por tanto su desenvolvimiento en su método. Recordemos que la mediación está caracterizado por el principio de confidencialidad, donde todo lo tratado durante las sesiones debe quedar en secreto, sólo trascenderán los pactos “acuerdos” alcanzados por las partes en aquellos supuestos - (“Supuestos”: en la mediación se entiende como “conflictos delictivos o ilícitos”- susceptibles a mediar) - que se conocieron en la mediación porque se consideran mediables. Posteriormente veremos cuáles serían estos supuestos o hechos susceptibles a ser mediados - como primera aproximación. La mediación penal al ser independiente del proceso común requiere ser institucionalizado, y sus servicios dependan del Ministerio de Justicia como ente neutral, y se realice por profesionales afines al tema Justicia. Así como, determinar los postulados con “lógica y razonabilidad” en la legislación prevista por el legislador a fin de su aplicación.

- **En un Eventual Programa de Mediación**, se basan en los principios de responsabilización, intervención judicial mínima, individualización de las intervenciones y diversificación de las medidas educativas o informadores, existiendo tres formas básicas de aplicación de este programa de compensación o indemnización.- según referencia de Funes. (FUNES, 1995):

1. La mediación, que supone un encuentro voluntario para ambas partes, entre el infractor y la víctima, en presencia de un mediador que se responsabiliza del proceso.
2. La compensación o indemnización a la víctima por parte del infractor, mediante la realización de una serie de actividades encaminadas a resarcir o

minimizar el daño causado a la víctima. Ello implica una sesión previa de conciliación en la que el mediador tiene un papel importante.

3. El servicio en beneficio de la comunidad, aplicable en aquellos casos de relevancia penal en que se presume por la víctima y se niega a ser reparada por el infractor.

2. Los VALORES.- Estos valores constituyen fundamentos ideológicos. La justicia restaurativa aspirada por la mediación penal constituye fundamentos prácticos.

*** El Valor Transformativo de la Mediación en las Personas.-**

La expresión de Baruch Bush y otro, señala que: “La mediación tiene la potencia de transformar a las partes en conflicto y a la sociedad, llevando hacia un mundo en qué la vida de la comunidad sea más rica”. (BARUCH & Otros, 1996).

Con la premisa del valor transformativo de la mediación en las Personas y sociedad, le provisiona a este método de solución de conflictos una función generadora de crecimiento moral en las personas y en la población en general. Haciendo más allá de la satisfacción a los intereses y necesidades individuales de las partes en conflicto, o que los mismos lleguen a encontrar su propia justicia para el caso; sin embargo la mediación logra que las personas sepan encarar mejor sus problemas y que aprendan a solucionar de un modo creativo y pacífico; por tanto, no solo cambia la situación particular de las personas, sino a las mismas personas. Estando en estas premisas, el objetivo de la mediación es buscar y encontrar un mundo mejor. Por ello mismo, el futuro de esta forma

de solucionar controversias es promisorio, no solo para los conflictos particulares, sino también para toda la sociedad en general.

a). La Libertad: El valor Libertad es cosa inestimable - (Digesto, Lib. L., t. XVII, ley 106.) - A su vez, Cabanellas refiere: “Libertad.- Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”. (Dic. Acad.). Y Justiniano la definía como “la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo impedírsele la fuerza o el Derecho.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

En la mediación penal, este valor está vinculado con el principio de la voluntariedad, donde la mediación es libre y voluntaria; es la persona que decide cuando comenzar y terminar el proceso; solo las partes en conflicto deciden su estructura y configuración según intereses y beneficios, en la búsqueda de soluciones al conflicto delictivo.

b). La Igualdad: Al valor de Igualdad, se refiere Rubio que: “Hemos nacido en un mundo que cree en la libertad y la igualdad como derechos esenciales y naturales del ser humano.”. (RUBIO, 1994).

El principio de igualdad de partes, es indebidamente olvidado por gran parte de la doctrina, y se hace una mención muy mínima en la legislación. Sin embargo, la igualdad es fundamental para garantizar que la mediación sea un método óptimo de solución de conflictos. Este principio implica que a lo largo del proceso de mediación las partes deben encontrarse en una situación de equilibrio. Se refiere, por tanto, a la posición de las partes en el proceso, y no tanto al resultado del acuerdo. Este principio no implica que el acuerdo

alcanzado sea equitativo sino que las partes hayan gozado de una posición de igualdad, y que el acuerdo logrado sea fruto de la voluntad común, independientemente de que beneficie más a una parte sobre la otra.

Sin embargo el valor de igualdad en su forma natural, se refiere al trato que todas las personas deben recibir todas las personas somos igualmente valiosos e importantes sin tomar en cuenta la raza, el sexo, la posición económica, la religión o la inteligencia. Esta se relaciona de manera estrecha con la imparcialidad. Se expresa en la no discriminación, la Igualdad de oportunidades - como la educación, el empleo, etc. que deben distribuirse de modo igualitario entre todos los individuos. Estos valores, se asimilan en forma natural por la mediación penal.

c). La Solidaridad -Fraternidad: La solidaridad es uno de los valores humanos por excelencia, que se define como la colaboración mutua entre las personas, como aquel sentimiento que mantiene a las personas unidas en todo momento, sobre todo cuando se vivencian experiencias difíciles; la misma vinculado con la Fraternidad que es un término derivado del latín “frater”, que significa hermano. Por esta razón, entendernos y comprendernos como humanos es reconocernos como hermanos en esta humanidad y practicar esa hermandad en un clima de Paz y armoniosidad. Entender la mediación penal en su esencia, nos conlleva a comprender la naturaleza del acto jurídico como negocio jurídico y a su vez contenida de la negociación vía cooperación. A esto nos amplia Cabanellas con: “Solidaridad: Actuación y responsabilidad total en cada uno de los titulares de un derecho o de los obligados por razón de un acto o contrato./ Identificación personal con una causa o con alguien, ya por

compartir sus aspiraciones, ya por lamentar como propia la adversidad ajena o colectiva./ Cooperación, ayuda.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

Afirmar el valor de la fraternidad, es decir, afirmar que todos los seres humanos deben tratarse como hermanos significa, en primer lugar, enfatizar los valores antes mencionados de la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Sin embargo, a pesar de las diferencias y conflictos de intereses o de opinión, los miembros de una sociedad no deben verse como enemigos, es decir, como divididos en bandos contrapuestos e irreconciliables, sino, en todo caso, como copartícipes parcialmente conflictivos en la formación de una sociedad más justa. Siendo entonces los conflictos muy naturales, deben incluir la cooperación. Quizás sea este el valor más difícil de entender, ya que construye una vida más armoniosa; pues supone dejar atrás tradiciones y actitudes no sólo autoritarias sino beligerantes, y pasar a concebir y practicar actitudes y comportamientos de tolerancia, respeto y racionalidad.

d). La “Justicia & Derecho”: Una visión más filosófica de justicia nos ayuda lo siguiente: La Justicia es el valor principal que el Derecho trata de realizar a través de sus distintas expresiones. La Justicia simboliza “el Orden absoluto, representa la salud del alma”; en cambio la injusticia representa la enfermedad. Por ello cuando en un Pueblo no se aplica la justicia, vienen diferentes “enfermedades sociales”, las mismas que se materializan en profundas crisis económica, política y social; donde los principios de cohesión y armonía se resquebrajan. Por eso la Justicia es la mejor de todas las virtudes, ya que ni la estrella de la noche, ni el lucero del alba son tan maravillosos como la justicia. (RAMÍREZ, 1999).

A la premisa del conflicto entre “Justicia & Derecho” - ¿Cuál prefiere elegir uno entre: la Justicia y el Derecho? - siendo debatible por cierto. Sin embargo al tener una posición más natural que del positivismo, seguro que la respuesta sea: “preferir elegir la Justicia” sobre todas las creaciones y pasiones humanas. A esto Ramírez expresa. Que: “El Derecho no es la justicia, parecería obvio señalarlo, pues puede darse, y de hecho se han dado y se dan históricamente, sistemas jurídicos injustos. Pero el Derecho tiene mucho que ver con la justicia, como que todo Derecho aspira a ser justo: tiende a la Justicia.”. (RAMIREZ, 2000).

Asimismo, Cabanellas se refiere: voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo, según el pensamiento y casi las palabras de Justiniano: "Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi". Conjunto de todas las virtudes. Recto proceder conforme a derecho y razón. El mismo derecho y la propia razón, en su generalidad. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

A esto, en la mediación penal; el valor Justicia predomina sobre el Derecho. Con ello las partes se acercan más a las cualidades y características de una “administración de Justicia por Equidad” y al principio de la flexibilidad, durante la negociación en proceso de mediación.

e). Administración de Justicia por Equidad: Es la administración de justicia basada en las costumbres, en los principios generales del derecho, en el sentido de justicia y de un leal saber y entender. Con ausencia relativa de normas legales, en la solución de conflictos. Asimismo Ramírez expresa: “Equidad: Igualdad de ánimo.// Bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar o fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien

que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley.”. (RAMIREZ, 2000).

A esto la mediación penal, se vincula con el principio de Flexibilidad. Donde, las partes en conflicto tienen la Capacidad para adaptarse con facilidad a diversas circunstancias o para acomodar las normas a las diferentes situaciones o necesidades.

3. Los PRESUPUESTOS.-

a). La figura de Mediador.- Es fundamental para un proceso de mediación. Así Cabanellas refiere que: “Mediador.- es quien participa en un asunto, negocio, contrato o conflicto, por encargo de una o ambas partes, o para prestarles algún servicio sin convertirse en una más equiparable a las principales./ Conciliador./ Intercesor./ Interventor./ Comisionista./ Cómplice.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

El “**Perfil del Mediador**” - que consiste en que, el mediador es una persona profesional, independiente, capacitada en temas de Cultura de Paz, Justicia Restaurativa, Mediación, Negociación y otros. Así la figura del mediador, se constituye a nuestro juicio, es uno de los elementos fundamentales para que la mediación prospere. Entonces: ¿Qué necesita tener un mediador? Un mediador necesita ser imparcial, no juzgar nunca a la gente, ser asertivo, ser empático, respetuoso, vigilante de las garantías fundamentales, etc. A su vez, según Gordillo señala que: “El papel del mediador es el de un tercero neutral que ayuda a resolver el conflicto por el que las partes están enfrentadas”. (GORDILLO, 2007).

En tanto, Pascual refiere: “El mediador es un profesional que tiene dos funciones diferentes: 1) facilitar la comunicación y el aprendizaje entre las partes posibilitando una interacción, evitando posibles agresiones para conducir a las partes hacia la cooperación y 2) dirigir el proceso de mediación hacia el éxito”. (PASCUAL, 2012).

A su vez, el mediador está facultado para proponer o sugerir “fórmulas de solución” que compongan la disputa o conflicto entre las partes (solo las partes deciden si aceptan o no).

En la práctica del ejercicio de mediador, deben de concurrir una serie de características en la persona que cumpla dicha función, esta podemos observar en el siguiente gráfico:

FIGURA 6. Características del mediador en la mediación penal



Estas tres características son esenciales en reunir la persona mediadora. El mediador debe contar con herramientas específicas para internarse en el entramado de los conflictos interpersonales; por tanto poseer cualidades personales, capacitación y manejo de habilidades son fundamentales. Del gráfico, resalta en personales la flexibilidad, puesto que el proceso de

mediación lo es en sí mismo y la capacidad de autocontrol, que viene a poner de manifiesto su actitud conciliadora, además, si la persona cuenta con sentido del humor y originalidad sin duda le ayudara mucho en el desarrollo del proceso. A las exigencias profesionales es lógico la formación en mediación para aprender todas las técnicas necesarias para conducir el proceso y desarrollar las habilidades sociales para la marcha del proceso o aprender en caso no tenerlo (Nos referimos a la escucha activa y a la empatía, pues son habilidades que mucha gente posee de manera innata, y otro que sin poseerlo los pueden aprender y poner en práctica). Además de Mediación Penal, es necesario los conocimientos en derecho penal y en derecho procesal penal, esto ayudara al mediador a explicar, informar a las partes e invitarles al proceso, las ventajas de la mediación penal, las consecuencias de su aplicación, la legalidad de los acuerdos, etc.

b). El Proceso Único.- En el “Proceso de Mediación”. El PROCESO ÚNICO - (Proceso Único: propuesta del Investigador - vía “Constructos Jurídicos”. Aplicados a la Mediación.) - es un proceso “sui generis”, es decir, único en su género. El mismo que se propone implementarse para la Mediación Penal en Perú. El mismo compuesto por una audiencia única-privada y sus respectivas: sesión o sesiones privadas. Así Ossorio nos ilustra: “Proceso: En un sentido amplio equivale a juicio, causa o pleito. En la definición de algún autor, la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico. En un sentido más restringido, el expediente, autos o legajo en que se registran los actos de un juicio, cualquiera que sea su naturaleza.”. (OSSORIO, 2000).

* **Audiencia Privada (o Única).**- (La Audiencia Única - también es reconocida por el art.10 - de la Ley de conciliación Peruana.) - las audiencias en general tienen como característica fundamental que son “Orales”. Es decir prevalece el dialogo en las negociaciones en la búsqueda de solución a los conflictos. Este tipo de audiencias se explica previamente en el discurso de apertura a fin de no ser una sorpresa para los participantes; algunos mediadores lo consideran necesario en todo proceso de mediación, mientras que otros, acuden a la sesión privada sólo cuando lo estiman necesario, observan que si las partes están progresando o no, y que llevarlos a cabo con excesiva frecuencia puede crear tensiones. Para otros, en fin, el reunirse separadamente con una sola de las partes constituye una táctica muy controvertida, a la que sólo debe acudir en casos extremos.

. **Principios que rigen las audiencias privadas,** La audiencia privada se rige por ciertos principios, los mismos que podemos resumir en los siguientes:

- a) Todo lo hablado es confidencial, a menos que la parte involucrada autorice al mediador a compartir el contenido de lo conversado.
- b) Cada vez que convoca a reunión privada, el mediador se reúne en forma sucesiva con cada una de las partes para: - impedir que una parte sospeche de lo que ocurrió durante la reunión privada en la cual ella no participó. - proporcionar a cada parte la oportunidad de compartir información con el mediador.
- c) El objetivo de cada reunión privada, es la de discutir cuestiones que sean relevantes para elaborar un acuerdo. (HIGHTON & ALVAREZ, 1995).

Como se aprecia anteriormente, prevalece lo “confidencial”, es decir las reuniones son de naturaleza “privada”; a su vez el mediador interactúa con cada una de las partes en forma “sucesiva” y siendo el objetivo de la reunión - dilucidar cuestiones para un próximo acuerdo. Estos principios son compatibles y racionales para el caso Peruano.

* **Sesión privada.**- Las sesiones privadas se pueden realizar en una o varias sesiones, dependiendo el caso o conflicto a autocomponerse por las partes. Según Highton y otro: “Ésta es una herramienta del proceso, al que los mediadores suelen recurrir, para generar cambios y descubrir intereses al reunirse con las partes por separado en un encuentro confidencial”. (HIGHTON & ALVAREZ, 1995).

Hay cuatro características de la sesión privada que se aconseja su utilización:

- 1) Como la parte contraria no está presente estimulándolo negativamente, cada participante está más tranquilo, menos enojado y a la defensiva y, en consecuencia, se muestra más flexible.
- 2) Como la parte contraria no está presente para escucharlo, el participante se siente más libre y cómodo, en consecuencia, es más fácil que pueda hablar con el mediador sobre sus intereses subyacentes y verdaderas motivaciones personales.
- 3) Como la parte contraria no está presente, el mediador puede actuar más libremente y en forma más íntima con cada uno de los participantes, sin temor a aparentar parcialidad.
- 4) Como la parte contraria no está presente, el mediador puede instar a cada participante a asumir sus propias responsabilidades para resolver el problema.

En todo caso, el mediador debe preparar la sesión, es decir que planifique el contenido de la audiencia; esta tendrá un objetivo y mejor será el resultado.

