

PROCESOS AUTOCOMPOSITIVOS EN EL SISTEMA PENAL. REPARACION, CONCILIACIÓN, MEDIACION. JUSTICIA RESTAURATIVA

LA REFORMA PROCESAL PENAL PARA LA JUSTICIA NACIONAL Y FEDERAL¹.

Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecúen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social. (Art. 22. Código Procesal Penal, Ley 27.063/14)

Este artículo del nuevo Código de procedimientos penal para la Justicia Nacional y Federal, establece un claro lineamiento hermenéutico para las reglas procesales que sanciona, así como una guía para las elecciones de las prácticas que sus operadores realicen en el proceso penal.

Los Jueces y el Ministerio Público deberán ocuparse de incorporar en sus decisiones consideraciones hasta ahora pensadas como ajenas a lo penal, priorizando intervenciones que en cada caso, procuren a *la resolución del conflicto*, se adecúen al *restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social*.

En el art. 12 de la nueva normativa, se prevén varios derechos en favor de la víctima, entre los cuales interesa destacar aquí el referido a su *participación autónoma* en el proceso penal; el de *solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto*, imponiendo a las autoridades el deber de poner *inmediatamente en funcionamiento los mecanismos legales previstos para su tutela efectiva*.

Como instrumentos novedosos se establecen la *conciliación*; la *audiencia de conciliación con intervención de mediador* y la *reparación*, con efectos de extinguir la acción penal (art. 59 Cód. Penal reformado por Ley 27.147/15).

El término conciliación es utilizado en el nuevo Código a veces como *acuerdo conciliatorio* es decir como resultado, otras como *actividad de conciliar*, otras como *audiencia* instancia procesal.

Se menciona como *acuerdo conciliatorio*, al realizado entre imputado y víctima a ser presentado a homologar ante el Juez en una audiencia a la que deben concurrir las partes. Se lo restringe a casos de delitos con contenido patrimonial, cometidos sin grave violencia sobre las personas, o a los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte (arts.34).

También cuando en el art. 30 otorga la facultad al representante del Ministerio Público Fiscal para disponer de la acción penal pública en caso de *conciliación*, término que aquí deberá interpretarse como *acuerdo*.

¹ La Ley 27.063, sancionada el 4 de diciembre del 2014; promulgada y publicada los días 9 y 12 de diciembre del mismo año, aprobó el nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

En cambio la palabra es mencionada con el sentido de *instancia para desarrollar la actividad de conciliar*, cuando el art. 282 impone al Juez la obligación de designar una audiencia en los delitos de acción privada, en la que deberán participar querellante y querellado, y un mediador habilitado.

Sería deseable que esta audiencia se realizara previa confirmación del interés en participar en el querellante y el imputado, evitando burocratizar una interesante oportunidad prevista por la normativa, que da expresa intervención a un tercero preparado para facilitar la comunicación directa entre las partes.

Nada obsta a que esta misma práctica se hiciera en los casos de conversión de la acción pública en privada cuando el Ministerio Público Fiscal aplicó criterio de oportunidad o el sobreseimiento al concluir la investigación preparatoria (Art 33). Aunque sería imprescindible que se explorara previamente el interés del damnificado en participar de una conciliación mediada, atento a que al haber optado por convertirse en querellante es de presumirse su interés en mantener la persecución penal.

Se establece que el mediador deberá ser designado por la Oficina judicial.

Es de esperar que la reglamentación decida oportunamente qué perfil y formación deberán acreditar los mediadores para “habilitarse”, así como de qué organismo dependerán funcionalmente.

Algo más ambigua es la redacción del art. 246, cuando establece que el acusado y su defensa pueden “*proponer reparación, conciliación*”, como cuestión preliminar en la audiencia de control de la acusación. Audiencia en la que participarán el denunciado y la víctima *si correspondiere su intervención* -textual artículo citado-.

Deberá dirimirse si la palabra *conciliación* debe interpretarse aquí como *acuerdo* o como *actividad* de conciliar, aunque en ambos casos conceptualmente requiere la participación de la víctima.

Por definición *conciliar* supone dos partes, su etimología del latín está compuesta por “*con*” que significa *unión* y el verbo “*callare*” que significa *llamar*; y es definida como *poner de acuerdo a los que estaban en desacuerdo, conformar, hacer concordes o compatibles dos o más elementos que son o parecen contrarios*.

La palabra *reparación* que agrega este mismo artículo, es introducida también en la reforma del 59 del Código Penal como causal de extinción de la acción penal, con la expresión de *reparación integral del perjuicio*².

Estas normas dejan abierta la cuestión de si se trata de una opción en favor del acusado, como facultad unilateral que no requeriría el consentimiento de la víctima, aunque *corresponda su intervención en la audiencia*.

Es posible anticipar que la ambigüedad de este artículo producirá más de una discusión en las disputas por su sentido entre los distintos operadores penales.

Si para definir la cuestión se ponderan los derechos de la víctima del art. 22 Código P.P. que participa de la audiencia y se opone a la propuesta de reparación ofrecida por el

² Causales de extinción de la acción penal: Artículo sustituido por art. 1° de la [Ley N° 27.147](#). B.O. 18/06/2015.

imputado, no darle valor a su opinión la ubicará en una posición revictimizante.

Si además se tratare de violencia de género o familiar –soslayando la inviabilidad jurídica actual de las salidas alternativas para esta problemática –, aceptar la reparación en contra de su voluntad, contribuirá a aumentar la naturalización del abuso y a reforzar el patrón violento instalado en esa relación. El sistema jurídico instituido socialmente viene a convalidar la voluntad de quién abusa de su poder en ese vínculo imponiéndola contra la voluntad de la víctima.

Si en cambio para interpretar la *reparación*, han de considerarse que los recursos del Estado en la persecución penal deben concentrarse en quienes no tienen remedio, y no en aquel que asume que ha dañado y tiene la voluntad de reparar, la solución deberá inclinarse en favor de la unilateralidad de la propuesta reparatoria.

Si el derecho es discurso a su lenguaje siempre hará falta otorgarle significación, de modo que se plantea el interesante desafío de cómo hacer una hermenéutica de esta norma que supere la lógica binaria, excluyente.

Que dé lugar a prácticas de aplicación de la reparación en los casos en que por su intermedio puedan protegerse los intereses de uno sin sacrificar o empeorar la situación del otro. Se trata de discernir el resultado óptimo, que brinda mayor utilidad social en situaciones de competencia, como enseña Pareto.

Para pensar la admisibilidad de la reparación unilateral, habría que distinguir casos en que el damnificado se muestre indiferente, no participe y el procesado es consciente que dañó y se ofrece a repararlo. De aquel que no hace ninguna conexión con lo que hizo ni con lo que provocó y tiene como única intención conseguir la impunidad. Más aún cuando el damnificado se expide en contra de aceptar la reparación.

En este caso parece preferible acudir a otros recursos jurídicos como la suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado, que permite atender simultáneamente más de una de las necesidades implicadas.

Toda interpretación es política en tanto justifica, práctica en tanto guía la acción al intervenir. Intervenir es lo que “*viene a estar entre*” la tensión del conflicto que involucra a sujetos sociales que acuden al sistema en búsqueda de soluciones.

Sólo algo nos dirá de la adecuación de una práctica si aporta para resolver y transformar algo de la realidad sobre la que opera. Se trata de evitar la tendencia a respuestas reductivas, manteniendo la posibilidad de sostener algunas tensiones operando en su productividad problemática, en situaciones complejas y singulares de la realidad humana que emerge en un conflicto penal.