El mediador debe de tener una lista, que mostrará: - áreas de acuerdo, para formar la base del consenso; - áreas de desacuerdo, para reconciliar diferencias; - puntos que son importantes para una parte y no para la otra, para lograr concesiones. La sesión privada es una técnica muy útil durante una audiencia de mediación. El mediador debe entenderlo bien y estar cómodo al usarlo, ya que las reuniones privadas son una herramienta, y utilizarlos adecuadamente.

c). Los Derechos Disponibles de las Personas o Partes.- Los derechos disponibles son todos aquellos derechos de “libre disposición de las personas”, y tienen vinculación directa con las posibles materias, asuntos, casos o conflictos pasibles de solución - los mismos que forman parte del Objeto de negociación en un eventual proceso de mediación. También se refiere a ello, la ley de conciliación peruana, en su art.7, 1er párrafo: “son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.” - (Ley N° 26872 - Ley de Conciliación Peruana, Art.7.- Materias conciliables.- primer párrafo) - A su vez este presupuesto se relaciona y constituye el “contenido material” del principio de la “Autonomía de la Voluntad” de las personas. Dicho en la presente propuesta.

A esto la literatura española, reconoce como el “ámbito material de la Mediación Penal” (pág.287). Donde distingue dos puntos de vista o enfoques: Desde el punto de vista “Cualitativo” y Desde el punto de vista “Cuantitativo”.- vinculados a los supuestos o hechos de Infracciones penales; así, entendiéndose como cualitativo: donde las infracciones penales sean objeto de

estimaciones como atender a las circunstancias concretas de cada caso, que no haya una afectación social gravosa, y sobre todo a la disposición emocional de los protagonistas para elegir el medio de la mediación; y como cuantitativo: a la cuantía de la pena, a mayor cantidad de pena- mayor gravedad del delito o hechos criminales. (CRUZ, 2013).

En nuestro caso peruano, el criterio más adaptable viene a ser el enfoque Cualitativo, donde como primera aproximación de la Tesis, lo vinculamos a las Infracciones penales de: por requerimiento de Querrela, por la mínima criminalidad o delitos de bagatela, y por la iniciativa de la parte agraviada. Aquí, al diluirse el “interés punitivo”- se “extingue la pena”.

d). El Acuerdo de Solución.- La misma que se materializa en el “Acta de Mediación”. Un acuerdo es un convenio entre dos o más partes o una resolución premeditada de una o más personas. Así entonces, puede decirse que un acuerdo es el fruto de una negociación o un debate. Las partes involucradas exponen sus argumentos durante las conversaciones y buscan una posición común; al encontrarla, alcanzan un acuerdo. Lo habitual es que, en el proceso de búsqueda de un acuerdo, cada parte ceda en pos de los intereses comunes. A esto, el Reglamento de la ley de conciliación peruana - (Reglamento de la Ley de Conciliación peruana D.S. N° 014-2008-JUS, modificado por el Decreto Legislativo N° 1070, art.3) - reconoce en su “Artículo 3.- El acuerdo conciliatorio. El acuerdo conciliatorio es fiel expresión de la voluntad de las partes y del consenso al que han llegado para solucionar sus diferencias. El Acta de Conciliación que contiene dicho acuerdo está sujeta a la observancia de las formalidades previstas en el Artículo 16 de la Ley bajo sanción de nulidad.”. (MINISTERIO DE JUSTICIA, 2011).

Así como Cabanellas señala: “Acuerdo.- Sentido, juicio, estado normal de un cerebro sano./ Decisión reflexionada./ Además de significar resolución, el acuerdo es el concierto de dos voluntades o inteligencia de personas que llevan a un mismo fin.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

En cuanto a solución, Cabanellas refiere: “Solución.- Disolución./ Resolución de problema, dificultad o duda./ Desenlace de un proceso./ Fórmula para un arreglo.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003). Asimismo, el término solución, del latín “solutio”, tiene dos grandes usos. Por un lado, se trata de la acción y efecto de resolver una dificultad o una duda. Por el otro, solución es la acción y efecto de disolver; y Ramírez: “Pago, satisfacción”. (RAMIREZ, 2000).

En tanto, se entiende que, la solución supone la satisfacción de una inquietud o la razón con que se destraba un problema. La solución es el desenlace que suele resolver cualquier incógnita que pudieran tener las partes en conflicto de acuerdo a la cuestión delictiva. Entonces el acuerdo de solución, se traduce y materializa en el acta de mediación contenida de acuerdo(s), siendo por su naturaleza un documento privado y constituye medio de prueba.

En forma similar, el Reglamento de la ley de conciliación peruana - (Reglamento de la Ley de Conciliación peruana D.S. N° 014-2008-JUS, modificado por el Decreto Legislativo N° 1070, art.22) - reconoce en su: “Artículo 22.- Acta y acuerdo conciliatorio. El acta que contiene el acuerdo conciliatorio es un documento privado y puede ser ofrecido como medio de prueba en un proceso judicial.

El acuerdo conciliatorio subsiste aunque el documento que lo contiene se declare nulo. El acta que contiene el acuerdo conciliatorio debe precisar los

acuerdos ciertos, expresos y exigibles establecidos por las partes. En todos los casos de actas que contengan acuerdos conciliatorios, necesariamente deberá consignarse la declaración expresa del Abogado del centro de conciliación verificando la legalidad del acuerdo. El Acta de Conciliación a que se refiere el artículo 16 de la Ley será redactada en un formato especial que deberá ser aprobado por el MINJUS. A su vez el Acta de Conciliación se ejecutará a través del proceso único de ejecución.”. (MINISTERIO DE JUSTICIA, 2011).

Por lo tanto, en un proceso de mediación, las personas en Conflicto, avenidos - (Avenidos: de avenencia(s) - Acuerdo, entendimiento o conformidad entre dos o más personas en conflicto.) - por una cuestión de relevancia delictual en su forma indiciaria - (Indiciaria: refiriéndose a los elementos que hacen presumir la existencia de actos, hechos o conductas prohibidas o ilícitas, que la sociedad - comunidad misma rechazan.) - de falta o delito, conviene negociar mediante el diálogo por una supuesta infracción penal - (Se menciona: supuesta infracción penal, por cuanto no le corresponde al mediador ni a las partes en conflicto -tipificar los hechos- o realizar calificación de tipo penal (delitos o faltas). Para la mediación basta presumir o la presunción de hechos con relevancia penal o conductas prohibidas.) - que les ha unido, y así buscar llegar a un acuerdo de solución cuyo contenido - (El contenido - del acuerdo de solución, se refiere a las “indemnizaciones por los daños y perjuicios” ocasionados y avenencias, siendo facultativos a optar por las partes en conflicto, en una esfera privada de sus vidas. No siendo necesariamente Reparación, ya que esta acepción pertenece y le es propio a la lógica del Derecho Penal en toda su expresión) - les beneficie a ambas partes.

4. Los ELEMENTOS NATURALES.- Son “dogmas”, que existen en su estado natural, así se tienen: el “concilio” el “oportunismo” y la “Negotiatio”. Es decir, el “concilio”- con la “conciliación”, el “oportunismo”- con la “oportunidad” y la “Negotiatio”- con la “Negociación”. Fundadas en la “verdad” y la naturaleza de las “cosas”; y su vinculación con la mediación penal.

a). EL “CONCILIO”- en la “CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN” y Otros.

(en su forma natural - Subjetivo) .-

La esencia natural del concilio, su estado natural radica en la “mente humana” así en una forma de “avenencia del alma humana” o “avenencia de los espíritus”; es decir “la paz encontrada por la razón humana”- así observo Baltazar en el ecuménico del vaticano I.- concluyendo que “podemos conocer a Dios, mediante la razón humana”. Sin embargo, el significado esencial del concilio en su forma natural, lo encontramos en la misma Biblia, a ello refiere Pelagio: “El Concilio.- Existía una gran controversia entre el papel de la gracia divina y el libre albedrío, que comenzó a principios del siglo V, por las enseñanzas del monje bretón e Lérins”. (PELAGIO, 1997).

A su vez a “concilio” en su estado natural, nos refiere la lengua española: “Conciliar: ‘del latín conciliare’. Componer o ajustar los ánimos discordes. Granjear los ánimos y la benevolencia, alguna vez dicese también del odio y aborrecimiento. Armonizar - conciliarse (el respeto) de todos.”. (RAMON, 1979).

Un enfoque empresarial, Schmidt y otro, refiere en un contexto de compañías- cía. (Personal de la empresa) - donde.- el concilio del conflicto en las personas: “De hecho, no es infrecuente que, ante las diferencias, las personas reaccionen más en función de sus propios sentimientos que de un determinado enfoque

racional ante el problema que tienen entre manos.”. Y “Por su parte, los psicoanalistas están investigando la génesis de situaciones de confrontación en el interior de las personas, y los psicólogos sociales están haciendo lo mismo con respecto a los grupos y las clases sociales...”. (SCHMIDT, 2001).

Del latín concilium ‘reunión, asamblea’. También se aplicaba a cosas o conceptos que se unían, como concilium nominis (Tertuliano) ‘palabra compuesta’. Más adelante se dio ese nombre (concilio) a las reuniones de los obispos cristianos: San Isidoro escribía Concilium Nicaenum para referirse al Concilio de Nicea. Refiriéndose así Cabanellas: “... junta de personas. / La reunión para deliberar y decidir sobre materias de dogma, disciplina o cuestión. Los concilios pueden ser individuales o colectivos, según se convoque.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

Ahora, aplicando a la realidad actual en las personas, el concilio no es más que “la avenencia de sus almas o espíritus”; y entendiendo más como avenencia: - decimos que son la “amainación, calma, apaciguamiento de los espíritus alterados” de las personas. A esto si entendemos su movimiento o su relatividad, estaríamos ante un verbo “conciliar”, y por efecto su “conciliación”- que no es más que su “causa y efecto de conciliar”, expresándose el mismo en el mundo exterior en un “acuerdo”. Así, la avenencia en los albores actuales es, en general, el acuerdo o convenio entre dos partes y en el Derecho una transacción o acuerdo entre las partes en pleito sin necesidad de tener que recurrir a un proceso judicial. A esto refiere también Cabanellas: “la avenencia es a decir conciliación de las partes, y se puede dar en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito. El acto de conciliación, que también se denomina

juicio de conciliación, procura la negociación de las partes, con objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar.” (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

Entonces, la asamblea o reunión para consultar, deliberar, convenir, considerar o acordar sobre una acción concertada. Estamos también en la posibilidad de deliberar, negociar y acordar en un proceso de mediación, que como método o medio evita el pleito a judicializar. El Problema de la naturaleza de la conciliación y concilio, el mismo que está presente en diferentes institutos jurídicos. Así, podemos encontrar la conciliación en los diferentes métodos jurídicos propuestos, menos en lo judicial; así está presente en la negociación (pura o directa), en la mediación (asistida por un tercero neutral), y en el arbitraje (en el convenio arbitral). Pero también la “conciliación-concilio” podemos identificar en el art.2 -“principio de oportunidad” del Código Procesal Penal Peruano (D.Leg. N° 957) - donde el Fiscal es parte del proceso en su calidad de titular de la acción penal pública y funcionario del estado. De donde podemos decir que: La Conciliación está presente en la mal sumillada “Principio de Oportunidad” regulado en el Art.2 del CPP. Que permite al “Fiscal de Abstenerse de ejercitar la Acción Penal” siempre que concurran los supuestos previstos en la ley. Entonces, estamos frente a una figura distinta “legalmente condicionada y vinculada” con la naturaleza esencial de la conciliación, recayendo a posteriori en “el acuerdo reparatorio” del inculpado con el fiscal que es parte del proceso. Minimizando el Rol de la víctima que no tiene actitud participativa.

Por tanto, el problema de naturaleza de la conciliación, se aclara cuando entendemos que dicho término deviene de la esencia del “concilio”. El mismo

que está presente como dijimos en diferentes institutos jurídicos, de la legislación peruana.

b). EL “OPORTUNISMO”- EN EL “PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD” y Otros.

(En su forma natural - Objetivo).-

El elemento natural “Oportunismo”, está presente en muchas de las “normas jurídicas” del ordenamiento jurídico peruano, así por ejemplo está presente tácitamente en las normas que regulan los “plazos” en los diferentes procesos legales. A la calidad de “oportunisto” se refiere la lengua española: de “oportuno”, de transigencia y contemporalización; que, en caso de necesidad, sacrifica los principios fundamentales para acomodarse a las circunstancias de tiempo y lugar.”. (SOPENA, 1980).

Así mismo, Ossorio, señala: “Oportunismo: ... que prescinde en cierta medida de los principios fundamentales. Tomando en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar.”. (OSSORIO, 2000).

Entonces, la concepción de oportunismo, alega a la Actitud de la persona que, generalmente en sociedad, se acomoda a las circunstancias para obtener provecho, subordinando, incluso, sus propios principios. Así como decir, el oportunismo es una “Habilidad para aprovechar las oportunidades”, o sea los momentos propicios para realizar determinadas acciones. Estas circunstancias pueden obedecer a situaciones favorables o no para el logro de algo. Por ejemplo: “El oportunista aprovechó el proceso de mediación para solucionar su problema y ahorrarse tiempo y dinero, ya que resultaba mucho más caro o costoso al seguir un proceso judicial”. Así, la calidad de oportuno, hace que exista la condición de “Oportunidad”, la misma que en latín es “opportunitas”- es decir, “conveniencia de tiempo y de lugar.”. (SOPENA, 1980).

Ante estos CRITERIOS de OPORTUNIDAD, por “comprensión” podemos sugerir, el “Principio de Oportunismo”.- ya que por ejemplo el criterio de oportunidad yace en forma “tácita” en el ejercicio del acceso a la justicia; la norma procesal penal peruana - (Referido al Art.2, del Código Procesal Penal - D.Leg. N° 957.) - prevé aunque erróneamente un instituto jurídico “principio de oportunidad” (es más bien una forma de terminación anticipada de un proceso). En realidad esta NORMA esta desnaturalizada, ya que más bien se trata de una “facultad de abstención del ejercicio de la acción penal pública, por parte del Fiscal”, estando el “principio de oportunidad” inherente en dicha norma, así como lo está en otros institutos jurídicos. La “Oportunidad” en sí, es un principio natural de “oportunismo” no positivado - y está en función del “tiempo y lugar”- es decir el Oportunismo (de oportuno) -“...transigencia y contemporalización que, en caso de necesidad, sacrifica los principios fundamentales para acomodarse a las circunstancias de tiempo y lugar”. Por tanto, la mediación penal, también es uno de los institutos jurídicos que son intervenidos tácitamente por el “Principio de Oportunismo”; así los justiciables o ciudadanos provistos de la facultad de “oportunidad”, son oportunistas al estimar y elegir sobre cuál de los medios alternativos de solución de conflictos, les favorece o les conviene optar, para buscar y lograr “solución(es)” a sus problemas y/o conflictos”.

c). La “Negotiatio”- La Exceptio Veritatis & Negotiatio:

“La verdad de Negociación fundada en la excepción de la Regla”.

La **negociación espontanea del ser humano**, se relaciona como la “**negociación racional**” señalada por Díaz Honores: “La Negociación Racional, puede ser definida como el tomar las mejores decisiones para maximizar el servicio a los propios intereses”, “Se decide abandonar o continuar con la

negociación, buscando evitar más inversión en recursos (tiempo, dinero, esfuerzos, etc.) en situaciones desfavorables a pesar de las decisiones previas, y los costos en los que ya se ha incurrido.”. (DIAZ, 2004).

Pero, ¿Que es la Negotiatio? - es la expresión latina de “Negotiation”, el mismo que significa “Negociación”; nos referimos a ello, por acercarnos más a su estado natural, a su estado original; donde el ser humano tranza, dialoga, tertulia, cede y consensua con sus seres semejantes, en un contexto armonioso y real; donde la vida es sentirse bien y la sobrevivencia. La condición natural de “Negociación” ó “La naturaleza de la negociación: La negociación es una de las actividades humanas más antiguas, si no es la más antigua. No solamente el hombre negocia, los animales y aún las plantas lo hacen. Existen las relaciones simbióticas, de cooperación, de aviso y defensa, de auxilio mutuo y muchas relaciones negociadas en las que se ensamblan, básicamente, dos factores: el interés y la relación de poder.”. (VELEZ, 2003).