Las normativas del nuevo código están en sintonía, aunque con variantes, con las que años atrás sancionaron varias provincias Argentinas, en sus códigos procesales penales y en las Leyes de mediación y conciliación penal.

El estado descriptivo actual de legislaciones puede verse en el Mapa de Acceso a Justicia de la Corte Suprema de la Nación³, y un análisis de algunas de ellas en Eiras Nordenstahl U.C y en Del Val Teresa. M.⁴

³ Un mapa actualizado puede encontrarse el sitio WEB de la Corte Suprema de Justicia <http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/>

⁴ Del Val Teresa M, Mediación en materia penal. Editorial Universidad. 2da edición 2009.

Este trabajo se propone hacer un recorrido conceptual y de los valores que subyacen en las actividades conciliatorias y mediadoras, cuando se las anexa al sistema penal⁵.

Se dejan planteadas aquí cuestiones de interés que han recibido particular atención desde el campo de la Resolución Alternativa de Disputas acerca de:

- Cómo puede entenderse *resolver* conflictos
- Qué significados pueden atribuirse a las metas de “*restablecer la armonía; reconciliar*”, asociadas a resultados de prácticas penales.
- Cómo definir *paz social* como aspiración de una respuesta penal al conflicto

EL ABORDAJE CONSTRUCTIVO DE CONFLICTOS

El Derecho a través de su actividad de ordenación y tipológica confiere a las identidades sociales cierto grado de estabilidad y de confiabilidad de las expectativas de rol y de status ligadas a ellas.

Una función social de la ley, es la de incidir en la construcción de los deseos, necesidades, valores e ideales de los sujetos individuales, moldeándolos para que se ajusten a lo que se espera socialmente de ellos.

Otra no menos importante que nos atañe aquí, es la de resolver los conflictos.

Desde la teoría del conflicto Entelman⁶ ha sido categórico al definir al ordenamiento jurídico como método institucionalizado de administración, prevención y resolución de conflictos que utiliza la fuerza, la violencia.

El concepto de violencia pertenece al orden simbólico del derecho, de la política de la moral, es del plano del constructo en tanto no hay violencia natural o física aunque se utilice la palabra figuradamente para calificar fenómenos naturales.

El servicio que la violencia presta al derecho ha sido estudiado por Walter Benjamin⁷ y es doble. En su origen como violencia fundacional que lo instituye y establece, y durante su permanencia como violencia conservadora que lo mantiene.

La aplicación del derecho como respuesta a los conflictos en general y de las acciones penales en particular, implica la ejecución de esta violencia conservadora, a través de amenazar primero y luego imponer la consecuencia jurídica –en nuestro caso el castigo–, más allá de la aquiescencia de sus actores. También al sancionar e imponer las leyes.

La violencia originaria instituyente es revolucionaria, niega y desconoce el derecho anterior, tiene momentos terroríficos no sólo a causa de los sufrimientos, torturas, sino porque son en sí mismos ininterpretables o indecifrables dice Derrida⁸. Instancia de no derecho, de ley todavía inexistente, que necesitará durante largo tiempo de la producción de discursos, para su auto-legitimación, de modelos interpretativos apropiados para leer retroactivamente, dar sentido y legitimidad a la violencia fundacional.

Eiras Nordenstahl, Ulf Christian Mediación Penal: de la práctica a la teoría. Librería-Editorial Histórica, Emilio J. Perrot, Colección Visión Compartida, Buenos Aires, 2005.

⁵ Highton E.- Alvarez G. Gregorio C. Resolución Alternativa de Conflictos y sistema Penal.

⁶ Entelman F. Remo: Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma. Gedisa. España 2002.

⁷ Benjamin Walter: Para una crítica de la violencia y otros ensayos, Iluminaciones IV, Taurus, 1998.

⁸ Derrida Jacques: Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad. DOXA-11. 1992.

Entre las áreas de gobernanza del Estado, la de la seguridad a través de la policía es *innoble* (Derridá) porque bajo su autoridad *se levanta la distinción entre violencia fundadora de derecho y violencia conservadora de derecho*. La policía inventa derecho, se hace legislativa cada vez que el derecho es lo suficientemente indeterminado como para dejarle esa posibilidad, en su misión de garantizar la seguridad. Es allí donde no se puede discernir entre las dos violencias, una habita la otra en la que se oculta y se vuelve subrepticia

Para Foucault⁹, el Estado moderno conforma una estructura muy sofisticada a la cual los individuos pueden ser integrados bajo una condición: que esa individualidad pueda ser moldeada de otra forma y sometida a una serie de patrones muy específicos. Concretamente, el sistema de las diferenciaciones que permite actuar sobre las acciones de los otros: diferenciaciones determinadas por la ley o por las tradiciones de status y privilegio, diferencias económicas en la apropiación de riquezas y mercancías, diferencias en el saber hacer (*know how*) y la competencia...cada relacionamiento de poder pone en funcionamiento diferenciaciones que son al mismo tiempo sus condiciones y sus resultados.

La gestión gubernamental estaría organizada por las instituciones, procedimientos, análisis y tácticas que permiten ejercer esa forma específica y compleja de poder, más allá del Estado. Tiene por blanco principal a la población, por modo de saber principal a la economía política, y como instrumento técnico esencial al dispositivo de seguridad. El delito es concebido como parte de esta racionalidad gubernamental (Foucault).

Quienes teorizan acerca de las políticas públicas destinadas a la resolución de conflictos, sostienen que desde un análisis social todos los conflictos se tratan de alguna manera alternativa a la decisión de autoridad -a través de la violencia, del abandono, la sumisión, la negociación, entre otros-. Sin embargo solo algunos son funcionalmente equivalentes considerando cierto ideal de moralidad política o social.

Algunos estudios surgidos en los años 1970, tratar la cuestión de cuáles de las varias formas alternativas socialmente disponibles y funcionalmente equivalentes deben fomentarse como política pública en materia de justicia (Peña Gonzalez¹⁰).

Producto de intentar responder a esta cuestión se han desarrollado prácticas, operadores y saberes diversos que configuran un campo que va adquiriendo cierta identidad bajo el nombre inicial de Resolución alternativa de conflictos.

Ha recibido gran impulso por el Estado interesado en promover políticas públicas que aumenten el acceso a la justicia de la población, dando tratamiento a conflictos que no acceden a los tribunales, y a grupos sociales marginales, habitualmente excluidos.

Algunos autores pioneros y reconocidos en este campo en Argentina como Gladys S.

⁹ Foucault Michel: El sujeto y el poder. Epílogo al libro de Hubert L. Dreyfus y Paul Rabinow: Michel Foucault: Mas allá del estructuralismo y la Hermenéutica. Chicago Press University. 1983.

¹⁰ Peña Gonzalez C. Notas sobre la Justificación del uso de Sistemas Alternativos. Revista Universidad de Palermo. Abril 1997.

Alvarez y Elena I. Highton¹¹, consideran que el establecimiento de procedimientos alternativos anexos o conectados con los tribunales, dan lugar a un nuevo paradigma de Justicia, que cambia el ideal de Justicia representado por *un conflicto debe corresponderse a un juicio*, por el de *un conflicto un procedimiento accesible para resolverlo eficazmente*.

Actualmente la realidad existente de los procedimientos para responder a los conflictos, es múltiple y heterogéneo. Co-existe el llamado paradigma adversarial cuyo procedimiento es el juicio y el no adversarial o alternativo, cuyos procesos más conocidos son el arbitraje, el ombusman, la conciliación, la mediación y la negociación y la facilitación. Que responden a lógicas diferentes.

El juicio ubica¹² a las partes en conflicto como contendientes, promueve la competencia con la meta de ganar, en un juego de suma cero delegado en técnicos en derecho.

Parte de una idea de verdad única, a obtener a través de un debate acorde a ciertas reglas procesales admitidas como válidas para develarla, en los que ciertos personajes sociales a quienes se les atribuye el poder y el saber jurídico, atribuyen razón y declaran la justicia. Método que pasará como ideal a las ciencias duras. Se basa en el *derecho como normas* que instituyen títulos de propiedad que confieren facultades *ex ante*.

La disputa o conflicto es pensado como una violación o fractura del orden legal preexistente, el que a su vez es vivido como si fuera natural, casi al modo un *orden cósmico* (Foucault).¹³

Esta concepción preponderante actualmente en las instituciones jurídicas, legitima el quehacer profesional de sus operadores.

En el discurso legal los acuerdos transaccionales son alternativos a lo principal que es el juicio. La formación de los operadores jurídicos, está centrada en habilidades, procedimientos y actitudes para *saber litigar*.

Esta realidad del campo jurídico debería llamar la atención atento que las actividades propiciatorias de acuerdos *-formas anormales* de terminación del proceso dicen todavía ciertos códigos procesales-, son las que se ejercen mayoritariamente en la práctica. La llegada a juicio es minoritaria, y gran parte de los procedimientos penales terminan por negociaciones entre operadores, con mayor o menor participación de víctima e imputado; o por abandono del proceso.

Quedaron a la sombra, prácticas y enunciados referidos a la concepción de la Justicia como una construcción relacional, donde el lazo y la conexión los trazan sus actores a través de una modalidad de intercambio, y compensaciones cuya simetría dependerá de vivencias y valoraciones propias singulares.

Que resolver conflictos se logra la más de las veces creando condiciones para que sean

¹¹ Alvarez, Gladys S. La mediación y el acceso a justicia. Rubinzal- Culzoni, Ed. Highton-Alvarez- Jassan: Mediación y Justicia- Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.

¹² Greco S.; Tapia G. "La Mediación: ¿Dónde está mi adversario?", Publicado en la revista N°1 de la Fundación Libra.

¹³ Peña Gonzales C. Peña Gonzalez, Carlos, Notas sobre la justificación del uso de los sistemas alternativos, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Año 2, N° 1 y 2, abril, 1997.

esos propios actores quienes determinen los intercambios materiales y simbólicos que en su modalidad relacional, les permita restaurar cierto equilibrio alterado por el delito.

Los procedimientos alternativos al juicio conforman un conjunto de prácticas no adversariales que tienen como presupuesto una idea de sociedad intrínsecamente productora de conflictos, y a éstos como esperables.

En las relaciones sociales coexisten zonas de cooperación o convergencia y zonas de competencia o divergencia, de modo que toda relación social es potencialmente conflictiva (Entelman 2002).

De ahí la necesidad de diversificar los procesos y prácticas, de contar con operadores formados como terceros facilitadores imparciales, que responderán a acciones diferentes según conflictos, actores y contexto.

Terminológicamente se distingue *Gestionar* los conflictos para disputas en relaciones interpersonales de cierta permanencia, causados por intereses o necesidades contrapuestas que tensionarán una y otra vez. Se podrá aprender a gestionar esa tensión que nunca se resolverá, puede recurrir una y otra vez, volviéndose conflictiva.

Transformación de conflictos tiene mayor aceptación para conflictos de interés público, que implican a actores como grupos de interés, causados por condiciones socio-económicas que generan distribución injusta de los recursos. Aunque también resulta aplicable a intervenciones restaurativas en caso de daños producidos por el delito, donde lo que se intenta es atenderlos, transformar relaciones, a través de procesos que logren reparaciones, perdón y reconciliación.

La palabra *alternativa* para mencionar este campo de prácticas que aspira a adquirir identidad propia, ha sido casi abandonada por estar referida al juicio como hegemónico.

Los diseños para intervenir constructivamente en los conflictos son pensados por sus cultores como un sistema abierto, que requiere diversificar procedimientos (facil/neg/med/omb/arb/juic), articulando abordajes auto compositivos y adjudicativos.

En función de ciertos indicadores se decidirá adecuar la intervención, en función al ciclo en que se encuentra el conflicto, el perfil de sus actores, las cuestiones a resolver, y el contexto social en el que se desenvuelven.

En ciertas situaciones será más adecuado utilizar procedimientos como la mediación, la conciliación o la facilitación, que prevén la participación de los actores del conflicto en la búsqueda de acuerdos, producción de diálogos, y en su aspiración más alta, promover su empoderamiento, el aumento de su autonomía, y su responsabilización.

En otras producirán todo lo contrario, contribuyendo a invisibilizar desigualdades, a la reproducción de la violencia, siendo más adecuado acudir al juicio con intervención de un tercero con autoridad para esclarecer verdad y declarar derechos.

En el campo de los conflictos que acceden al sistema penal, la propuesta de trabajo debe responder a la cuestión de cómo articular el proceso penal adversarial con la conciliación y mediación, con fines reparatorios, de diálogo, o restaurativas.

Se ha señalado que los procesos de modernización asimétricos, generan marginalidad, cambios en pautas movilidad social, consumo, generaliza la solución de mercado, produciendo conflictividad familiar, contencioso de masas y delitos de bagatela. Se acrecienta la función del estado en zonas antes entregadas a estructuras familiares y de vecinos.

La solución adversarial punitiva puede generar más conflicto y corre riesgo de segregar y generar más marginalidad.

En conflictos por la efectivización del acceso a los Derecho Económicos, Sociales y Culturales (DESC) se deberá recurrir a procesos jurisdiccionales –nacionales o internacionales-, que mediante el poder del derecho, obligue a reconocer legitimidad a los reclamos de individuos y grupos marginados de recursos económicos y sociales. Imponiendo las consecuentes obligaciones a los gobiernos locales, nacionales e internacionales.

Sin embargo las desigualdades producidas por el sistema económico-social, en ocasiones emerge, se hace visible a través de conflictos públicos con ciertos niveles violencia –piquetes, tomas, manifestaciones-. Cuando se le atiende únicamente desde una respuesta jurídico penal, como método de resolución se ha mostrado insuficiente y a veces agravante¹⁴.

El uso de procesos multipartes con intervención de equipos de mediadores y facilitadores, previa intervención de la autoridad, a través del ministerio Público, Defensoría, como instancia previa a procesar la denuncia penal por usurpación, daño, ocupación del espacio público, ha mostrado sus beneficios.¹⁵

O la mediación para tratar un conflicto que estaba siendo investigado en sede penal por un incendio como estrago doloso entre dos familias que compartían un conventillo.

Estos son sólo algunos buenos ejemplos de cómo buenas articulaciones entre sistemas legales y consensuales producto de la disponibilidad y el diálogo entre operadores jurídicos con profesionales RAC, pueden diseñar intervenciones más complejas que operan en distintos planos del conflicto, previniendo su escalada, y organizando la gestión para resolver distintos problemas implicados.