Luego, en forma “Pura y Directa”.- ¿Qué es la Negociación? : Es el proceso de comunicación directa o indirecta entre las partes en conflicto que buscan llegar a un acuerdo de una forma no-adversarial, teniendo como objetivos maximizar sus intereses y necesidades sobre sus posiciones, sin la intervención de un tercero.”. Entonces, Díaz refiere: “La Mediación-conciliación es una Negociación Asistida”- por Roque Caivano. (DIAZ, 2004).

Ahora, la Naturaleza de la Negociación - en la mediación penal, se vincula por la “Excepción a la Regla”; es decir con el Principio natural de “La Exceptio Veritatis & Negotiatio” donde “la Negociación fundada en la excepción de la verdad” ó “La excepción fundada en la verdad y la negociación”- principio natural que consiste en exceptuar algo en merito a la verdad y

negociación. Aplicado u orientado a “conflictos penales”, este principio se expresa con la excepción siguiente: “la eximencia de la acción penal y del *luspuniendi* del estado en mérito y en razón del “acuerdo de solución” y su forma - (Forma entendido en: forma de compensación e indemnización, y forma de formalidad del derecho aplicable) -Dicho de otra forma: toda “Regla tiene su excepción por naturaleza”, aplicado al Derecho penal por la mediación penal, es la excepción expresada (negociación inherente en la mediación) del “principio de legalidad” (principio rector del derecho penal). Eximiéndose o diluyéndose la responsabilidad penal del ofensor. La verdad que expresen las partes en conflicto, se constituye como única alternativa de procedencia para una posterior negociación con éxito. Se deduce también, que son excepciones a las “reglas procesales clásicas”, los “mecanismos alternativos de resolución de conflictos” u otros “métodos jurídicos de solución de conflictos”; y entre estas, se identifica la mediación penal, como mediación especializada. Por tanto, en la mediación penal, la Negociación se define como el proceso mediante el cual dos o más personas buscan llegar a un acuerdo respecto a un asunto determinado; con el objetivo de alcanzar mediante el acuerdo con la otra parte en “acuerdos beneficiosos” que satisfagan sus intereses. Esta a su vez, se relacionan con: - La Autonomía de la voluntad de las partes, la confidencialidad privada, - La negociación natural o espontanea, - El contenido patrimonial o no, estando inherentes en la libre disposición de las personas, - El concilio, las fórmulas de los acuerdos compensatorios, entre otros...

5.1.3. LA NATURALEZA DE LAS INFRACCIONES PENALES SUSCEPTIBLES A SER MEDIADOS EN PERÚ.

(como primera aproximación).

La mediación penal, observa a los casos con vínculo penal como “un conflicto” y no necesariamente como un delito. El conflicto se relaciona con la concepción del “error” reconocidos por la población. La presunción o presunto delito o falta configura un conflicto. El ámbito de aplicación de la mediación penal para el Perú, se daría en los supuestos de:

- . Casos por el ejercicio de la acción penal privada
- . Casos especiales por la abstención del ejercicio de la acción penal pública
- . Casos por la infracción penal por faltas

La naturaleza de las infracciones penales, que son susceptibles a ser mediados en el Perú, se aprecia y estima en lo siguiente:

- . En la Naturaleza de la Acción privada, de los delitos por Querrela
- . En la Naturaleza de la mínima criminalidad o delitos de bagatela.
(art.2, num.1, letra b).CPP)
- . En la Naturaleza de las infracciones penales por Faltas.

Por tanto, se desarrolla la:

- . Naturaleza de acción privada
- . Naturaleza de mínima criminalidad o de bagatela.
- . Naturaleza de Faltas e iniciativa de parte “acción privada”

Las infracciones penales susceptibles a ser mediados en Perú, se encuentran en el Código Penal peruano vigente.

1. LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN PRIVADA. (Delitos y Faltas).-

Los delitos de acción privada, en Derecho procesal penal, se refieren a un tipo de delito que, por no considerarse de una gravedad tal que afecte al orden público de la sociedad, no puede ser perseguido de oficio por los poderes públicos (es decir, policía, jueces o Ministerio público), sino que es necesaria la intervención activa de la víctima como impulsora de la acción de la justicia y como parte en el proceso judicial. Así Ramírez señala: “Acción Privada: es la que solo puede intentarse y proseguirse a instancia del ofendido o del particular damnificado, en los delitos que estipula el código penal.”. El cauce procesal a través del cual una víctima de un delito de acción privada puede perseguir la acción de la justicia se denomina Querrela. Y estos delitos se contraponen a los delitos de acción pública, los que son perseguibles de oficio por la acción del sistema de justicia. Dónde no es necesaria la voluntad de la víctima ni su apersonamiento en el proceso. Algunos ejemplos de delitos de acción privada son las injurias o calumnias, en dónde el injuriado o calumniado es quien busca una condena a través de una Querrela, a la observancia del ordenamiento jurídico. Los mismos que son susceptibles de mediación privada.

Algunas Características de la acción penal privada: Voluntaria.- En el acto de promover la acción penal privada prima la voluntad del titular. Renunciable.- La acción penal privada es renunciabile. Relativa.- La acción penal privada es relativa, por cuanto la administración de todo el proceso penal y, sobre todo, la capacidad de ejercitar el ius puniendi está en manos del Estado, el particular tiene por tanto sólo facultades que se enmarcan dentro del control penal estatal. Aquí la mediación penal, puede ser un medio alternativo privado para el

particular ofendido; la misma que se funda en la “excepción a la Regla” ya referido.

2. LA NATURALEZA DE LA MÍNIMA CRIMINALIDAD o de BAGATELA. (Delitos).-

Desde que ha existido la comunidad humana existe el fenómeno constante de la “La Criminalidad”; siendo una ilusión que este fenómeno pueda suprimirse. Esto continuará mientras existan las sociedades, a lo que se puede aspirarse es a disminuir la criminalidad o buscarse que las infracciones causen el menor daño posible a los intereses individuales y sociales. Los actos humanos obedecen a muchos motivos, en la teoría psicoanalítica estos motivos provienen unos del campo consciente y otros del ámbito inconsciente. Decimos entonces que los delitos de mínima criminalidad o de bagatela, son delitos que por su insignificancia o poca lesividad a la sociedad, no afectan gravemente el interés público. Así también Oré lo señala: “Escaso impacto social del delito - en estos casos de delitos insignificantes o de poca frecuencia (delitos de bagatela) - es evidente que el legislador posibilita el archivamiento de tales delitos, observando una solución de índole procesal al problema de criminalidad llamada de bagatela.”. (ORE, 1996).

Sin embargo, en la doctrina, el concepto de delito de bagatela no está ni legal ni dogmáticamente establecido, pero su uso es frecuente para referirse a hechos delictuosos cuya reprochabilidad es escasa, y cuando el bien jurídico que se protege es de menor relevancia. Así también, para Armenta Deu: “existe interés público, cuando la paz jurídica se ve perjudicada por encima del círculo vital del perjudicado, y la persecución penal se constituye en un objetivo actual de la generalidad.”. (ARMENTA DEU, 1991).

Entonces, podemos decir que los Delitos de bagatela contenidas en el Derecho Penal. Son delitos que tienen escasa repercusión social, delitos de poca importancia. Así, la bagatela puede ser apreciado desde 2 puntos de vista:

1. Las disposiciones de la ley, que reglamentan las conductas insignificantes.
2. Los Delitos que no se cometen con mucha frecuencia, en consecuencia, hay escasa lesión a los bienes jurídicos que son objeto de tales delitos.

Estos delitos, por ser de acción pública, para su tratamiento están regulados en el Código Procesal Penal peruano, específicamente en el “Principio de Oportunidad” - (Definición legal del “principio de oportunidad”: art. 2° del Código Procesal Penal. D.Leg.957 de 2004.) - norma que faculta al Ministerio Público, como titular de la acción penal pública. Que luego de la reparación civil del imputado para la víctima, el fiscal se abstiene de su ejercicio, lo que produce la “Abstención del ejercicio de la acción penal pública”; sumándose a ello el supuesto de “autor-victima”. Entonces, la mediación penal, por ser un medio alternativo por excelencia, subsume estos supuestos del “principio de oportunidad” y los reconoce como “conflictos delictivos o penales”, siendo a su vez “una excepción a la regla”- aduciendo al “principio de legalidad”- como regla del Derecho penal; es que se incorpora para su tratamiento, mediante la “negociación” en un proceso mediatorio.

3. LA NATURALEZA DE FALTAS e Iniciativa de Parte “acción privada”

Las infracciones penales por Faltas, están considerado por la doctrina como “delitos no graves”, es decir son infracciones leves a la ley penal. Así Ramírez refiere: “Falta: Infracción Penal de carácter leve, o de mínima criminalidad (delito no grave).”. (RAMIREZ, 2000). Como también Cabanellas señala:

“Faltas: en el Derecho penal, las acciones u omisiones voluntarias castigadas por la ley con pena leve; por lo cual se han denominado delitos veniales o miniaturas del delito.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

Así entonces por comprensión, decimos que, las Faltas no agravan los bienes jurídicos de interés público; es viable también que reconozcamos a las infracciones por Faltas- como “criminalidad de bagatela”. Así tenemos, la Denuncia Penal por Falta interpuesta ante autoridad competente - a iniciativa de la voluntad de la persona agraviada o denunciante. Por tanto el ejercicio de la Acción Penal - es de naturaleza privada. Atendiendo la gravedad de las infracciones penales, éstas pueden ajustarse a un régimen dualista: Delitos o faltas (o contravenciones). Así las faltas serán aquellos actos ilícitos penales que lesionan los derechos personales, patrimoniales y sociales pero que por su intensidad no constituyen delitos y si bien es cierto existe gran identidad entre los delitos y las faltas, la diferencia se da en la menor intensidad criminosa de las faltas. A ello García refiere: “Teniendo como base las dos grandes categorías que sanciona el Código Penal, existen los procesos por delitos y los procesos por faltas. Se fundan en un criterio cuantitativo, tomando en cuanto la gravedad de la infracción y de la pena señalada en la ley. Se justifica este proceso diciendo que existe conveniencia en que las infracciones de escasa relevancia social de ámbito delictual restringido y sancionado con Pena Leve, se sometan a un procedimiento rápido y sencillo.”. (GARCIA, 1997).

Por tanto, la Naturaleza jurídica de las faltas, revisando su estado actual, las faltas estaría más cerca de la justicia civil que de la justicia penal; por cuanto al no estar definido como delito, por la singularidad de que es considerada de menor gravedad, hace que no sea tipificada como delito; aunque pone en

peligro levemente algún bien jurídico protegido (derechos personales, patrimoniales o sociales) pero con menor intensidad criminosa. Por lo que, la mediación penal es viable, por cuanto se vincula por la “excepción a la regla”-regla del “principio de legalidad”, y por la naturaleza privada de su accionar - la misma también vinculada al principio de la “autonomía de la voluntad de las partes”.

5.2. ACEPTACION DE LA MEDIACIÓN PENAL POR LA POBLACIÓN PUNEÑA

En este acápite, se da a conocer los resultados obtenidos de las encuestas aplicadas a la población puneña entre justiciables y operadores jurídicos (como muestra poblacional, realizados aleatoriamente), y que corresponden al nivel de aceptación sobre una nueva alternativa “extra proceso judicial” de solución de conflictos, como es la “mediación penal” orientados su aplicación como primera aproximación a ciertas infracciones penales en el Perú.

DISTRIBUCIÓN DE FRECUENCIAS POR VARIABLES DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA A TRAVES DE LA ENCUESTA

5.2.1. PREGUNTAS RELACIONADAS A LA CONSULTA DE ACEPTACIÓN EN CASOS POR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA

1. ¿Usted prefiere una nueva alternativa de solución y en forma privada sobre delitos de acción penal privada?

Tabla 1. Alternativa de solución y en forma privada sobre delitos de acción penal privada

RESPUESTAS	JUSTICIABLES		OPERADORES JURIDICOS		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
SÍ	182	47.4	160	41.7	342	89.1
NO	10	2.6	32	8.3	42	10.9
TOTAL	192	50.0	192	50.0	384	100.0

Fuente: Ficha de Investigación pre-elaborada

Las respuestas dadas por los encuestados (población) señalan ampliamente que aceptan el nuevo método o nueva alternativa de solución (mediación penal) y en forma privada sobre delitos de acción penal privada. Así, el 89.1% de la población puneña entre justiciables y operadores jurídicos, asumen una actitud preferencial con respecto a otros medios tradicionales de solución de conflictos, con solo 10.9% de dicha población que señalan “no” a nuevas alternativas de solución. Dentro del cuadro N° 1, son los justiciables que aprecian mayor optimismo por la nueva alternativa de solución y en forma privada con 47.4%, con respecto al 41.7% de los operadores jurídicos. Asimismo, se observa en un mínimo % entre 2.6% y 8.3% de la población encuestada que muestran resistencia por la nueva alternativa de solución. Por tanto, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña, se determina en un nivel de medida Alto.

2. ¿Desea usted y está dispuesto a negociar un caso siendo delito de acción penal privada?

Tabla 2. Disposición a negociar un caso siendo delito de acción penal privada

RESPUESTAS	JUSTICIABLES		OPERADORES JURIDICOS		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
SÍ	184	47.9	160	41.7	344	89.6
NO	8	2.1	32	8.3	40	10.4
TOTAL	192	50.0	192	50.0	384	100.0

Fuente: Ficha de Investigación pre-elaborada

Las respuestas dadas por los encuestados (población) señalan ampliamente que están dispuestos a negociar y en forma privada sobre delitos de acción penal privada. Así, el 89.6% de la población puneña entre justiciables y operadores jurídicos, asumen una actitud de disposición plena a negociar sobre un caso siendo delito de acción penal privada, con relación al 10.4% de dicha población que señalan “no” están dispuestos a negociar un caso siendo delito. Dentro del cuadro N° 2, son los justiciables con mayor “disposición a negociar” un caso siendo delito de acción penal privada con 47.9% en relación al 41.7% de los operadores jurídicos. Asimismo, se observa entre 2.1% y 8.3% de la población encuestada que muestran una negativa en la “disposición a negociar” en casos de delitos de acción privada. Por tanto, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña, se determina en un nivel de medida Alto.

3. ¿Participaría usted para buscar la forma como reparar el daño ocasionado por la comisión de un delito de acción penal privada?

Tabla 3. Participación en como reparar el daño ocasionado por la comisión de un delito de acción penal privada

RESPUESTAS	JUSTICIABLES		OPERADORES JURIDICOS		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
SÍ	185	48.2	170	44.3	355	92.5
NO	7	1.8	22	5.7	29	7.5
TOTAL	192	50.0	192	50.0	384	100.0

Fuente: Ficha de Investigación pre-elaborada

Las respuestas dadas por los encuestados (población) señalan ampliamente que participarían para reparar el daño y en forma privada sobre delitos de acción penal privada. Así, el 92.5% de la población puneña entre justiciables y operadores jurídicos, asumen una actitud de participación para reparar el daño sobre un caso siendo delito de acción penal privada, con relación al 7.5% de dicha población que señalan “no” participarían para reparar el daño en casos de estos delitos. Dentro del cuadro N° 3, son los justiciables con mayor aceptación en participar en reparar el daño en casos de delitos de acción penal privada con 48.2% en relación al 44.3% de los operadores jurídicos. Asimismo, se observa entre 1.8% y 5.7% de la población encuestada que muestran una negativa en la “participación para reparar el daño” en estos casos de delitos de acción privada. Por tanto, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña, se determina en un nivel de medida Alto.

5.2.2. PREGUNTAS RELACIONADAS A LA CONSULTA DE ACEPTACIÓN EN CASOS ESPECIALES POR LA ABSTENCIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA POR PARTE DEL FISCAL (mínima criminalidad)

1. ¿Usted prefiere una nueva alternativa de solución y en forma privada sobre delitos donde el fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública?