La técnica nunca excederá en sus resultados las determinantes del contexto en el que va actuar, de modo que resultará necesario atender algunas cuestiones centrales respecto de las intervenciones consensuales que ahora se suman al sistema penal nacional:

- Qué se busca al intentar un acuerdo
- Quiénes participarán; cómo participarán
- Qué formación se tornan necesarios en los operadores penales; de qué otros saberes disciplinares se dispone
- Cómo se decide en cada conflicto su aplicación y con qué abordaje

Si la promoción de acuerdos son conducidos exclusivamente por operadores del sistema penal, motivados preponderantemente por la inviabilidad jurídica de la persecución penal,

¹⁴ Casos emblemáticos en Argentina: Zanón en Neuquén año 2000; asambleas populares de vecinos en Esquel, Chubut, por explotación mina de oro año 2002; Caleta Olivia, Santa Cruz, Protestas y ocupación Municipalidad año 2004; recuperación por los trabajadores fábrica Bruckman CABA año 2001, entre otros, han sido analizados por Nató A.; Querejazu, M.G.; Carbajal, L.M.: Mediación Comunitaria. Editorial Universidad. Buenos Aires 2006.

¹⁵ Pueden verse los casos relatados en las publicaciones: Tapia G., Spadoni E., Leivi T. La Facilitación Comunitaria: Una urgencia en los bordes de la facilitación, la mediación comunitaria y la planificación colaborativa. Fundación Cambio Democrático.

Acampando las necesidades. La Trama Virtual. Revista Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de conflictos. N° 24.

con poca participación de los actores del conflicto, los logros estarán entre: desviar el conflicto del sistema penal; disminuir la frecuencia de aplicación de penas; imprimirle rapidez a la respuesta penal; evitar costos de tiempo, energía, dinero.

Si participan los actores del conflicto, con facilitadores y saberes disciplinares específicos, motivados en satisfacer necesidades, sus logros estarán entre producir diálogos, aumentar el compromiso con la solución; el empoderamiento de víctima e imputado, y la resolución del conflicto.

Ambos tipos de búsquedas son valiosas y admisibles con el nuevo código, sólo deberemos saber que responden a intenciones, fines, y prácticas diferentes.

Lo que se necesita es discernir cuándo son más adecuadas según conflictos y actores, para incidir en las metas a las que debe aspirarse según el art. 22 del Cód. Proc. Penal - la resolución, restablecer la armonía y la paz, en los conflictos que ingresan al sistema penal-.

DISTINCIONES CONCEPTUALES ENTRE CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN

La mediación y la conciliación tienen en común ser procedimientos en los que interviene un tercero que intercede para que las personas en conflicto realicen una toma de decisiones negociada.

Pueden hacerse algunas diferencias cualitativas entre ambos como por ejemplo: el mayor o menor poder del tercero para incidir en la toma de decisiones; cómo trabajan con las diferencias; y el nivel de participación que promueve entre los actores del conflicto.

La conciliación penal es una actividad informal, intuitiva y no sistematizada, asumida ocasionalmente por operadores del sistema penal, con el fin de promover acuerdos durante el proceso.

Se trata de un quehacer que se anexa al rol principal de operar el dispositivo ordenado socialmente para esclarecer la verdad y hacer justicia, que representa a sólo uno de los intereses que motorizan el procedimiento penal.

Investidos de autoridad, poder y competencia, el Fiscal tiene por función definitoria incoar la acción penal, el Defensor asegurar que se respete los derechos del imputado y el Juez ordenar y administrar las reglas del procedimiento.

La representación interna que los individuos tengan de esos roles está siempre predeterminada parcialmente por el imaginario social instituido y condicionará la interacción que realicen cuando se encuentren conciliando.

La escucha del conflicto por parte de estos terceros estará construida por lo que se espera de él en el proceso penal. El conciliador actúa evaluando la disputa, llegando a sus propias conclusiones acerca de la solución que le corresponde, en función a cierta racionalidad jurídica y saber práctico, la que es propuesta a los participantes para que la acepten o rechacen. Para inducir, persuadir y convencer de la bondad de la solución ofrecida, incidirá necesariamente también el poder y el saber atribuido al operador por parte del imputado y el damnificado.

La conciliación en el proceso penal tiene como meta principal la de negociar el destino de la acción penal. La idea de mejor resultado para cada caso, depende de ponderaciones técnicas acerca del probable resultado en juicio, y de percepciones sobre

las que fiscal, defensores y jueces, intentarán incidir recíprocamente.

La opinión del imputado es consultada entre opciones limitadas -ir a juicio, aceptar la propuesta fiscal, o proponer algunos limitados cambios. La opinión de la víctima en algunos supuestos, hasta podría ser contradicha.

En la experiencia en Bolivia las cuestiones referidas a la aplicabilidad¹⁶ de la conciliación penal, son pensadas por algunos así: *deben considerarse los objetivos que persigue el sistema y los objetivos que buscan las partes. El objetivo desde el punto de vista del sistema es resolver la mayor cantidad de causas con el menor costo posible, resguardando el cumplimiento del debido proceso. Los objetivos para el fiscal en los hechos son, por un lado, obtener la mayor cantidad de condenas, y por otro lado, disminuir su carga de trabajo, despachando rápidamente los casos que lo ameriten. Para la víctima los objetivos pueden ser el castigo del infractor o bien la reparación del daño, incluso más allá del perjuicio sufrido. Para el imputado y su defensor el objetivo es librarse de cualquier responsabilidad o en el peor de los casos obtener el mejor arreglo posible mediante un acuerdo conciliatorio.*

Recomiendan descartar la conciliación cuando se trata de sujetos reincidentes (por ej. que estafan profesionalmente), con el objetivo de interrumpir su carrera criminal y evitar que la conciliación se convierta en un cálculo de costo-beneficio para el delincuente. (Si de 10 estafas cometidas se llega a procesar por una sola, devuelve el monto estafado, queda libre y con la ganancia de las otras 9 estafas).

El hecho es delito, hay un imputado conocido y posibilidades de realizar una investigación conducente. Si la fiscalía no tiene un caso sólido, será difícil que el imputado acepte la conciliación, pues lo más probable es que decida irse a juicio. En contrapartida, si se cuenta con un caso que tenga probabilidades de éxito, el imputado optará por proponer la reparación.

El interés concreto de la víctima es superior al interés estatal de persecución, porque la reparación parece ser la mejor solución del conflicto. En estos casos si el fiscal no acepta la conciliación, deberá fundamentar en audiencia su oposición ante el juez, ya que si no existen motivos para su oposición, el juez debe valorar el derecho de reparación de la víctima y la economía y eficiencia del sistema.

La víctima declara sentirse reparada con lo que el imputado está dispuesto a dar, hacer, o no hacer. En este caso, lo que prevalece es la satisfacción de la víctima, más allá de que la reparación sea menor o no cubra la totalidad del daño. Será aconsejable en todo caso evitar que este mecanismo se convierta en una forma de impunidad, por ejemplo quien reiteradamente roba celulares se podría beneficiar con la sola devolución del celular sustraído una y otra vez, en tal caso el Ministerio Público debe procurar aplicarle otro tipo de salidas alternativas que busque o procure que no vuelva delinquir.

¹⁶ Bolivia Código Procesal Penal. GUÍA DE SOLUCIONES DE PROBLEMAS PRÁCTICOS EN SALIDAS ALTERNATIVAS (Artículo 88 NCPP)
http://www.procedimientopenal.com.bo/sal_alter/art_308.htm#arriba

La mediación a diferencia de la conciliación busca crear condiciones de participación para el damnificado y el imputado, quienes actúan personalmente, hablando con su propia voz. El objetivo es que reflexionen sobre la situación que derivó en la acción penal, así como sobre sus efectos, y necesidades. Pensando opciones propias, singulares, que les permita avanzar en una toma de decisiones consensuada.

La mediación es por ley un procedimiento confidencial, de modo que lo que diga la víctima o el imputado no los ubicará negativamente en el proceso penal. El mediador está eximido de declarar como testigo, amparando las leyes su secreto profesional.

La meta de la mediación es la autocomposición, el rol del tercero mediador es facilitar condiciones para el diálogo entre los actores del conflicto, perturbando la interacción conflictiva actual, a fin de crear aperturas comunicacionales para que las personas activen su capacidad para pensar lo que necesitan, más que lo que no quieren o no están de acuerdo¹⁷. Lo que necesita la otra parte del conflicto, e incluir ambas necesidades en una salida ideada por ellos y para ellos, aumentando su autonomía y empoderamiento. Si se alcanza una solución ésta les pertenecerá, volviendo más sustentables los acuerdos. La información y el análisis procesal de probabilidades de resultado del proceso penal, debe estar disponible a fin de que cada uno pueda considerarlos como criterio de realidad, para decidir si y qué salida alternativa le conviene.

No implica necesariamente la participación directa en la mediación de los profesionales de fiscalía o defensa. Pueden dar su asesoramiento afuera de la mediación, antes o durante, o cuando están por llegar a un acuerdo evaluando la propuesta antes de que sea suscripta. En determinadas circunstancias personales víctima o imputado necesitarán ser acompañados por profesionales de asistencia a la víctima; abogados defensoría y fiscalía.

La mediación es muy recomendable cuando el delito es entre actores que mantienen relaciones permanentes –familiares, vecinales, societarias-. Su enfoque en el diálogo tiene potencial para generar conciencia sobre la manera en que participa cada parte en las dinámicas conflictivas, incidiendo en su modificación.

El mediador debe mantenerse imparcial, lo que significa que no puede tener interés en la resolución de la disputa, y que además no puede operar desde sus propias ideas y valores.

Para ello desarrolla destrezas comunicacionales específicas, que se adquieren a través de una permanente capacitación y revisión de la práctica.

Este posicionamiento antes denominado *neutralidad*, es mejor definido como *multi-parcialidad*. Se trata de una fuerte actividad interventiva que se ocupa de explorar los significados que cada participante atribuye a la situación desde su parcial posición. De visibilizar la pluralidad de relatos; de explorar la ambigüedad y de demorar la toma de decisiones. Debe atender el distinto sentido que tienen las cosas para cada uno, validando las diferencias y legitimando las personas.

La identidad del mediador como tercero facilitador de la comunicación, se promueve a través de regulaciones específicas que establecen incompatibilidades estrictas para intervenir en determinados casos, reglas de excusación y recusación similar a los jueces.

¹⁷ Greco S., Vecchi S. Prácticas sociales en RAD. Trabajo de próxima publicación.

La mediación presupone cierta igualdad en el posicionamiento de los sujetos, así como la posibilidad de realizar intercambios que impliquen decidir con cierta libertad, conciencia y valoración de los intereses propios.

El conflicto que llega a sede penal a veces, se da en un marco de cierta simetría cuando por ejemplo se da en relaciones familiares o comerciales o vecinales. Quien denuncia primero logra legitimarse socialmente y ubicar negativamente al otro, aunque podría suceder a la inversa¹⁸. De ahí que la terminología de víctima que sin distinciones hace el sistema penal resulte engañosa. Cheques sin fondo, defraudaciones o estafas entre socios, hermanos; amenazas, lesiones leves entre vecinos; impedimento de contacto entre padres.

En estos casos la mediación es recomendable en su enfoque en el diálogo, pues abrirá los temas a cuestiones más amplias que propongan las partes, más allá del objeto penal. Cuando en cambio las partes no deseen involucrarse en un diálogo y tienen interés en terminar con la instancia penal, será suficiente una concepción “*reparativa*” de mediación o también la conciliación, enfocadas en la indemnización del daño.

También en casos de daños producidos por robos o hurtos en relaciones ocasionales, o en accidentes de tránsito, cuando no derivaron en lesiones graves o muertes.

En otros supuestos que acceden al sistema penal, la conducta del imputado dañó, vulneró y violentó al damnificado, en un acontecimiento que la tornó víctima, perdiendo capacidades y recursos internos así como cierto sentido de control sobre su vida.

Muchas veces quien realizó el acto es a su vez parte de grupos o colectivos vulnerados socialmente, que viven en condiciones de déficit educativo, económico, de salud. Estos casos requieren un trabajo más integral propio de abordajes *restaurativos*, en los que participan las partes del conflicto penal, y pueden integrarse círculos relacionados con las partes como la familia, escuela, y otras redes sociales. También otra preparación en los facilitadores¹⁹ y en los operadores del sistema penal.

A menudo la mediación penal, implicará un componente de rendición de cuentas en un nivel adecuado que está ausente en la mediación por conflictos no penales²⁰.

Las circunstancias subjetivas y variables en cada situación, necesitarán de la creación de condiciones diferenciales y de un trabajo previo apropiado, para que cada participante se empodere, se involucre, entre en diálogo primero consigo mismo, desarrollen habilidades sin lo cual difícilmente pueda participar.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA. ENFOQUES DE RESPUESTA AL DELITO

Luego de una acción que daña a otro, la justicia ha de tener lugar. Dar lugar a la justicia

¹⁸ Caram María Elena, El Espacio de la Mediación Penal. La Trama Virtual. Revista Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de conflictos. N° 1 Octubre. 2002.

http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=1&ed=1

Risolia Matilde “El Caso en Materia Penal”. La Trama Virtual. Revista Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de conflictos. N° 1 Octubre. 2002.

¹⁹ Jakov Beni, Justicia Restaurativa: Delitos transgeneracionales y círculos familiares. Conferencia en la Escuela Judicial del Instituto Superior de la Magistratura; Buenos Aires, 23 de Agosto 2006.

²⁰ Howard Zehr, Entrevista por Virginia Domingo de la Fuente Revista Criminología y Justicia. “Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el derecho perdido”.

implica establecer una relación con los victimarios, es decir que toda justicia supone una ley común y un lazo de humanidad. La justicia es así concebida como una relación y como una relación de humanidad (Martin Lucas G.)²¹.

La búsqueda de justicia en respuesta al delito se ha instaurado socialmente a través de prácticas e instituciones que responden a enfoques y concepciones diferentes, el retributivo y el restaurativo.

Para la justicia restaurativa, el crimen es definido como una herida a la comunidad, un daño a las relaciones, las relaciones dañadas son tanto causa como efecto del crimen.

Subyace una fuerte idea de interdependencia, de red como elementos entrelazados donde hay funciones, obligaciones. Cuando sucede un daño éste expande sus consecuencias a toda la red.

Los elementos principales de la justicia restaurativa son los daños, las necesidades, las obligaciones y la participación.

Por “proceso restaurativo”²² se entiende aquel en que la persona que sufrió el daño, su autor y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución, con la ayuda de un facilitador.