Tabla 4. Alternativa de solución y en forma privada sobre delitos de acción penal pública

RESPUESTAS	JUSTICIABLES		OPERADORES JURIDICOS		TOTAL	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
SÍ	182	47.4	160	41.7	342	89.1
NO	10	2.6	32	8.3	42	10.9
TOTAL	192	50.0	192	50.0	384	100.0

Fuente: Ficha de Investigación pre-elaborada

Las respuestas dadas por los encuestados (población) señalan ampliamente que aceptan el nuevo método o nueva alternativa de solución (mediación penal) y en forma privada sobre delitos de mínima criminalidad (art.2 CPP). Así, el 89.1% de la población puneña entre justiciables y operadores jurídicos, asumen una actitud preferencial con respecto a otros medios tradicionales de solución de conflictos, con solo 10.9% de dicha población que señalan “no” a nuevas alternativas de solución. Dentro del cuadro N° 4, son los justiciables que aprecian mayor optimismo por la nueva alternativa de solución y en forma privada con 47.4%, con respecto al 41.7% de los operadores jurídicos. Asimismo, se observa en un mínimo % entre 2.6% y 8.3% de la población encuestada que muestran resistencia por la nueva alternativa de solución. Por tanto, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña, se determina en un nivel de medida Alto.

2. ¿Desea usted y está dispuesto a negociar un caso siendo delito donde el fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública?

Tabla 5. Disposición a negociar un caso siendo delito acción penal pública

RESPUESTAS	JUSTICIABLES		OPERADORES JURIDICOS		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
SÍ	181	47.1	170	44.3	351	91.4
NO	11	2.9	22	5.7	33	8.6
TOTAL	192	50.0	192	50.0	384	100.0

Fuente: Ficha de Investigación pre-elaborada

Las respuestas dadas por los encuestados (población) señalan ampliamente que están dispuestos a negociar y en forma privada sobre delitos de mínima criminalidad (art.2 CPP). Así, el 91.4% de la población puneña entre justiciables y operadores jurídicos, asumen una actitud de disposición plena a negociar sobre un caso siendo delito de mínima criminalidad con relación al 8.6% de dicha población que señalan “no” están dispuestos a negociar un caso siendo delito de este tipo. Dentro del cuadro N° 5, son los justiciables con mayor “disposición a negociar” un caso siendo delito de mínima criminalidad con 47.1% en relación al 44.3% de los operadores jurídicos. Asimismo, se observa entre 2.9% y 5.7% de la población encuestada que muestran una negativa en la “disposición a negociar” en casos de delitos de mínima criminalidad. Así, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña, se determina en un nivel de medida Alto.

3. ¿Participaría usted para buscar la forma como reparar el daño ocasionado por la comisión de un delito donde el fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública?

Tabla 6. Participación en como reparar el daño ocasionado por la comisión de un delito de acción penal pública

RESPUESTAS	JUSTICIABLES		OPERADORES JURIDICOS		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
SÍ	188	49.0	172	44.8	360	93.8
NO	4	1.0	20	5.2	24	6.2
TOTAL	192	50.0	192	50.0	384	100.0

Fuente: Ficha de Investigación pre-elaborada

Las respuestas de los encuestados señalan ampliamente que participarían para reparar el daño y en forma privada sobre delitos de mínima criminalidad. Así, el 93.8% de la población puneña entre justiciables y operadores jurídicos, asumen una actitud de participación para reparar el daño sobre un caso siendo delito de mínima criminalidad, con relación al 6.2% de dicha población que señalan “no” participarían para reparar el daño en casos de estos delitos. Dentro del cuadro N° 6, son los justiciables con mayor aceptación en participar en reparar el daño en casos de delitos de mínima criminalidad con 49.0% en relación al 44.8% de los operadores jurídicos. Asimismo, se observa entre 1.0% y 5.2% de la población encuestada que muestran una negativa en la “participación para reparar el daño” en estos casos de delitos de mínima criminalidad. Por tanto, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña, se determina en un nivel de medida Alto.

5.2.3. PREGUNTAS RELACIONADAS A LA CONSULTA DE ACEPTACIÓN EN CASOS POR LA INFRACCIÓN PENAL POR FALTAS

1. ¿Usted prefiere una nueva alternativa de solución y en forma privada sobre casos que son infracciones penales por faltas?

Tabla 7. Alternativa de solución y en forma privada sobre casos penales por faltas

RESPUESTAS	JUSTICIABLES		OPERADORES JURIDICOS		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
SÍ	190	49.5	177	46.1	367	95.6
NO	2	0.5	15	3.9	17	4.4
TOTAL	192	50.0	192	50.0	384	100.0

Fuente: Ficha de Investigación pre-elaborada

Las respuestas dadas por los encuestados (población) señalan ampliamente que aceptan el nuevo método o nueva alternativa de solución (mediación penal) y en forma privada sobre infracciones penales por Faltas. Así, el 95.6% de la población puneña entre justiciables y operadores jurídicos, asumen una actitud preferencial con respecto a otros medios tradicionales de solución de conflictos, con solo 4.4% de dicha población que señalan “no” a nuevas alternativas de solución. Dentro del cuadro N° 7, son los justiciables que aprecian mayor optimismo por la nueva alternativa de solución y en forma privada con 49.5%, con respecto al 46.1% de los operadores jurídicos. Asimismo, se observa en un mínimo % entre 0.5% y 3.9% de la población encuestada que muestran resistencia por la nueva alternativa de solución. Por tanto, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña, se determina en un nivel de medida Alto.

2. ¿Desea usted y está dispuesto a negociar un caso siendo infracción penal por faltas?

Tabla 8. Disposición a negociar un caso siendo infracción penal por faltas

RESPUESTAS	JUSTICIABLES		OPERADORES JURIDICOS		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
SÍ	191	49.7	177	46.1	368	95.8
NO	1	0.3	15	3.9	16	4.2
TOTAL	192	50.0	192	50.0	384	100.0

Fuente: Ficha de Investigación pre-elaborada

Las respuestas dadas por los encuestados (población) señalan ampliamente que están dispuestos a negociar y en forma privada sobre casos siendo infracción penal por faltas. Así, el 95.8% de la población puneña entre justiciables y operadores jurídicos, asumen una actitud de disposición plena a negociar sobre un caso siendo infracción por faltas con relación al 4.2% de dicha población que señalan que “no” están dispuestos a negociar un caso siendo infracción por faltas. Dentro del cuadro N° 8, son los justiciables con mayor “disposición a negociar” un caso siendo infracción penal por faltas con 49.7% en relación al 46.1% de los operadores jurídicos. Asimismo, se observa entre el 0.3% y 3.9% de la población encuestada que muestran una negativa en la “disposición a negociar” en casos de infracción penal por faltas. Así, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña, se determina en un nivel de medida Alto.

3. ¿Participaría usted para buscar la forma como reparar el daño ocasionado por la comisión de un caso siendo infracción penal por faltas?

Tabla 9. Participación en como reparar el daño ocasionado por la comisión de una infracción penal por faltas

RESPUESTAS	JUSTICIABLES		OPERADORES JURIDICOS		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
SÍ	192	50.0	189	49.2	381	99.2
NO	0	0.0	3	0.8	3	0.8
TOTAL	192	50.0	192	50.0	384	100.0

Fuente: Ficha de Investigación pre-elaborada

Las respuestas dadas por los encuestados (población) señalan ampliamente que participarían para reparar el daño y en forma privada sobre infracciones penales por faltas. Así, el 99.2% de la población puneña entre justiciables y operadores jurídicos, asumen una actitud de participación para reparar el daño sobre un caso siendo infracción penal por faltas, con relación al 0.8% de dicha población que señalan “no” participarían para reparar el daño en casos de Faltas. Dentro del cuadro N° 9, son los justiciables con mayor aceptación en participar en reparar el daño en casos de infracción penal por faltas con 50.0% en relación al 49.2% de los operadores jurídicos. Asimismo, se observa entre 0.0% y 0.8% de la población encuestada que muestran una baja negativa en la “participación para reparar el daño” en estos casos de infracción penal por faltas. Por tanto, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña, se determina en un nivel de medida Alto.

5.3. CONTRASTACIÓN DE UNIDADES DE INVESTIGACIÓN Y CONSTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

5.3.1.- PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA I

“La dogmática de la mediación penal se adapta para el caso peruano, en los tipos penales susceptibles a mediar, es decir los delitos de acción privada, publica (bagatela) y faltas, como medida alternativa de solución privada a la crisis de la justicia penal. [Casos por el ejercicio de la acción penal privada. Casos especiales por la abstención del ejercicio de la acción penal pública. Casos por la infracción penal por faltas]”.

Efectivamente, la doctrina y legislación desarrollado en el ámbito nacional y comparado, nos permite establecer que, ante la problemática de la justicia penal peruana, tener presente los dogmas que dan vida a la mediación vinculadas a las cuestiones penales y procesales, con lo cual hacerles frente a la criminalidad creciente, mediante nuevas alternativas de solución. Ante ello se tiene el paradigma de la Justicia Restaurativa con un enfoque humano y garantista, que propone nuevos procesos y soluciones, cercano a la realidad social, siendo uno de sus instrumentos la mediación penal, la misma que en sus contenidos- la doctrina y legislación observa que uno de esos contenidos es la dogmática - es decir los “fundamentos varios” que dan identidad al objeto de la mediación referido. Así para corroborar la hipótesis de esta tesis, se resalta las siguientes:

. En el ámbito sustancial u objeto, se tienen a los dogmas más relevantes a la “autonomía de la voluntad de las personas” y la “Negotiatio”. Donde el primero trata y está relacionado con otro principio la Simetría de Poder.- Empoderamiento, vinculado a la “Jus Decisium”- es decir la facultad potestativa

de “poder de decisión” de las personas, contenidas también del “concilio” previas de la voluntariedad o iniciativa, lo que conlleva a la “jurisdicción privada”- elemento debatible que contiene la “Libertad humana”. Y el segundo trata sobre la negociación en su estado natural, vinculados a los “derechos de libre disposición” de las personas, entre ellas el “conflicto penal” fundada en el principio de la “Exceptio veritatis & negotiatio” o la “excepción a la Regla”, auto compuestas se diluye el “jus puniendi” y se extingue la pena, dilucidando el “acuerdo de solución”; y en el ámbito procesal o método, se tienen a los dogmas más relevantes a la “legalidad” y la “oportunidad”. Donde el primero se vincula con la “oficialidad”- de gozar reconocimiento y legitimidad legal expresado en “acta de mediación”, y siendo norma rector del derecho penal es sujeto a la “excepción de la Regla”, diluyéndose la acción penal. El segundo refiere en su estado natural del “oportunismo” como condición para lograr algo en un contexto de tiempo y espacio; dogma que está presente en varios institutos jurídicos en su mayoría de orden procesal, así por ejemplo se identifica en el mal sumillado “principio de oportunidad” del art.2 CPP., así también está presente en la elección de una alternativa de solución ante un conflicto. En cuanto a los tipos penales susceptibles a mediar, se refiere a los “Conflictos penales” susceptibles a ser mediados. La mediación penal siendo un método jurídico de solución de conflictos de naturaleza privada e independiente al proceso común; reconoce los hechos de relevancia penal - como conflictos penales o conflictos delictivos, el mediador no tipifica los “delitos” menos las personas involucrados “ofensor-ofendido”. Con lo que, las infracciones penales susceptibles a ser mediados son aquellos por la naturaleza de la acción privada, los delitos de mínima criminalidad o de

bagatela y otro supuesto, y las contravenciones leves de las Faltas. Siendo esta una primera aproximación. Adaptándose así para el caso peruano, en los conflictos con vinculación penal susceptibles a ser mediados. Por tanto ha quedado constatada la hipótesis específica I.

5.3.2.- PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA II

“La aceptación de la mediación penal por la población puneña se estima en un nivel de medida alto.”

Efectivamente dentro de nuestra recogida de datos o realizados el trabajo de campo, se puede verificar esta verosimilitud con las encuestas aplicadas a la población objetiva muestral conformados por justiciables y operadores jurídicos, los mismos que podemos expresar por medio del cuadro número diez (10) y gráfico, en la que se presentan los resultados finales que han sido materia de análisis y estudio en la investigación, mostrándose los datos que estiman el nivel de aceptación por la población puneña sobre la mediación penal; resaltando la información relevante que permite dar certeza de la comprobación de la hipótesis planteada.

Tabla 10. Nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña

RESPUESTAS	JUSTICIABLES		OPERADORES JURIDICOS		TOTAL	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
SÍ	186	48.5	170	44.4	356	92.9
NO	6	1.5	22	5.6	28	7.1
TOTAL	192	50.0	192	50.0	384	100.0

Fuente: Ficha de Investigación pre-elaborada

Se estima en un nivel de medida alto. Por cuanto la Aceptación de la mediación penal por la población puneña, se relaciona con el indicador “nivel porcentual” (%) de aceptación por parte de la población de Puno, población muestral conformado entre justiciables y operadores jurídicos, consultados aleatoriamente sobre la mediación penal. Las preguntas fueron tres (3) relacionándose con: 1. Alternativa de solución en forma privada, 2. Disposición a Negociar, y 3. Participación para reparar el Daño. Estos contenidos se replicaron en las preguntas de las 3 clases de infracciones penales susceptibles a ser mediados. Respondiéndose: SI o NO, en las 9 preguntas del cuestionario.

Teniéndose como resultados finales de la encuesta: - Justiciables: Sí Aceptan la mediación penal en un 48.5% de preferencias (representan 186 personas encuestadas), frente al 1.5% de No que son indiferentes a la nueva propuesta (que representan 6 personas encuestadas). - Operadores jurídicos: Sí Aceptan la mediación penal en un 44.4% de preferencias (que representan 170 personas encuestadas), frente al 5.6% de No, que son indiferentes a la nueva propuesta (que representan 22 personas encuestadas). Así mismo, se puede observar que es mayor el porcentaje (%) de preferencia de aceptación de los Justiciables en relación de los operadores jurídicos que son menos sus preferencias, y en cuanto a la resistencia al cambio con nuevos medios alternativos, son los operadores jurídicos más reacios al cambio con (5.6%), y los justiciables son menos reacios al cambio con (1.5%); finalmente, al 100 % total, la aceptación de la mediación penal por la población puneña se da en 92.9 % y no aceptan la propuesta el 7.1 % del total de las personas

encuestadas. Determinándose así, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña en un nivel de medida Alto. Por lo tanto ha quedado demostrada la hipótesis específica II.

* CON ESTADÍSTICA: CHI CUADRADO (x^2)

“Revisado y tomado de referencia ...” : (Ibañez Q. & Otros, 1998).

Primero hallando el error ε_i de la Chi Cuadrado (x^2)

$$\varepsilon_i = n * P_i = 384 * \frac{1}{2} = 192 ;$$

ε_i : es el valor esperado de la chi cuadrada x^2

Si: $n = 384$ $i = 1, \dots, k$ $P = \frac{1}{2}$.

•• Aplicando la fórmula de x^2 (chi cuadrado)

Fórmula :

$$x_c^2 = \sum_{i=1}^r \sum_{j=1}^c \frac{(O_{ij} - E_{ij})^2}{E_{ij}} \quad n = O ; \quad E = E$$

con $(k-1)(r-1)$ grados de libertad

Calculando estadísticamente :

$$x^2 = \frac{(92.9 - 192)^2}{192} + \frac{(7.1 - 192)^2}{192} = 229.21$$

Donde: Este valor debemos compararlo con el percentil de la distribución

Con Tabla Chi cuadrada x^2 :

x^2 con $(n-1)(k-1)$; donde: n = numero datos, k = grados libertad

x^2 con $(2-1)(2-1) = 1$ grado de libertad

$x^2_{0.95}(1) = 3.84 \rightarrow$ valor por tabla ; $x^2_{0.95}$: valor de significancia.