Son resultados restaurativos la reparación, la restitución, el perdón y el servicio a la comunidad, siempre y cuando se encaminen a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente. Es esta específica finalidad lo que marca el sentido de lo restaurativo de prácticas que también suelen utilizarse con la limitada finalidad de terminar con el proceso penal.

Las prácticas con finalidad restaurativa, no se consideran adecuadas en casos de las personas niegan su responsabilidad; o cuando se contradicen con la protección de derechos humanos; o en aquellos delitos contra la humanidad que no son manejables a través de respuestas relacionales de transacciones inter-partes (Howard Zehr 2006²³).

Son²⁴ objetivos de las prácticas Restaurativas, que quien ofendió y quien fue ofendido entre en relación con “el otro” y se enfrenten con la dimensión humana del conflicto. Que quien infringió la ley concientice la inaceptabilidad de su comportamiento así como su dimensión consecuencial y tenga la oportunidad de reparar los daños causados, recibiendo ayuda para la atención de sus problemas y para la construcción de nuevas

²¹ Martin Lucas G. Regímenes criminales, refundaciones democráticas y formas de Justicia (Argentina, Sudáfrica, Uruguay) en Hilb C.-Salazar Joseph- Martin Lucas G. (Editores) *Lesas Humanidad Argentina y Sudáfrica: reflexiones después del Mal*. Katz Editores. Buenos Aires. 2014.

²² Declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social Distr. General. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal Viena. 2002.

www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_11/E-CN15-2002-05-Add1/E-CN15-2002-5-

²³ Howard Zehr, Entrevista por Virginia Domingo de la Fuente Revista Criminología y Justicia. “Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el derecho perdido”.

²⁴ Documento Proyecto Piloto Diálogos Restaurativos para jóvenes en conflicto con la ley penal. Ministerio Público de la Defensa. Programa de Resolución Alternativa de Conflictos. 2014.

habilidades relacionales.

Que quien vive un acontecimiento victimizante tenga oportunidad de verbalizar lo sucedido, su manera de entender y vivir los perjuicios sufridos, en un espacio preparado para la escucha, tenga la oportunidad de recuperar cierto sentimiento de control sobre su propia vida, que el delito viene a afectar. Que ambos participen de un intercambio facilitado, en una instancia individual primero, pensar, reflexionar, definir y proponer, para luego consensuar con el otro, ciertos intercambios materiales o simbólicos que les permita restituir el sentido de equilibrio y de igualdad relacional, alterados por el delito. En el mejor de los casos, el proceso puede provocar que los responsables no solamente asuman la responsabilidad sino que también experimenten una transformación cognitiva y emocional que mejore su relación con la comunidad y, dependiendo de las circunstancias particulares, con la víctima y la familia de esta.

El comportamiento pasado de los individuos y sus consecuencias son una preocupación central, si un sujeto entiende y acepta la responsabilidad por las consecuencias de sus acciones tiende a afectar su comportamiento futuro.

El hecho de verse a sí mismo como víctima no absuelve al ofensor de la responsabilidad por su comportamiento delictivo, aunque no se puede esperar que el comportamiento cese si no se trata antes este sentido de victimización.

A veces basta simplemente con que se reconozca esta visión que tienen de sí mismos como víctimas. En otras ocasiones esta visión debe ser cuestionada. En otras hasta que no repara el daño causado, no alcanzan a concientizarla.

Tratar las causas del crimen obligará a explorar las experiencias de victimización o traumas vividos, si no son tratados adecuadamente, se reproducen en las vidas de quienes lo experimentaron, en sus familias e, incluso, en las generaciones futuras.

El trauma es una experiencia central, no sólo en la vida de las víctimas, sino también en la de muchos ofensores, si bien las realidades del trauma no deben ser usadas para justificar la ofensa, sí tienen que ser comprendidas y tratadas.

Desde una concepción *transformadora* los procesos restaurativos se diseñan también para poner la atención en la injusticia individual y estructural como causas del delito.

Se busca identificar e intentar atender las causas subyacentes del crimen (pobreza, alcoholismo, etc.), buscando un tipo de transformación en el ofensor y la víctima, aun cuando se trabaja para acercar algún cambio a las condiciones sociales del contexto que favoreció la realización de la falta.

La mediación, la conciliación y la negociación, son considerados instrumentos para efectivizar procesos restaurativos, aunque la Justicia Restaurativa es más amplia en tanto es una concepción, un enfoque que guía la utilización de aquellas.

Para aplicar un proceso restaurativo, es necesario que haya existido el delito, que sea admitido por su autor y que desee repararlo, de ahí que su diccionario utiliza los términos víctima para quien sufrió el daño y victimario u ofensor para quienes lo causan.

Su utilización cuando no existe delito o hay ausencia de pruebas para el procesamiento

de alguien²⁵ es conceptualmente controvertida, sin embargo algunos programas aceptan intervenir a través de la mediación con enfoque en el diálogo, en el encuentro, cuando los dos partes lo desean, y se trata de conflictos entre vecinos o familiares.

Resumen (Zehr H.) de puntos comunes y diferentes entre una respuesta clásica retributiva penal y una restaurativa:

- Ambas teorías de la justicia reconocen la intuición moral básica de que el delito implica una ruptura de un equilibrio
- Como consecuencia la víctima merece algo y el ofensor debe algo
- Ambos enfoques sostienen que debe haber proporcionalidad entre el acto y la respuesta
- Difieren en el tipo de respuesta que piensan para restaurar el equilibrio
- La retributiva piensa que el dolor infligido por el castigo reinvidicará la injusticia cometida, lo que en la práctica se ve que resulta contraproducente tanto para la víctima como para el ofensor
- La restaurativa entiende que lo que reinvidica es el reconocimiento del daño sufrido y las necesidades de quien lo sufrió, combinado con un esfuerzo activo por instar al ofensor a asumir su responsabilidad, enmendar el mal cometido y tratar las causas de su comportamiento
- Al abordar la necesidad de reivindicación –entendida como recuperar algo a lo que se cree tener derecho o a la propia verdad o de la legitimidad del daño- la justicia restaurativa tiene el potencial de apoyar tanto a la víctima como al ofensor, ayudándoles a transformar el conflicto y la experiencia de respuesta penal, en una oportunidad para transformarse

ALGUNAS DISGRESIONES SOBRE LOS CONCEPTOS DE REPARACIÓN. PERDON. RE-CONCILIAR. PAZ

Desde disciplinas psico-sociales que se han ocupado del tema en relación al delito, Martínez²⁶ señala que *reparar tiene como significado etimológico renovar, reconstruir, disponer de nuevo. En términos corrientes alude a enmendar algo que se ha padecido o que se ha dañado. Para ello hacen falta actos de distintas dimensiones simbólicas y materiales, de acuerdo al tipo de daño y a quiénes son los ejecutores y los destinatarios del mismo. La reparación está indisolublemente ligada a la posibilidad de justicia, es decir, no hacer lugar a la impunidad.*

Está claro que resulta imposible para las personas afectadas borrar la agresión que las ha violentado, hay algo de lo irreparable en los daños graves que se sufren. Pero es

²⁵ Manual sobre Programas de Justicia restaurativa. Naciones Unidas. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO Viena. Nueva York, 2006.

²⁶ Martínez Victoria, Consideraciones Interdisciplinarias acerca de los Adolescentes para la implementación de Prácticas Alternativas a la privación de libertad. En Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Publicación de la Secretaría de Derechos Humanos. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires. 2010.

Vetere, Daniela, La Justicia Restaurativa como un imperativo para la construcción de un sistema de Justicia Juvenil acorde a las obligaciones del Estado. La trama Revista interdisciplinaria de Mediación y Resolución de Conflictos. Nro 37. Mayo 2013.

cierto también que la justicia debe habilitar los caminos para las distintas dimensiones de lo reparatorio, tanto material como subjetivamente.

Este es un rol fundamental de la justicia en la comunidad, la dimensión simbólica que repara un daño real en todos los actores involucrados: culpables y víctimas, y la comunidad toda. Así, el proceso de responsabilización debe habilitar la posibilidad de reparación. Es necesario considerar que la reparación es también una operación psíquica.

Zehr Howard, práctico y teórico de la Justicia Restaurativa, coincide en destacar para muchos casos la importancia que tiene el valor simbólico de *la restitución*, para producir un cambio en el imaginario de la víctima de haber contribuido a que ocurra el delito. También para que puedan reformular los posicionamientos subjetivos de víctima y de victimario, de inmenso valor cuando de relacionamientos sociales se trata. *Cuando el ofensor hace un esfuerzo para reparar el daño causado, aunque sea de manera parcial, en cierto modo está diciendo: "Reconozco que yo soy responsable y que tú no tienes la culpa". De hecho, la restitución es un signo o síntoma de una necesidad más básica: la necesidad de reivindicación.... se trata de una necesidad básica que todos tenemos cuando sufrimos una injusticia. La restitución es sólo una de muchas formas de satisfacer esta necesidad de "quedar a mano".*

Desde un punto de vista existencial donde se hizo un daño surge la culpabilidad, incluso si no hay rastros de ella, conscientes o inconscientes, en el agresor.

Esta culpa tiene que ser reconocida y ese reconocimiento es traumático por las consecuencias para el yo con relación al otro. La conciencia de esa culpabilidad es una cosa y la culpabilidad según la ley otra diferente (Galtung en cita de Martín Buber²⁷).

La práctica ha mostrado que reparar económicamente para algunos es posible, en cambio no lo será enfrentarse con la víctima. Escuchar al otro que ha sido testigo de un mal comportamiento devuelve una imagen de sí no siempre posible de ser tolerado.

La restitución puede estar limitada a la reparación material como transacción económica contractual, cuyo fin es reinstaurar *el statu quo ante* a través de un valor proporcional.

Galtung la considera admisible cuando la violencia es reversible, y recomienda agregar algo más que el valor del bien sustraído. Cuando se han producido daños que tienen raíces profundas, cualquier restitución bordea el insulto, añadiendo violencia a la violencia, intentando comprar la liberación de su culpa.

Cuando *reparar* es la meta de prácticas conciliatorias o mediadoras, previamente se deberá analizar y reconocer con los participantes si es lo que buscan, y comprender si es el camino adecuado. Para que suceda es ineludible la voluntariedad de quien la pide como de quien la otorga, pues se trata de una transacción espiritual psicológica (Galtung).

El acto de pedir perdón también puede satisfacer esta necesidad de que se reconozca el daño sufrido por la víctima. Para perdonar es preciso compartir el lenguaje, ponerse de

²⁷ Galtung J.- Bakeaz- Gernika Gogoratuz: Tras la violencia, 3R: Reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia. 1998. Comisión Europea.

acuerdo sobre la naturaleza de la falta, sobre quien es el culpable, de que mal hacia quien.

El perdón puede entenderse como aquel acto o decisión que permite responder a la vez tanto a las exigencias de la memoria como a la urgencia de la restauración de la vida en común.

Quienes como Derrida²⁸ teorizan sobre el perdón, señalan la difícil sino imposible tarea de cerrar una herida, dejar una marca, y seguir adelante, porque lo que queda no puede ser sólo el recuerdo de una ausencia.

De ahí la importancia del espacio para narrar, poner en palabras, transitar un recorrido, social comunitario con la presencia de una instancia institucional, se trata de un hacer en común.

No tiene nada que ver con el juicio, ni con el espacio público, ni con el derecho, sólo la víctima puede hacerlo y no una institución tercera. Puede haber juicio y condena sin perdón, y a la inversa.

Bavelas²⁹ desde el microanálisis comunicacional, para la disculpa que homologamos aquí al perdón, refiere una secuencia: ofensa, remordimiento, disculpa, aceptación de la disculpa, reconciliación.

Empatía y disculpa se asemejan en que ambas incluyen un “lo siento”, pero se distinguen en lo esencial, que es tomar responsabilidad por el acto, ubicándose como agente: “lo siento te he lastimado”. La empatía se queda en un “lo siento” y puede seguir con un “yo no fui responsable o no me dí cuenta o...”.

Como acto de habla destinado a producir efectos relacionales, el perdón tiene requerimientos. Debe incluir la acción de la ofensa, su especificación –lo siento te he lastimado; te he insultado; te he robado...-, y no hablar genéricamente de lo que “te ha pasado”. Debe incluirse como sujeto de la acción, “yo te he...”.

En ocasiones no se logra producir porque no se habla correctamente, no se frasea bien la disculpa; porque la persona que la hace tiene intención de engañar, no la utiliza éticamente; o en trabajos experimentales en laboratorios donde cualquier acción tiene consecuencias y la concatenación de causas humanas y técnicas no siempre puede determinarse.

El perdón para Derrida³⁰ es condicionado o puro incondicional.

El primero trata de una experiencia que enfrenta a dos en una relación cara a cara, como por ejemplo víctima y victimario y está al servicio de una finalidad.

Se sostiene en una lógica del intercambio de modo que es condición que sea pedido, seguido de arrepentimiento que atestigüe conciencia de la falta, que haga la transformación del culpable, quien se comprometerá a hacer todo para evitar el retorno del mal (Derrida).

La reconciliación podrá ser el resultado final de un proceso de perdón. O producirse sin

²⁸ Derrida J: El siglo y el perdón. Entrevista con Michel Wieviorka. Ediciones de la Flor. Buenos Aires 2006.

²⁹ Bavelas, Beavis Janet, Apuntes Seminario Herramientas Comunicacionales Microanálisis. Fundación Interfas. Buenos Aires. 2004.

³⁰ Derrida J: op cit. Nota 27.

perdón si la víctima “comprende” al quien lo ofendió, intercambia, habla se entiende con él. Aún si no le perdona a alguien que pide perdón, pero a quien comprende y le comprende, entonces ha comenzado un proceso de reconciliación.

En cambio el perdón incondicional, es gratuito, infinito no económico, concedido al culpable en tanto culpable, sin contrapartida incluso a quien no se arrepiente o no pide perdón. Para tener sentido no debe tener ningún sentido incluso ninguna finalidad, ninguna inteligibilidad, es una locura de lo imposible. Se trata del perdón como un don gratuito, sin intercambio e incondicional.

Coinciden los autores que el perdón no debería ser ni normal, ni normativo ni normalizante, para el perdón normalizar no es una meta, como respuesta es decir volver a la situación anterior que generó violencia.

Debe permanecer excepcional y extraordinario sometido a la prueba de lo imposible, si hay algo para perdonar sería lo peor, el daño imperdonable.

Hay una zona de la experiencia del perdonar o no perdonar que debe permanecer inaccesible, respetarse ese secreto.

Puede imaginarse que alguien víctima de lo peor, en sí mismo en los suyos en su generación o en la precedente, exija que se haga justicia, que los perpetradores sean condenados y sin embargo en su corazón perdone.