$x^2 = 229.21 > x^2(2, 0.05) = 5.99$

Entonces, existen evidencias estadísticas para afirmar que: Determinándose así, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña en un nivel de medida Alto.

CONCLUSIONES

PRIMERO: El panorama general de la problemática de la justicia penal peruana, supone como es natural repensar sobre los dogmas que le dieron y le dan vida con las materias penales y procesales, para hacerles frente a la criminalidad creciente. Percibido el problema, se hace necesario nuevas alternativas de solución y con ello el paradigma de la Justicia Restaurativa inspira con un enfoque humano y garantista, para proponer nuevos procesos y soluciones más cerca a la realidad social, siendo uno de sus instrumentos la mediación penal. Sin embargo en el desarrollo de este instituto jurídico a nivel global difiere por sus cultores así como en países lo existen. Es así que, la investigación inicia en forma exploratoria con la figura similar de la “conciliación” en Perú y sus relaciones con otros institutos, menos permite conciliar infracciones penales; observada ya su incongruencia, el investigador plantea proponer una dogmática de mediación penal para el caso peruano, como medida alternativa de solución a la crisis de la justicia penal.

SEGUNDO: La dogmática en su parte sustancial u objeto de la mediación penal, se relievan los dogmas de la autonomía de la voluntad de las personas y la *Negotiatio*. Donde el primero trata y está relacionado con otro principio la Simetría de Poder.- Empoderamiento, vinculado a la *Jus Decisium*- es decir la facultad potestativa de “poder de decisión” de las personas, contenidas también del concilio previas de la voluntariedad o iniciativa, lo que conlleva a la “jurisdicción privada”- elemento debatible que contiene la “Libertad humana”. Y

el segundo trata sobre la negociación en su estado natural, vinculados a los “derechos de libre disposición” de las personas, entre ellas el “conflicto penal” fundada en el principio de la Exceptio veritatis & negotiatio o la excepción a la Regla, autocompuestas se diluye el jus puniendi y se extingue la pena, dilucidando el acuerdo de solución.

TERCERO: La dogmática en su parte procesal o método de la mediación penal, se relievan los dogmas de la legalidad y la oportunidad. Donde el primero se vincula con la oficialidad- de gozar reconocimiento y legitimidad legal expresado en acta de mediación, y siendo norma rector del derecho penal es sujeto a la excepción de la Regla, diluyéndose la acción penal. El segundo refiere en su estado natural del oportunismo como condición para lograr algo en un contexto de tiempo y espacio; este dogma está presente en varios institutos jurídicos en su mayoría de orden procesal, así se identifica en el mal sumillado principio de oportunidad del art.2 CPP., como también está presente en la elección de una alternativa de solución de conflicto. Así hay varios.

CUARTO: Como primera aproximación: Conflictos penales susceptibles a ser mediados. La mediación penal siendo un método jurídico de solución de conflictos de naturaleza privada e independiente al proceso común; reconoce los hechos - (Los hechos, como parte de nuestra realidad social (Perú- país de multinacionalidades), sucede que ciertos colectivos sociales reconocen los “hechos delictuales” como “errores” y no como “delitos”.) - de relevancia penal - como presuntos conflictos penales o conflictos delictivos, el mediador no tipifica los “delitos” menos las personas involucrados “ofendido-ofensor”. Entonces

como primer alcance, las infracciones penales susceptibles a mediar son: Los delitos por su naturaleza de acción privada, los delitos por su naturaleza de mínima criminalidad o bagatela, y las Faltas por su naturaleza de ser contravenciones leves.

QUINTO: Aceptación de mediación penal por la población: Se relaciona con el nivel (%) de aceptación por parte de la población de Puno, entre justiciables y operadores jurídicos (consultados aleatoriamente) sobre la mediación penal. Las preguntas son 3 y se relacionan con: La nueva alternativa de solución en forma privada, la disposición a negociar, y participación para buscar la forma como reparar el daño. Estos se replicó en las 3 clases de infracciones penales susceptibles a mediar. Debiendo responder: SI ó NO, en las 9 preguntas en total. Teniéndose como resultado en promedio de las 9 preguntas: - Justiciables: Sí Aceptan la mediación penal en un 48.5% de preferencias, frente al 1.5% de No, que son indiferentes a la nueva propuesta. - Operadores jurídicos: Sí Aceptan la mediación penal en un 44.4% de preferencias, frente al 5.6% de No, que son indiferentes a la nueva propuesta. Así mismo, se puede observar que es mayor el % de preferencia de aceptación de los Justiciables en relación de los operadores jurídicos que son menos sus preferencias.- lo que nos indica que se resisten más (5.6%) al cambio los operadores jurídicos - que los justiciables (1.5%). Por tanto, el nivel de aceptación de la mediación penal por la población puneña, se determina en un nivel de medida Alto.

RECOMENDACIONES

PRIMERO: Los resultados de la presente investigación deben de incorporarse, a la escasa teoría existente sobre la importancia de la justicia restaurativa y su instrumento de mediación penal dentro de la administración de justicia, a efectos de tener una fuente sistematizada respecto de su desarrollo dogmático. Asimismo, es necesario que esta materia especializada se incorpore al debate a realizarse en los foros, y cursos impartidos a los Operadores jurídicos y capacitaciones a los demás agentes sociales. A efectos de que se aborden estas potencialidades del tema en beneficio de toda la población.

SEGUNDO: El Estado Peruano, como ente regulador de la vida social, es necesario que instaure nuevos mecanismos de solución a dichos conflictos penales y así contribuir a minimizar el agravamiento de la crisis de la justicia penal peruana. Para ello pueden tener en cuenta nuestra propuesta dogmática de la mediación penal para así desarrollar mejor y más completo este instituto jurídico; en esta oportunidad como un avance en su parte dogmática.

TERCERO: El desarrollo de la mediación penal como un instituto jurídico y como método jurídico de solución de conflictos, que por su naturaleza y esencia; deban ser contribuidos en su difusión y fortalecimiento. Para ello buscar las estrategias necesarias para las promociones y difusiones de la existencia de la mediación penal, por parte de la sociedad civil y entes del

estado, particularmente de los profesionales en Derecho y/o Operadores Jurídicos, y del público en general.

CUARTO: A las facultades de Derecho del país, a efectos de implementar en sus mallas curriculares o planes de estudio que aborden temáticas de la justicia restaurativa y su instrumento de mediación penal dentro de la administración de justicia; y la apertura de nuevas líneas de investigación y sus áreas y temas, respecto a la justicia restaurativa y la mediación penal como método jurídico de solución de conflictos.

QUINTO: Finalmente, la presente propuesta dogmática de la mediación penal para el Perú, es “una posibilidad potencial” de ser aplicado en el caso peruano; y su éxito, contribución práctica en la solución de conflictos penales, para la preservación del orden y coexistencia humana; dependerá mucho que en el marco de una “política criminal” se accione políticas educativas para la población, en los temas de: Cultura de Paz, Justicia de Paz, Justicia Restaurativa y sus procesos de solución (mediación penal y otros), etc.

BIBLIOGRAFÍA

(s.f.).

ARMENTA DEU, R. (1991). " *La Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad* ". Barcelona - España: Editora PPU.

BARUCH, R., & Otros. (1996). *La Promesa de la Mediación*. Buenos Aires: Granica.

BENAVIDES, R. (2002). TESIS. *Problemática Jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano*. Lima, Perú: editora UNMSM.

BINDER, A. (1993). " *Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica* ": *Reformas procesales en América Latina y la oralidad en los procesos*. Santiago - Chile: Corporación de Promoción Universitaria.

BUNGE, M. (1997). *La Ciencia, su Método y su Filosofía*. Buenos Aires - Argentina: Ediciones Siglo Veinte.

CABANELLAS DE TORRES, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires - Argentina: Heliasta.

CABEZAS, J. (2007). *La Mediación como un Mecanismo Alternativo de Administración de Justicia*. Quito: San Francisco University.

CARAM, M. E. (2000). " *Hacia la Mediación Penal* ". Madrid - España: Edit. La Ley.

CONDE-PUMPIDO, C. (1989). " *El Principio de Oportunidad Reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español* ", en *La reforma del proceso penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Castilla y León: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones.

CRUZ, J. (Junio de 2013). TESIS DOCTORAL. *La Mediación Penal: Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posible soluciones*, pág.287. Granada, España: Editorial de la Universidad de Granada.

DIAZ, J. (2004). *Manual de Conciliación Extrajudicial*. La Molina, Lima-Perú: Edit. ONG "Acción por los Niños".

DIETER, R. (03 de Enero de 2000). <http://www.ceja.org>. Recuperado el 7 de Junio de 2012, de Ceja.

Duran Abarca, W. (2010). *El Fracaso de Sistema del Gobierno Representativo*. Lima - Perú: Cepredim.

- ESTERMANN, J. (2003). *“Interculturalidad: Vivir la diversidad.”*. Sevilla - España: Editora Lex.
- F. Rivera, y otro;. (1999). TESIS - UNA PUNO. *La Administración de Justicia en las Comunidades Campesinas*. Puno, Perú: Editorial Universitaria.
- FREIRE, R. (2000). *La mediación penal en España: presente y futuro*. Madrid - España: Editora Restorative Justice.
- FUNES, J. (1995). *Mediación y Justicia Juvenil*. Barcelona-España: Centro de Estudios Jurídicos.
- GARCIA, D. (1997). *“ Manual de Derecho Procesal Penal ”*. Lima - Perú: Editorial Alternativas.
- GONZÁLES, M. (2003). *“La mediación penal en España”*. Barcelona: Editora Sopena.
- GORDILLO, L. (2007). *“Su principal herramienta: la mediación” en La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*. Madrid - España: Edit. Iustel.
- GRAVIELIDES, T. (2007). *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy*. Helsinki: Ed. European Institute for Crime Prevention and Control.
- HERNANDEZ, B. (2013). *MEDIACIÓN PENAL: DERECHOS Y GARANTÍAS*. Madrid - España: Universidad Carlos III de Madrid- Facultad Ciencias Sociales y Jurídicas.
- HIGHTON, E., & ALVAREZ, G. (1995). *Mediación para Resolver Conflictos*. Buenos Aires- Argentina: 1ra. Ed., Ad-Hoc.
- Ibañez Q., V., & y Otros. (1998). *Aplicaciones con el Sistema de Análisis Estadístico*. Puno - Perú: Editorial Universitaria UNA.
- JARA, C. (1994). *“ Constitución del Perú 1993 ”*. Lima - Perú: Edit. Fecat.
- López Albújar, E. (2000). *Cuentos Andinos*. Ciudad de Lima: Editora Amauta, 7° edición.
- MALARET, J. (2003). *Manual de Negociación y Mediación*. Madrid- España: Colex.
- MARTINEZ, M. (1990). *LA ABOLICION DEL SISTEMA PENAL*. Bogotá D.C.: Temis.
- MIJANGOS, R. (27 de Noviembre de 2011). *¿Qué es la mediación? ¿Cuáles son sus características esenciales?* Recuperado el 13 de Enero de 2017, de <http://www.mediationinternational.eu/index.php/es/blog/98-que-es-la-mediacion>
- MINISTERIO DE JUSTICIA. (2011). *“ Compendio sobre Conciliación ”*. Lima - Perú: Edit. Justitia.

- MORALES, L. (1999). *El Proceso por Faltas y el Principio de Oportunidad*. Puno: Universitaria.
- ORE, A. (1996). " *Manual de Derecho Procesal Penal* ". Lima - Perú: Editorial Alternativas.
- ORMACHEA, I. (1998). *Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial*. Lima - Perú: Edit. Cultural Cuzco S.A.
- OSSORIO, M. (2000). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. C.A. Guatemala: Edit. Datascan S.A.
- PASCUAL, E. (2012). *La Mediación en el Sistema Penal*. Madrid, España.
- PAZ, S. S., & PAZ, S. M. (01 de Diciembre de 2005). *Justicia Restaurativa: Nuevos Procesos posibles*. Barcelona: editora Nova.
- PELAGIO, B. (1997). " *Histoire de la France Religieuse: des origines au XIV e siècle* ". Marsella - Francia: Edit Reims Editors.
- PICÓ I JUNOY, J. (1997). " *Las Garantías Constitucionales del Proceso* ". Barcelona: Edit. Bosch.
- PLAZA, H. (2013). *Lógica Jurídica. Argumentación Jurídica*, 23.
- RAMIREZ, J. (2000). " *Diccionario Jurídico* ". Buenos Aires - Argentina: Edit. Claridad S.A.
- RAMÍREZ, W. (1999). " *Juicios: perdida de Dinero, Tiempo y Salud* ". Lima - Perú: Renalsa S.A.
- RAMON, S. (1979). *Enciclopedia Concisa Sopena- 1er.tomo*. Barcelona- España: Editorial Ramon Sopena S.A.
- RAMOS, J. (2001). " *Temas Notariales y de Derecho* ". Puno - Perú: Edit. 14 de Setiembre.
- REGINA, T. (7 de Julio de 2002). *La Mediación Penal en Argentina. Revista n° 66: La Justicia Restaurativa en América*. Buenos Aires, Argentina: Editor Colegio de Abogados de Cap.Fed.
- RENDON, J. (2000). *El Derecho como Norma y como Relación Social*. Lima - Perú: Edit. Edial.
- RÍOS, P., & Otros. (2008). " *La Mediación Penal y Penitenciaria...*" (2° edic. ed.). Madrid - España: Edit. Colex.
- RIVERA, M., & Otro. (1999). *La Administración de Justicia en las comunidades campesinas: una muestra de sincretismo cultural*. Puno: Universitaria.

- RODRIGUEZ, M. (1999). *Conciliación Extrajudicial: Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos - MASC*. Puno: IDEALP.
- RODRIGUEZ, M. (2012). *SIMPLIFICACIÓN PROCESAL PENAL*. Lima: Editora San Marcos.
- RUBIO, M. (1994). " *Para Conocer la Constitución de 1993* ". Lima - Perú: Edit. Desco.
- SCHMIDT, W. (2001). *Harvard Business Review: Negociación y Resolución de Conflictos*. Bogotá - Colombia: Editorial Planeta Colombiana S.A.
- SILVA, G. (1996). "La concepción sobre el crimen. Un punto de partida para la exploración teórica", en *Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el proximo milenio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura.
- SOPENA, R. (1980). *Enciclopedia Concisa Sopena: Diccionario Ilustrado de la Lengua Española*. Barcelona - España: Editorial Ramón Sopena S.A.
- TICONA, J. (2007). *Administración de Justicia Comunitaria en el Sur Andino Peruano*. Sicuani-Cusco: La Cruz.
- VADO, L. (2002). *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Cordova: Claridad.
- VELEZ, A. (2003). *Negociación: Naturaleza y Procesos de la Negociación*. Lima, Perú: Juristas Editores.
- VILLAVICENCIO, F. (1997). *Introducción a la Criminología*. Lima: Grijley.
- YEANPLONG, J. (2007). Lógica, Racionalidad y Epistemología. *Uruguay Educa*, pág.13.
- ZAFFARONI, E. (1988). *POLÍTICA CRIMINAL: "Presupuestos Científicos para la Reforma del Código Penal"*. Lima - Perú: AFA- Editores Import. S.A.

ANEXOS:

- 1. FICHA BIBLIOGRAFICA**
- 2. CUESTIONARIO**
- 3. GUÍA DE ILUSTRACION** (para justiciables)
- 4. INFRACCIONES PENALES SUSCEPTIBLES A SER
MEDIADOS** (como primera aproximación)
- 5. ENSAYO JURÍDICO**

ANEXO N° 1:

REGISTRO: FICHA BIBLIOGRAFICA

I.- IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO :

1.1 TITULO:

1.2 AUTOR:

1.3 LUGAR DE EDICIÓN: AÑO:

1.4 EDITORIAL:

II.- CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN :

DENOMINACIÓN DEL DOCUMENTO	ARGUMENTO	PAG.	COMENTARIOS U OBSERVACIONES
DENOMINACIÓN DEL DOCUMENTO	ARGUMENTO	PAG.	COMENTARIOS U OBSERVACIONES

ANEXO N° 2 :

ENCUESTA : CUESTIONARIO

Fecha de ejecución: Ciudadano: Justiciable (), Operador jurídico ()
Datos obtenidos de la población del distrito de Puno en forma aleatoria, dichos ciudadanos mayores de 18 años, los mismos entre justiciables y operadores jurídicos.

Filtro .- Mayor de 18 años: SI (), NO ().

INSTRUCCIONES: Registrar la respuesta consultada al ciudadano, marcando con "X" en cada ítem.

I.- **Consulta de aceptación en casos por el ejercicio de la acción penal privada :**

1. ¿ Usted prefiere una nueva alternativa de solución y en forma privada sobre delitos de acción penal privada ? : SI (), NO ()
2. ¿ Desea usted y está dispuesto a negociar un caso siendo delito de acción penal privada ? : SI (), NO ()
3. ¿ Participaría usted para buscar la forma como reparar el daño ocasionado por la comisión de un delito de acción penal privada ? : SI (), NO ()

II.- **Consulta de aceptación en casos especiales por la abstención del ejercicio de la acción penal pública por parte del fiscal :**

1. ¿ Usted prefiere una nueva alternativa de solución y en forma privada sobre delitos donde el fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública?: SI (), NO ()
2. ¿ Desea usted y está dispuesto a negociar un caso siendo delito donde el fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública?: SI (), NO ()
3. ¿ Participaría usted para buscar la forma como reparar el daño ocasionado por la comisión de un delito donde el fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública? : SI (), NO ()

III.- **Consulta de aceptación en casos por la infracción penal por faltas :**

1. ¿ Usted prefiere una nueva alternativa de solución y en forma privada sobre casos que son infracciones penales por faltas ? : SI (), NO ()
2. ¿ Desea usted y está dispuesto a negociar un caso siendo infracción penal por faltas ? : SI (), NO ()
3. ¿ Participaría usted para buscar la forma como reparar el daño ocasionado por la comisión de un caso siendo infracción penal por faltas ? : SI (), NO ()

Puno, 2016

ANEXOS N° 3 :

GUÍA DE ILUSTRACION (aplicable con encuesta)

PARA CIUDADANOS JUSTICIABLES

PARTE - I : Preguntas referidos a los **delitos de acción penal privada**.

Entiéndase por: **Delitos de acción penal privada** .-

“ Son tipos de delitos que, por no considerarse de una gravedad tal que afecte al orden público de la sociedad, por lo que no puede ser perseguido de oficio por los poderes públicos (es decir, policía, jueces o Ministerio público); sino que es necesaria la intervención activa de la víctima como impulsora de la acción de la justicia y como parte en el proceso judicial.”

PARTE - II : Preguntas referidos a los **delitos de acción penal pública**.

Entiéndase por: **Delitos de acción penal pública** .-

“ Los delitos de acción penal pública, son aquellas ejercidas de forma exclusiva, excluyente y de oficio por el ministerio público, es decir donde el fiscal toma la iniciativa para la acción de la justicia, la persecución del delito, el alcanzar las pruebas; conforme a las normas procesales.”

PARTE - III : Preguntas referidos a las **infracciones penales por faltas**.

Entiéndase por: **Infracciones penales por faltas** .-

“ Las faltas o contravención, son conductas ilícitas penales que lesionan los derechos personales, patrimoniales y sociales, pero que es considerado de menor gravedad, por tanto, no constituyen delitos.”

ANEXOS N° 4 :

INFRACCIONES PENALES SUSCEPTIBLES A SER MEDIADOS

(como primera aproximación)

1.- CASOS DE DELITOS POR QUERELLA (ACCION PRIVADA)

El Código Penal de 1991, define los delitos que son objeto de persecución privada. Así tenemos:

- a) delitos de lesiones culposas leves,
- b) delitos de injuria, calumnia y difamación, y
- c) delitos de violación a la intimidad.

Lesiones Culposas.- Artículo 124 CP.- primer párrafo.- El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa.

Ejercicio privado de la acción penal.- Artículo 138 CP.- En los delitos previstos en este Título sólo se procederá por acción privada. Si la injuria, difamación o calumnia ofende a la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente o desaparecida, la acción penal podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

Acción privada.- Artículo 158 CP.- Los delitos previstos en este Capítulo (Capítulo II, del Título IV, del Libro II, Violación de la Intimidad) son perseguibles por acción privada.

2.- CASOS DE DELITOS POR MINIMA CRIMINALIDAD Ó BAGATELA

No habiendo “*numerus clausus*”, teniendo la generalidad del supuesto.

La observancia del “Principio de Oportunidad” en su parte pertinente.

Base Legal:

De conformidad con el artículo 2°, num.1, letra b). del Código Procesal Penal. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal, en los casos de mínima criminalidad :

b). Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

3.- CASOS POR FALTAS (CONTRAVENCIONES LEVES)

Los contemplados en los artículos: art. 441 al art. 452 del Libro Tercero del Código Penal de 1991.

FALTAS CONTRA LA PERSONA

FALTAS CONTRA EL PATRIMONIO

FALTAS CONTRA LAS BUENAS COSTUMBRES

FALTAS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

FALTAS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA

ANEXOS N° 5 :

PROPUESTA DOGMÁTICA DE LA MEDIACIÓN PENAL PARA EL PERÚ**William N. Mendoza Monroy¹.**

Introducción

La presente “propuesta dogmática de la mediación penal para el Perú”, es un avance en el desarrollo de la justicia restaurativa, y se adapte al caso peruano en infracciones penales susceptibles a ser mediados (como primera aproximación), siendo medida alternativa de solución privada a la crisis de la justicia penal peruana. Donde, cabe invocar que, la dogmática propuesta concierne a los fundamentos básicos de la mediación penal, en sus formas de: principios, valores, presupuestos y elementos naturales; las mismas que se encuentran en su estado natural y positivizado en el mundo jurídico; Para dicho propósito, nos asiste y respalda las fuentes formales del derecho siendo estas doctrinas pertinentes o ideas de juristas y norma legal actual con los dogmas adaptables para un eventual desarrollo de la mediación penal en Perú, y que posiblemente sean tomadas en cuenta por el legislador peruano; y para dicho desarrollo es necesario apreciarlo en un contexto o escenario jurídico peruano que este apto para su recepción, y que desemboque en la posibilidad de tratamiento de los “supuestos casos” de poder ser mediados en el país. Por tanto el presente discurso académico, tiene el mapa de desarrollo siguiente: se divide su argumento en tres partes: I.- El escenario peruano apto para la mediación penal, II.- El dogmatismo de mediación penal para el Perú, III.- la naturaleza de las infracciones penales susceptibles a ser mediados en Perú (como primera aproximación).

¹ *Graduando en Derecho, por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UNA PUNO.*

Propuesta dogmática de la mediación penal para el Perú

La propuesta en sus dogmas son “contenidos esenciales” para la existencia de la mediación penal; siendo un “método jurídico” extra-proceso; de naturaleza privada y uno de los instrumentos de la justicia restaurativa.

El Derecho Penal como última ratio: Siendo la “Libertad humana” sagrada, el estado no debe priorizar la punibilidad, más bien debe buscar nuevas formas de solución u otras alternativas a la punición. En este marco *el derecho penal* con sus penas contempladas por el legislador ante hechos punibles, es la alternativa última a la que debe acudir el Estado y la Sociedad para solucionar los conflictos surgidos por la comisión de hechos indeseados para la sociedad. Los principios básicos de la mediación como medio restaurativo y auto compositivo resulta más provechoso para la Comunidad, el Estado y para la dignidad de la “víctima” y del trasgresor de la ley, que la imposición de una pena.

I.- EL ESCENARIO PERUANO APTO PARA LA MEDIACION PENAL :

1. El Marco de la Lógica y la Racionalidad .- El uso de la razón y la lógica del ser humano, hacen que se adapten paradigmas o entes que por su naturaleza, se acomoden en circunstancias de contextos y de tiempo. Así podemos decir que, las personas como operadores jurídicos o responsables, que por la razón y lo lógico ven por conveniente adaptar nuevas alternativas de solución en la justicia. A esto, Hernando Plaza plantea: “La lógica jurídica enfrenta los problemas de tipo lógico surgidos de la reflexión acerca de la ciencia jurídica y de aplicación de la lógica formal a resolverlos. Quien debe pautarlos y resolverlos es un investigador que reúna las calidades de filósofo y jurista”. Donde son *aspectos subjetivos del ser humano*, por tanto la apreciación de un método y sus alternativas son naturales a la mente humana, lo que permite aceptar nuevas alternativas sobre algo, en este caso “Nuevas las Alternativas al Proceso común”. (Plaza, 2013).

2. La Naturaleza del Conflicto .- La naturaleza del Conflicto es humano, yace en la mente humana. Entonces: ¿Qué es el conflicto?, a ello, Guillermo Cabanellas, señala: “Conflicto: es la Oposición de intereses en que las partes no ceden./ El choque o colisión de derechos o pretensiones”. (Cabanellas de Torres, 2003). A su vez, según Rodríguez: “El conflicto es connatural a la existencia de la humanidad, nuestra existencia es una permanente confrontación a problemas que surgen en nuestro entorno, el conflicto es algo objetivo, porque el hombre en su existencia debe superar muchas barreras y dificultades”. (Rodríguez Rodríguez, 1999). Por tanto, el conflicto es

una parte constitutiva de la naturaleza humana, y tenemos que convivir con ellos, en realidad los conflictos no hacen sino describir cómo los humanos, por el simple hecho del trato y contacto social con sus semejantes, hacen que se originen las diferencias y desavenencias. Ante esto, la mediación, se constituye como un medio de solución de conflictos con la “voluntad de las partes”.

3. La Naturaleza de la Mediación .- La mediación es un “medio privado” por excelencia, ó un “medio extra-proceso”. Donde las personas provistos de la “Jus Decisium” - (facultad, Poder de decidir del ‘ser humano’ en su estado natural), aplicándolos en su vida privada o pública. Una visión enfocada a lo privado, define la mediación como un “proceso por el cual un experto en mediación y negociación ayuda a las partes a negociar un acuerdo beneficioso para ambos”. (MALARET, 2003).

Con ello la Mediación puede ser considerada como una “negociación asistida”. La Negociación puede ser considerada como “comunicación tendente a la obtención de un acuerdo”. Por lo tanto, la Mediación es “comunicación asistida para la obtención de acuerdos”. Así la mediación nace en el seno de la sociedad-privada, siendo la esencia de la naturaleza de la mediación; por ende la naturaleza de la mediación penal tiene su origen en lo privado, por tanto su contenido tiene “características y lógicas propias” fundadas en sus principios (dogmas) que los identifica.

4. La Naturaleza del Proceso y/o Método Jurídico .- Según el filósofo Mario Bunge: toda ciencia, debe tener: su Objeto y su Método; por tanto toda teoría jurídica tiene su objeto “teoría del Derecho” y su método “teoría del Proceso” basado en un proceso organizado y sistemático. (BUNGE, 1997). Asimismo, Cabanellas señala: “Proceso: es Progreso, Avance. / Transcurso del tiempo. / Las diferentes fases o etapas de un acontecimiento. / Conjunto de autos y actuaciones.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003). Entonces podemos decir que el proceso es el medio a través del cual las partes en conflicto busquen sustanciar sus intereses, sea en un ámbito privado o público; existiendo la sociedad en un contexto privado, en la que es relevante la Negociación, la comunicación sobre el entendimiento de la naturaleza del conflicto, para el logro de soluciones pacíficas.

Método Jurídico y su Objeto: son medios alternativos de solución de conflictos, en sus formas de.- Disolución: Auto-compositivo (Negociación, Mediación), y Resolución: Hetero-compositivo (Arbitraje, Judicial). Son medios-formas relativos al derecho procesal, donde la “Jus Decisium”- “poder de decisión” intervienen en la solución de conflictos. Estas formas pueden ser: la autocomposición (inter-partis) y la heterocomposición de los conflictos (por terceros). Para entender el grado de decisión de un conflicto en relación a la solución. De mayor a menos grado de participación de las partes en conflicto.- Grado de Decisión de las Parte: Mayor grado de Decisión en

Solución, Facultad de Decisión con Asistencia, Decisión se limita a Convenio Arbitral, Nulo en decisión de solución. Medio Alternativo: Negociación, Mediación, Arbitraje, Judicial. A su vez, se tiene la Autocomposición: donde se dan dos formas de solución: en la primera, el litigio se soluciona por acto privado, es decir mediante la Negociación Propia o Directa; y la segunda mediante la Mediación, donde el proceso se da por acuerdo bilateral de las partes; por ejm. un contexto de transacción, conciliación, etc. Así, Luis Vado, señala: “se entiende como autocomposición la renuncia el derecho propio en beneficio del interés ajeno. Siendo autodefensa, sus manifestaciones pueden ser unilaterales o bilaterales, según provengan de ambas partes del litigio o de una de ellas. Como podemos ver, es una solución que proviene de la voluntad de una o ambas partes.”. Luego la Heterocomposición: según Luis Vado “Aquí nos encontramos con que la solución del litigio viene dada por un tercero ajeno al problema, esto es, no solo es requisito la presencia de un tercero, sino que dicho tercero resuelve de forma vinculativa el litigio. Tenemos como formas clásicas de la heterocomposición al arbitraje y al proceso judicial. En el primer caso citado, nos encontramos ante un medio alternativo de resolución de conflictos, en el segundo, ante la figura tradicional en la que un Juez funcionario gubernamental, decide la cuestión discutida.”. (VADO GRAJALES, 2002).

II.- EL DOGMATISMO DE MEDIACION PENAL PARA EL PERÚ : (Dogmas)

Se considera aquellos: Principios, valores, presupuestos, y elementos naturales; que existen por su naturaleza de las cosas o entes en forma natural o legislado en el mundo de las Ciencias Jurídicas o Derecho, que por su contenido u objeto son relativos al Derecho de Mediación penal.

1.- PRINCIPIOS .- estos principios de la mediación penal, tienen relación directa con los derechos fundamentales y las garantías del proceso. Podemos distinguir en dos partes: los Principios Rectores de la Mediación Penal (Siendo de naturaleza privada), y los principios procesales comunes.

a) Finalidad de la Mediación: Propiciar una Cultura de Paz. Se entiende por “Cultura de Paz”- en forma general - a aquella forma de vida de un pueblo o conjunto de personas que conviven organizadamente fuera de un clima de violencia. Así lo señalo Johan Galtung (1969)- considerado como el padre de la Investigación para la Paz. Se entiende por violencia: aquel fenómeno por el cual los seres humanos están siendo influenciados de modo que sus actuales realizaciones somáticas y mentales se encuentran por debajo de sus realizaciones potenciales. (ORMACHEA CHOQUE, 1998).

b) La Equidad: Reconocido también como “principio ético de equidad” o simplemente “principio de equidad” - Reconocido por la legislación Peruana en su art.2 de la Ley de Conciliación Peruana, y art.2, num.1 del Reg. D.S. N° 004-2005-JUS. A este término Cabanellas refiere: “por su etimología, del latín equitas, igualdad, la equidad implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza íntima.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

c) Principio básico: El derecho a la presunción o el estado de inocencia. Derecho fundamental de todo ciudadano de gozar la “inocencia” mientras no se le pruebe lo contrario. Así el hecho de ser personas, se goza del “Derecho y principio fundamental de la persona”, así el art.2, num.24, letra.e) señala: “Presunción de inocencia: Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.”. (JARA MINUCHE, 1994). Al recurrir a la mediación se acciona en forma voluntaria o es a iniciativa de las partes en conflicto; y no obligado, menos en la condición de imputados.

d) Oficialidad: Legalidad - Su implementación requiere del reconocimiento oficial o del estado; la legislación pertinente podrá legitimar y reconocer la práctica de procesos de mediación en determinados asuntos. Se tiene el precedente del “Acuerdo de Solución” el mismo que se puede materializar en un Acta de mediación - similar al acta de conciliación, prevista y reconocida por el art.16 de la Ley de Conciliación Extrajudicial, de la Legislación Peruana. La respuesta es reconocida jurídicamente al Acuerdo de Solución como un “Acto Jurídico” previsto y contenidas en el Código Civil Peruano - “art.140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: Agente capaz, objeto físico y jurídicamente posible, fin lícito, y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”; resumiéndose en que: “el Acto Jurídico: .. es Autonomía de la voluntad y Formalidad.”. A su vez, basado en la Libertad Legal de la Constitución Peruana- art.2, num.24, letra a).- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, siendo un “Derecho fundamental de la persona”. (DIAZ HONORES, 2004).

e) Autonomía de la Voluntad: Voluntaria - “Jurisdicción Privada”. En esencia la mediación constituye un proceso voluntario tanto para la víctima como para el infractor. El consentimiento de las partes requiere que se les informe previamente sobre sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las consecuencias que puede tener su participación. A esto refiere Gordillo: “Sólo mediante la participación voluntaria, podrá garantizarse que el acuerdo que se alcanza sea cumplido y de lugar

a resultados satisfactorio para ambas partes. Si el recurso a la mediación fuese de carácter obligatorio, perdería su razón de ser.”. (GORDILLO SANTANA, 2007). La Ley Peruana de conciliación extrajudicial, reconoce en su: “Art.3.- Autonomía de la voluntad.- La conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.”. (Ministerio de Justicia, 2011). A su vez, dando lugar a la “Jurisdicción Privada o voluntaria”. Tal como señala Ramos: “teniendo en cuenta su carácter no contencioso del mismo, es decir la ausencia de Litis por existir el acuerdo de voluntades de las partes en conflicto, es posible realizarlo en oficios medianeros, es decir la denominada Jurisdicción Voluntaria, siendo las razones como: ausencia de Litis, ahorro de tiempo y dinero, y equilibrio de Salud. Todo en beneficio de los usuarios.”. (RAMOS PERALTA, 2001).

f) Confidencialidad: Toda información es reservada, de los acuerdos tratados en la mediación, no se usan contra las partes en un eventual juicio. Nuestra Ley de conciliación Peruana reconoce - en su art.2 sobre los principios: la Confidencialidad es la cualidad de confidencial (que se dice o hace en confianza y con seguridad recíproca entre dos o más individuos). Se trata de una propiedad de la información que pretende garantizar el acceso sólo a las personas autorizadas. A su vez., Ormachea señala: “el principio de confidencialidad es uno de los principios más importantes de la mediación y conciliación; asimismo es un elemento que le caracteriza respecto al proceso judicial que se guía por el principio de publicidad.”. (ORMACHEA CHOQUE, 1998).

g) Flexibilidad: “Abertum sensu”- en sentido abierto, se refiere a la forma y al fondo sobre el tratamiento de los conflictos; teniendo el libre albedrio y la “Jus decisium”- de decidir sobre la cuestión tratada; la flexibilidad también se refiere a las Estructuras de un proceso manteniendo un orden con ausencia de plazos específicos. Así también lo señala Ríos Pascual y otros: “El proceso de mediación, a diferencia del procedimiento convencional es absolutamente flexible no sólo en cuanto a los plazos sino en las formas al llevar a cabo las entrevistas individuales y el encuentro dialogado, así como en la propia resolución del proceso.”. (Paz & Paz, 2005). Por tanto, viene a ser la Capacidad para adaptarse con facilidad a las diversas circunstancias o para acomodar las normas a las distintas situaciones o necesidades.

h) Independencia: Referida a la condición del mediador. Se distingue dos condiciones para una absoluta independencia, virtud del cual las partes en conflicto serán los beneficiados. (ORMACHEA CHOQUE, 1998). Se distingue dos elementos: Neutralidad -condición “Objetiva” del mediador, donde no debe tener ningún “vínculo de parentesco o de afinidad” con las partes en conflicto; e Imparcialidad -condición

“Subjetiva” del mediador, referida a la ausencia de amistad o de confianza con las partes en conflicto, tal como ser amigos u otro.

i) Economía.- Celeridad y Gratuidad: El objetivo de este Principio de economía es hacerlo efectivo; su concepto proviene de la acepción de ahorro, el mismo referido a 3 áreas vinculadas: 1) tiempo; 2) gasto/dinero; y 3) esfuerzo/salud. Siendo la celeridad, la expresión concreta de la economía por razón de tiempo; y la gratuidad sobre el acceso al medio alternativo y donde No existe costo alguno para las partes en conflicto. (RAMÍREZ VELA, 1999).

j) Buena fé y presunción de Veracidad: Ambos constituyen en esencia “una actitud personal” de las partes, para el éxito de la gestión mediadora. La “Buena fé: es el modo sincero y leal con que se procede en los negocios y convenciones, aquel que no pretende engañar a las personas con quienes los celebra; convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho. Lealtad, respeto a la palabra empeñada.”. (RAMIREZ GRONDA, 2000). La Veracidad, se refiere a la necesidad de contar con información fidedigna durante la audiencia mediadora, donde las partes en conflicto, deben dar información cierta sobre las causas y consecuencias de los hechos, y no afecten a las partes, al mediador y a la entidad mediadora. Estos principios son obligaciones de las partes vinculado con la información.

k) Simetría de Poder.- Empoderamiento : Vinculado a la “Jus Decisium”- es decir a la facultad potestativa de “poder de decisión” de las personas que vayan a formar partes en un proceso de mediación. En un modelo de mediación, promover un equilibrio de poderes de las partes, es necesario para evitar tácticas de presión o coerción, para el logro de un acuerdo justo. Así: “La importancia de equilibrar las relaciones de poder entre las partes- fue demostrada por los psicólogos sociales quienes concluyeron en estudios experimentales que la igualdad de poder fomenta mayor espíritu de cooperación, un comportamiento más eficaz y poca manipulación entre las partes. Por tanto, el mediador o conciliador tendrá que velar por la aplicación de este principio en toda situación donde exista desequilibrios de poder.”. (ORMACHEA CHOQUE, 1998).

l) Principio de Oralidad: La mediación penal comparte este principio con el proceso penal común. El Principio de oralidad, hace que se pueda cumplir con la inmediación; se realizan en forma oral, la oralidad entre las partes y la plena comunicación entre las mismas, referidos al proceso por audiencia. Con ello se simplifica trámites o actos procesales, teniendo piezas escritas lo estrictamente indispensables. También nos ilustra Cabanellas: “Oral: Oralidad, de palabra, de viva voz, de boca en boca, como la tradición oral “Juicio escrito y oral”. Se contrapone

especialmente a escrito en ciertas materias como los exámenes y los testimonios.”. (Cabanellas de Torres, 2003).

II) Principio de Bilateralidad: El principio de Bilateralidad implica que cada parte tiene derecho a que se le conceda oportunidades para intervenir, defenderse y probar a su favor. La cantidad y calidad de posibilidades deben ser iguales, para que se cumpla con el principio, es necesario que las partes en conflicto estén presentes en el proceso de mediación. Por su parte Ramírez, nos señala: “Bilateralidad. En correlato lógico de la filosofía subyacente en la mediación, ambas partes tienen oportunidades para expresar sus pretensiones, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones.”. (RAMIREZ GRONDA, 2000).

La Mediación y los Principios Procesales comunes: Existen principios y garantías procesales que no deben ser afectados por acudir a un procedimiento de este tipo. De la compatibilidad con nuestro sistema jurídico.

a) La Mediación y la Presunción de Inocencia .- (su relación existente). Ver si la mediación afecta o no la garantía básica del Estado como es la presunción de inocencia, - (Constitución de Perú: art.2, num.24, letra.e.- Presunción de Inocencia: Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.), si una persona al elegir el proceso de mediación supone aceptar (tácita) su culpabilidad; hecho que vulneraría o no ese derecho fundamental de la persona. Hay razones para concluir que la mediación no vulnera dicha garantía constitucional, aún si la mediación finaliza sin acuerdo de las partes. Así Picó manifiesta: “el derecho a la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuado cuando el juicio de culpabilidad se apoya en pruebas legalmente practicadas en el acto del juicio oral bajo los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación.”. (PICÓ I JUNOY, 1997).

b) La Mediación y los Principios de Legalidad-Oportunidad.- (su relación), va dos principios: el respeto al principio de legalidad y la ventaja del principio de oportunidad.

b.1. Principio de legalidad.- Este principio es una garantía fundamental de todo ciudadano - configurado a su vez en el Derecho Penal del sistema romano germánico, y consagrado en el art.2, num.24, letra.d). de nuestra Constitución Peruana: “Principio de Legalidad: Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.” (JARA MINUCHE, 1994). Sin embargo, esta constituye una Regla, y como es natural “toda regla tiene su excepción”, y la excepción - De Aquí: de la “Excepción a la Regla” se

origina el principio “sui-generis”: “La Exceptio Veritatis & Negotiatio”- que significa “La Excepción de la Negociación fundada en la Verdad”. (ver: elemento natural de la Negotiatio). A su vez la mediación también sustenta su existencia legal en la “legalidad del Acto Jurídico”- contenidas en el Código Civil Peruano.

b.2. Principio de oportunidad.- Se señala que el principio de oportunidad es contrario a la legalidad, sin embargo no es más que la flexibilización del principio de legalidad, y esto supone una discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. Así las partes adquieren actuación y la capacidad de manejar por sí mismos el conflicto y buscar un acuerdo-solución. Así Conde-Pumpido, aprecia dos modelos de oportunidad: «oportunidad reglada» o «normada»- cuando los supuestos vienen preestablecidos en la Ley; y una «oportunidad libre»- cuando los supuestos se dejan al arbitrio del Ministerio Público. (Conde-Pumpido Ferreiro, 1989). En nuestro sistema jurídico Peruano, se contempla el “principio de oportunidad” reglada- (CPP.- D.Leg.957, art.2- “Principio de Oportunidad”- conciliación fiscal reglada -intra proceso), es decir, la propia legislación contempla los supuestos para acudir a la conciliación, qué presupuestos y que consecuencias tiene. Donde la reparación del daño neutralizan ciertas penas, configurándose indemnización al perjuicio ocasionado; ya que las penas son redimibles por indemnizar y resarcir. Centrándose en el hecho delictivo y en su autor, dejando en segundo plano a la víctima.

2.- VALORES.- fundamentos ideológicos. Van a la par de los fundamentos prácticos.

El Valor Transformativo de la Mediación en las Personas: La expresión de Baruch Bush y otro, señala que: “La mediación tiene la potencia de transformar a las partes en conflicto y a la sociedad, llevando hacia un mundo en qué la vida de la comunidad sea más rica”. (BARUCH BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph P., 1996).

a) La Libertad : El valor Libertad es cosa inestimable - (Digesto, Lib. L., t. XVII, ley 106.) - A su vez, Cabanellas refiere: “Libertad.- Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”. Y Justiniano la definía como “la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo impedírsele la fuerza o el Derecho.”. (Cabanellas de Torres, 2003). En la mediación penal, este valor se vincula al principio de la voluntariedad, donde la mediación es libre y voluntaria; es la persona que decide cuando recurrir a mediar.

b) La Igualdad: Al valor de Igualdad, se refiere Rubio que: “Hemos nacido en un mundo que cree en la libertad y la igualdad como derechos esenciales y naturales del ser humano.”.(RUBIO CORREA, 1994). Este principio implica que a lo largo del proceso de mediación las partes deben encontrarse en una situación de equilibrio. Se

refiere, por tanto, a la posición de las partes en el proceso, y no tanto al resultado del acuerdo. La igualdad en su forma natural, se refiere al trato que todas las personas deben recibir todas las personas somos igualmente valiosos e importantes sin tomar en cuenta la raza, el sexo, la posición económica, la religión o la inteligencia.

c) La Solidaridad - Fraternidad: La solidaridad es uno de los valores humanos por excelencia, que se define como la colaboración mutua entre las personas, como aquel sentimiento que mantiene a las personas unidas en todo momento, sobre todo cuando se vivencian experiencias difíciles; la misma vinculado con la Fraternidad que es un término derivado del latín “frater”, que significa hermano. Por esta razón, entendernos y comprendernos como humanos es reconocernos como hermanos en esta humanidad y practicar esa hermandad en un clima de Paz y armoniosidad. La mediación penal en esencia, es comprender la naturaleza del acto jurídico como negocio jurídico y a su vez contenido de negociación vía cooperación. A esto nos amplía Cabanellas con: “Solidaridad: Actuación y responsabilidad total en cada uno de los titulares de un derecho o de los obligados por razón de un acto o contrato./ Identificación personal con una causa o con alguien, ya por compartir sus aspiraciones, ya por lamentar como propia la adversidad ajena o colectiva./ Cooperación, ayuda.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003).

d) La “Justicia & Derecho”: Una visión filosófica de justicia: La Justicia es el valor principal que el Derecho trata de realizar a través de sus distintas expresiones. La Justicia simboliza “el Orden absoluto, representa la salud del alma”; en cambio la injusticia representa la enfermedad. Por ello cuando en un Pueblo no se aplica la justicia, vienen diferentes “enfermedades sociales”, las mismas que se materializan en profundas crisis económica, política y social; donde los principios de cohesión y armonía se resquebrajan. Por eso la Justicia es la mejor de todas las virtudes, ya que ni la estrella de la noche, ni el lucero del alba son tan maravillosos como la justicia. (RAMÍREZ VELA, 1999). A la premisa del conflicto entre “Justicia & Derecho” - ¿Cuál prefiere elegir uno entre: la Justicia y el Derecho? - siendo debatible por cierto. Sin embargo al tener una posición más natural que del positivismo, seguro que la respuesta sea: “preferir elegir la Justicia” sobre todas las creaciones y pasiones humanas. A esto Ramírez expresa. Que: “El Derecho no es la justicia, parecería obvio señalarlo, pues puede darse, y de hecho se han dado y se dan históricamente, sistemas jurídicos injustos. Pero el Derecho tiene mucho que ver con la justicia, como que todo Derecho aspira a ser justo: tiende a la Justicia”. (RAMIREZ GRONDA, 2000)

e) Administración de Justicia por Equidad: Es la administración de justicia basada en las costumbres, en los principios generales del derecho, en el sentido de justicia y

de un leal saber y entender. Con ausencia relativa de normas legales, en la solución de conflictos. Asimismo Ramírez expresa: “Equidad: Igualdad de ánimo.// Bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar o fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley.”. (RAMIREZ GRONDA, 2000).

3.- PRESUPUESTOS .-

a) La figura de Mediador.- Es fundamental para un proceso de mediación. Así Cabanellas refiere que: “Mediador.- es quien participa en un asunto, negocio, contrato o conflicto, por encargo de una o ambas partes, o para prestarles algún servicio sin convertirse en una más equiparable a las principales./ Conciliador./ Intercesor./ Interventor./ Comisionista./ Cómplice.”. (Cabanellas de Torres, 2003). A su vez, según Gordillo señala que: “El papel del mediador es el de un tercero neutral que ayuda a resolver el conflicto por el que las partes están enfrentadas”. (GORDILLO SANTANA, 2007). En tanto, Pascual refiere: “El mediador es un profesional que tiene dos funciones diferentes: 1) facilitar la comunicación y el aprendizaje entre las partes posibilitando una interacción, evitando posibles agresiones para conducir a las partes hacia la cooperación y 2) dirigir el proceso de mediación hacia el éxito”. (Pascual Rodríguez, 2012). A su vez, el mediador está facultado para proponer o sugerir “fórmulas de solución” al conflicto (solo las partes deciden si aceptan o no). En la práctica del ejercicio de mediador, deben de concurrir una serie de características en la persona que cumpla dicha función, se tiene: Personales: Originalidad y sentido del humor; flexibilidad y autocontrol. Profesionales: Formación en mediación penal, conocimientos en derecho penal y procesal. Éticas: deberes del mediador.

b) El Proceso Único.- En el “Proceso de Mediación”. El Proceso Único: es un proceso “sui generis”, es decir, único en su género. El mismo que se propone implementarse para la Mediación Penal en Perú. El mismo compuesto por una audiencia única-privada y sus respectivas: sesión o sesiones privadas. Audiencia Privada (o Única) .- (La Audiencia Única - también es reconocida por el art.10 - de la Ley de conciliación Peruana.) - las audiencias en general tienen como característica fundamental que son “Orales”. Es decir prevalece el dialogo en las negociaciones en la búsqueda de solución a los conflictos. Sesión privada .- Las sesiones privadas se pueden realizar en una o varias sesiones, dependiendo el caso o conflicto a autocomponerse por las partes. Según Highton y otro: “Ésta es una herramienta del proceso, al que los mediadores suelen recurrir, para generar cambios y descubrir intereses al reunirse con las partes por separado en un encuentro confidencial”. La sesión privada es una técnica muy útil durante una audiencia de mediación.

c) Los Derechos Disponibles de las Personas o Partes.- Los derechos disponibles son todos aquellos derechos de “libre disposición de las personas”, y tienen vinculación directa con las posibles materias, asuntos, casos o conflictos pasibles de solución - los mismos que forman parte del Objeto de negociación. También se refiere a ello, la ley de conciliación Peruana, en su art.7, Materias conciliables.- primer párrafo: “son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.” - (Ley N° 26872 - Ley de Conciliación Peruana) - A su vez este presupuesto se relaciona y constituye el “contenido material” del principio de la “Autonomía de la Voluntad” de las personas. En nuestro caso Peruano, para su primera aproximación, lo vinculamos a las Infracciones penales donde se diluye el “interés punitivo”- se “extingue la pena”.

d) El Acuerdo de Solución.- La misma que se materializa en el “Acta de Mediación”. Un acuerdo es un convenio entre dos o más partes o una resolución premeditada de una o más personas. Así entonces, puede decirse que un acuerdo es el fruto de una negociación o un debate. Las partes involucradas exponen sus argumentos durante las conversaciones y buscan una posición común; al encontrarla, alcanzan un acuerdo. Lo habitual es que, en el proceso de búsqueda de un acuerdo, cada parte ceda en pos de los intereses comunes. Así Cabanellas señala: “Acuerdo.- Sentido, juicio, estado normal de un cerebro sano./ Decisión reflexionada./ Además de significar resolución, el acuerdo es el concierto de dos voluntades o inteligencia de personas que llevan a un mismo fin.”. (CABANELLAS DE TORRES, 2003). El Reglamento de la Ley de Conciliación peruana D.S. N° 014-2008-JUS, modificado por el Decreto Legislativo N° 1070, art.22) - reconoce en su: “Artículo 22.- Acta y acuerdo conciliatorio. El acta que contiene el acuerdo conciliatorio es un documento privado y puede ser ofrecido como medio de prueba en un proceso judicial.

4.- ELEMENTOS NATURALES.-

Son “dogmas”, que existen en su estado natural, así se tienen: el “concilio” el “oportunismo” y la “Negotiatio”.

a) El “Concilio”- en la “Conciliación, Mediación” y Otros. (en su forma natural-Subjetivo).- La esencia natural del concilio, su estado natural radica en la “mente humana” así en una forma de “avenencia del alma humana” o “avenencia de los espíritus”; es decir “la paz encontrada por la razón humana”- así observo Baltazar en el ecuménico del vaticano I.- concluyendo que “podemos conocer a Dios, mediante la razón humana”. Sin embargo, el significado esencial del concilio en su forma natural, lo encontramos en la misma Biblia, a ello refiere Pelagio: “El Concilio .- Existía una gran controversia entre el papel de la gracia divina y el libre albedrío, que comenzó a principios del siglo V, por las enseñanzas del monje bretón e Lérins”. (PELAGIO,

1997). A su vez a “concilio” en su estado natural, nos refiere la lengua española: “Conciliar: ‘del latín conciliare’. Componer o ajustar los ánimos discordes. Granjear los ánimos y la benevolencia, alguna vez dicese también del odio y aborrecimiento. Armonizar - conciliarse (el respeto) de todos.”. (Ramón Sopena, 1979). La naturaleza del concilio-conciliación, está presente en diferentes institutos jurídicos. Así, se encuentra la conciliación en los diferentes métodos jurídicos propuestos, excepto en lo judicial; sea esta la negociación (pura o directa), la mediación (asistida por un tercero neutral), y el arbitraje (en convenio arbitral).

b) El “Oportunismo”- en el “Principio de Oportunidad” y otros. (en su forma natural-Objetivo).- El elemento natural “Oportunismo”, está presente en muchas de las “normas jurídicas” del ordenamiento jurídico peruano, así por ejemplo está presente tácitamente en las normas que regulan los “plazos” en los diferentes procesos legales. A la calidad de “oportuno” se refiere la lengua española: “(de oportuno)...de transigencia y contemporización que, en caso de necesidad, sacrifica los principios fundamentales para acomodarse a las circunstancias de tiempo y lugar.”. (SOPENA, 1980). Así mismo, Ossorio, señala: “Oportunismo: ...que prescinde en cierta medida de los principios fundamentales. Tomando en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar.”. La calidad de oportuno, hace que exista la condición de “Oportunidad”, la misma que en latín es “opportunitas”- es decir, “conveniencia de tiempo y de lugar.”. (SOPENA, 1980). La Oportunidad en sí, es un “principio natural de oportunismo” no positivizado- y está en función del tiempo y lugar”- es decir el Oportunismo (de oportuno) -“...transigencia y contemporización que, en caso de necesidad, sacrifica los principios fundamentales para acomodarse a las circunstancias de tiempo y lugar”. Por tanto, la mediación penal, también es uno de los institutos jurídicos que son intervenidos tácitamente por el “Principio de Oportunismo”; así los justiciables o ciudadanos provistos de la facultad de “oportunidad”, son oportunistas al estimar y elegir sobre cuál de los medios alternativos de solución de conflictos, les favorece o les conviene optar, para buscar y lograr “solución(es)” a sus problemas y/o conflictos”.

c) La “Negotiatio”- La Exceptio Veritatis & Negotiatio. “la verdad de Negociación fundada en la excepción de la Regla”.- La negociación espontánea del ser humano, se relaciona como la “negociación racional” señalada por Díaz Honores: “La Negociación Racional, puede ser definida como el tomar las mejores decisiones para maximizar el servicio a los propios intereses.”, “Se decide abandonar o continuar con la negociación, buscando evitar más inversión en recursos (tiempo, dinero, esfuerzos, etc.) en situaciones desfavorables a pesar de las decisiones previas, y los costos en los que ya se ha incurrido.”. (DÍAZ HONORES, 2004). Pero, ¿Que es la Negotiatio? -

es la expresión latina de “Negotiation”, el mismo que significa “Negociación”; en referencia a su estado natural; donde el ser humano tranza, dialoga, tertulia, cede y consensua con sus seres semejantes, en un contexto armonioso y real; donde la vida es sentirse bien y la sobrevivencia. Entonces, Díaz refiere: “La Mediación-conciliación es una Negociación Asistida”- por Roque Caivano. (Díaz Honores, 2004). Ahora, la Naturaleza de la Negociación – en la mediación penal, se vincula por la “Excepción a la Regla”; es decir con el Principio natural de “La Exceptio Veritatis & Negotiatio” donde “la Negociación fundada en la excepción de la verdad” ó “La excepción fundada en la verdad y la negociación” - principio natural que consiste en exceptuar algo en merito a la verdad y negociación. Aplicado u orientado a “conflictos penales”, este principio se expresa con la excepción sgte.: “la eximencia de la acción penal y del luspuniendi del estado en mérito y en razón del “acuerdo de solución” y su forma - (Forma entendido en: forma de compensación e indemnización, y forma de formalidad del derecho aplicable.) - Dicho de otra forma: toda “Regla tiene su excepción por naturaleza”, aplicado al Derecho penal por la mediación penal, es la excepción expresada (negociación inherente en la mediación) del “principio de legalidad” (principio rector del derecho penal). Eximiéndose o diluyéndose la responsabilidad penal del ofensor. La verdad que expresen las partes en conflicto, se constituye como única alternativa de procedencia para una posterior negociación con éxito.

III.- LA NATURALEZA DE LAS INFRACCIONES PENALES SUSCEPTIBLES A SER MEDIADOS EN PERÚ : (como primera aproximación).

La naturaleza de las infracciones penales, se aprecia y estima en lo siguiente: En la Naturaleza de la Acción privada, de los delitos por Querella; en la Naturaleza de la mínima criminalidad o delitos de bagatela. (art.2, num.1, letra b).CPP); y en la Naturaleza de la infracciones penales por Faltas. Por tanto, se estima la: naturaleza de acción privada; naturaleza de mínima criminalidad o bagatela; y naturaleza de Faltas e iniciativa de parte.

1. La Naturaleza de la Acción Privada. (Delitos y Faltas).- Los delitos de acción privada, en Derecho procesal penal, se refieren a un tipo de delito que, por no considerarse de una gravedad tal que afecte al orden público de la sociedad, no puede ser perseguido de oficio por los poderes públicos (es decir, policía, jueces o Ministerio público), sino que es necesaria la intervención activa de la víctima como impulsora de la acción de la justicia y como parte en el proceso judicial. Así Ramírez señala: “Acción Privada: es la que solo puede intentarse y proseguirse a instancia del ofendido o del particular damnificado, en los delitos que estipula el código penal.”. (RAMIREZ

GRONDA, 2000). La Querrela, es por el cual la víctima de un delito, ejercita la acción de la justicia. Así por ejm. delitos de acción privada como injuria, calumnia, dónde el injuriado o calumniado es quien busca una sanción a través de la Querrela, a la observancia del ordenamiento jurídico. Los mismos que son susceptibles de mediación privada.

2. La Naturaleza de la mínima criminalidad o bagatela (Delitos).- Decimos que los delitos de mínima criminalidad o bagatela, son delitos que por su insignificancia o poca lesividad a la sociedad, no afectan gravemente el interés público. Así también Oré lo señala: “Escaso impacto social del delito - en estos casos de delitos insignificantes o de poca frecuencia (delitos de bagatela) - es evidente que el legislador posibilita el archivamiento de tales delitos, observando una solución de índole procesal al problema de criminalidad llamada de bagatela.”. (ORÉ GUARDIA, 1996). Entonces, podemos decir que los Delitos de bagatela contenidas en el Derecho Penal. Son delitos que tienen escasa repercusión social, delitos de poca importancia. Así, la bagatela puede ser apreciado desde 2 puntos de vista: 1. Las disposiciones de la ley, que reglamentan las conductas insignificantes. 2. Los Delitos que no se cometen con mucha frecuencia, en consecuencia, hay escasa lesión a los bienes jurídicos de estos delitos, regulados en el art. 2º num.1, letra b). CPP. D.Leg.957 de 2004.

3. La Naturaleza de Faltas e Iniciativa de Parte.- Las infracciones penales por Faltas, están considerado por la doctrina como “delitos no graves”, es decir son infracciones leves a la ley penal. Así Ramírez refiere: “Falta: Infracción Penal de carácter leve, o de mínima criminalidad (delito no grave).”. (RAMIREZ GRONDA, 2000). Como también Cabanellas señala: “Faltas: en el Derecho penal, las acciones u omisiones voluntarias castigadas por la ley con pena leve; por lo cual se han denominado delitos veniales o miniaturas del delito.”. (Cabanellas de Torres, 2003). Así entonces por comprensión, decimos que, las Faltas no agravan los bienes jurídicos de interés público; es viable también que reconozcamos a las infracciones por Faltas- como “criminalidad de bagatela”. Así tenemos, la Denuncia Penal por Falta interpuesta ante autoridad competente - a iniciativa de la voluntad de la persona agraviada o denunciante. Por tanto el ejercicio de la Acción Penal - es de naturaleza privada. Así las faltas serán aquellos actos ilícitos penales que lesionan los derechos personales, patrimoniales y sociales pero que por su intensidad no constituyen delitos. Estando las faltas más cerca de la justicia civil que de la justicia penal.

Conclusión

La naturaleza de repensar sobre los dogmas en materia penal y procesal, frente a la criminalidad creciente; requiere proponer dogmática de mediación penal para el caso peruano, como avance en alternativa de solución. (Instrumento de Justicia Restaurativa con un enfoque humano y garantista). Tales como los dogmas en lo sustancial u objeto, y en lo procesal o método. En cuanto a su Objeto resalta la “autonomía de la voluntad de las personas” y la “Negotiatio”, donde el primer dogma relacionado con otro dogma la Simetría de Poder.- Empoderamiento, trata de la Jus Decisium- siendo facultad potestativa de “poder de decisión” de las personas, originada también del concilio previas a la voluntariedad o iniciativa, que conlleva a la “jurisdicción privada” embestida de la “Libertad humana”. Y el segundo dogma trata sobre la negociación en su estado natural, vinculado al “derecho de libre disposición” de las personas, como el “conflicto penal” fundado en la Exceptio veritatis & negotiatio (la excepción a la Regla), diluyéndose el jus puniendi y extinguiéndose la pena. En cuanto a su Método resalta la “legalidad” y la “oportunidad”, donde el primer dogma relacionado con otro dogma la oficialidad- legitimidad legal (expresado en acta de mediación), a su vez es norma rector del derecho penal. El segundo dogma en su estado natural, es del oportunismo presente en varios institutos jurídicos (circunstancial de tiempo y espacio). Con todo ello, se tiene como primera aproximación de conflictos penales susceptibles a ser mediados: estimados por su naturaleza.- delitos de acción privada, delitos de mínima criminalidad o bagatela, y las contravenciones leves ó faltas.

Bibliografía

- BARUCH BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph P. (1996). *La Promesa de la Mediación*. Buenos Aires: Granica.
- BUNGE, M. (1997). *La Ciencia, su Método y su Filosofía*. Buenos Aires - Argentina: Ediciones Siglo Veinte.
- CABANELLAS DE TORRES, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires - Argentina: Heliasta.
- DIAZ HONORES, J. (2004). *Manual de Conciliación Extrajudicial*. La Molina, Lima-Perú: Edit. ONG "Acción por los Niños".
- GORDILLO SANTANA, L. F. (2007). *“Su principal herramienta: la mediación” en La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*. Madrid - España: Edit. Iustel.

- JARA MINUCHE, C. (1994). " *Constitución del Perú 1993* ". Lima - Perú: Edit. Fecat.
- MALARET, J. (2003). *Manual de Negociación y Mediación*. Madrid- España: Colex.
- Ministerio de Justicia. (2011). " *Compendio sobre Conciliación* ". Lima - Perú: Edit. Justitia.
- ORÉ GUARDIA, A. (1996). " *Manual de Derecho Procesal Penal* ". Lima - Perú: Editorial Alternativas.
- ORMACHEA CHOQUE, I. (1998). *Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial*. Lima - Perú: Edit. Cultural Cuzco S.A.
- Paz, S. S., & Paz, S. M. (01 de Diciembre de 2005). <http://www.justiciarestaurativa.org/news/procesosposibles>. Recuperado el 13 de Julio de 2013, de Justicia Restaurativa.
- PLAZA, H. (2013). Lógica Jurídica. *Argumentación Jurídica*, 23.
- RAMIREZ GRONDA, J. D. (2000). " *Diccionario Jurídico* ". Buenos Aires - Argentina: Edit. Claridad S.A.
- RAMÍREZ VELA, W. (1999). " *Juicios: perdida de Dinero, Tiempo y Salud* ". Lima - Perú: Renalsa S.A.
- RAMOS PERALTA, J. C. (2001). " *Temas Notariales y de Derecho* ". Puno - Perú: Edit. 14 de Setiembre.
- RUBIO CORREA, M. (1994). " *Para Conocer la Constitución de 1993* ". Lima - Perú: Edit. Desco.
- SOPENA, R. (1980). *Enciclopedia Concisa Sopena: Diccionario Ilustrado de la Lengua Española*. Barcelona - España: Editorial Ramón Sopena S.A.
- VADO GRAJALES, L. O. (2002). *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Cordova: Claridad.