Restauración a través de reparación, perdón, reconciliación, requiere entender el valor de la participación como diálogo, como espacio social donde sujetos también sociales, puedan hablar, ser escuchados, desplegar su voz la propia palabra. Diálogo en el sentido de conversar *-versar con otro-*³¹, sin substitución por otro, ni imposición de una idea, ni colonización de algún discurso moral o jurídico que se vuelva dominante.

El psicoanálisis ha destacado la imprescindibilidad de la palabra del lenguaje como acceso a la subjetividad, a que los sujetos se involucren, quedando desestimada esa posibilidad cuando es hablado por otro - defensor, juez, testigos-.

Gerez Ambertín³² en sus estudios de casos penales, explica que cuando se comete un delito hay un desdibujamiento de la culpa, entendiendo la culpabilidad como el registro de esa falta en la subjetividad. Del registro subjetivo de que hay algo que opera como límite y por lo que es preciso responder, no sólo ante el foro externo, sino fundamentalmente desde y ante el foro interno.

Tener vergüenza, tener remordimiento, tener culpa, supone cierta posición del sujeto ante la ley, y es necesario que el autor pueda subjetivizar la culpa y asignar significación a su acto.

La *paz* como derecho humano, ha sido motivo de declaraciones internacionales en una

³¹ Hamelink Cees J., considera que la comunicación como interacción en su modalidad de *conversación y diálogo*, y su trascendente función para la coordinación de acciones entre personas, grupos culturales, debería ser declarada esencial en su concepción de los derechos humanos. Hamelink Cees J. “*Hacia un derecho Humano a la Comunicación*”.

³² Gerez Ambertín, M: La culpa en el sujeto de la pena. La Trama Virtual. Revista Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de conflictos N° 1 Octubre. 2002

concepción holística como ausencia de todo tipo de violencia, sea violencia armada, estructural o cultural.

La Declaración de Santiago³³ en su artículo segundo, establece como derecho humano *el de ser educado y socializado para la paz, y para ello la importancia de facilitar la resolución no violenta de los conflictos. Toda persona tiene derecho a solicitar y adquirir competencias útiles con el fin de participar en la transformación o prevención y resolución creativa y no violenta de los conflictos a lo largo de su vida. Estas competencias deberán ser adquiridas a través de la educación formal y no formal.*

Desde el campo de la Resolución de los conflictos, Howar Zerh sostiene que la paz no se caracteriza por la ausencia del conflicto, -en la cultura china representada por los ideogramas de riesgo y oportunidad-, sino por la presencia de alternativas creativas de cómo manejarlos.

Galtung³⁴, define el camino hacia la paz como la capacidad de manejar los conflictos con empatía, no violencia y creatividad.

A partir de estudios de conflictos violentos y guerras, señala que la palabra paz se confunde con la ausencia de violencia directa -cese de la guerra-, cuando el trabajo de hacer y construir la paz, está a punto de comenzar. La violencia directa, física o verbal, es visible en forma de conductas, pero no nace de la nada sino de una cultura (heroica, patriótica, patriarcal, etc.), y una estructura que en sí misma es violenta por ser demasiado represora, alienadora explotadora, demasiado dura o laxa para el bienestar de la gente.

Esta perspectiva rechaza como malentendido común el que la violencia esté en la naturaleza humana, el potencial para la violencia como para el amor está en la naturaleza humana, pero las circunstancias condicionan la realización de ese potencial. La paz puede construirse trabajando para transformar la cultura y la estructura, en tanto los tres planos son interdependientes y se retroalimentan.

La sanción penal como única respuesta institucional al delito ha mostrado su insuficiencia para prevenirlos, y más aún para incidir en su la resolución, en restablecer la armonía entre las partes y la paz social (art. 22 CPPN).

Recordemos que históricamente el propósito primordial de la restitución institucionalizada era evitar la violencia de las represalias contra el delincuente ofreciendo una reparación más civilizada.

Metas como las de restablecer la armonía y la paz pueden también ser entendidos como evitar contribuir a reproducir la violencia con la aplicación estandarizada de la respuesta retributiva a conflictos que pueden ser mejor atendidos con métodos auto-compositivos.

Con la reforma procesal penal será posible complejizar la respuesta al conflicto, extendiéndola desde la medida de control que implican la recepción de la denuncia o la

³³ Declaración de Santiago sobre el derecho humano a la paz. Santiago de Compostela (España), 10 de diciembre de 2010

³⁴ Galtung J.- Bakeaz- Gernika Gogoratz: Tras la violencia, 3R: Reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia. 1998. Comisión Europea.

prevención, a medidas reparatorias de sus efectos dañosos, hasta los más ambiciosos de transformar el desbalance en las relaciones causado por el delito, a través de prácticas restaurativas, de perdón y reconciliación.

La conciliación y la mediación según cómo se implementen, tienen el potencial de crear condiciones para que los sujetos del conflicto penal transiten estos distintos procesos según el que se identifique como más adecuado.

Claro que se requerirá disponer de recursos y de operadores debidamente preparados para aportar desde su rol -mediadores/facilitadores, Fiscales, Defensores y Jueces-, conocedores de las diferencias de cada enfoque, y de la necesidad de poder discernir según los conflictos y actores.

ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

La reparación, la conciliación y la mediación dentro del sistema penal, pueden ser utilizadas como instrumentos para resultados diversos.

Existen muchas implementaciones posibles y una sistematización que considera la relación con el sistema de justicia penal; el grado de formalidad; la posición en relación al uso del castigo; participación de los abogados, de los funcionarios de la justicia penal; de la comunidad; de la víctima y su asistencia; dirección y gestión del programa; enfoques, puede verse en el Manual sobre Programas de Justicia restaurativa elaborado por las Naciones Unidas³⁵.

Para que las prácticas consensuales previstas en la reforma procesal penal nacional, generen innovación y brinden su mayor potencial para resolver conflictos, deberán perturbarse algunas dinámicas del sistema penal tradicional que tienden a reproducirse.

Para lo cual es ilustrativo recordar la génesis de la introducción de la RAD en Argentina, que conforme con la tendencia internacional del momento en Latinoamérica se introdujo a través de las reformas Judiciales de los años 90 en el marco de una *concepción eficientista*³⁶.

Se concibió a la conciliación y mediación como dispositivos para el procesamiento por parte del Poder Judicial, de mayor cantidad de reclamos/denuncias/acciones penales en menos tiempo y costo.

Los resultados alcanzados no son posibles por fuera del dispositivo que las ha organizado, y los enunciados para un territorio, una época, que instalaron ciertas líneas de visibilidad, respecto de un saber y poder que se ha apoyado mayoritariamente en las bondades de la *eficiencia* como balance entre los *costos* y *beneficios* de mecanismos para el acceso a la justicia

En Argentina, sus normativas han sido coherentes con la priorización del balance economicista en los aspectos substanciales: la estandarización de prácticas priorizando el acuerdo como meta por sobre el diálogo y la restauración; la exclusión de la

³⁵ Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa. Naciones Unidas. Oficina contra la droga y el delito Viena. Nueva York, 2006. También en Highton E.- Álvarez G. Gregorio C. "*Resolución Alternativa de Disputas y sistema Penal*". Ad Hoc. Bs.As. 1998.

³⁶ Greco Silvana, Tesis de doctorado en elaboración. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.

intervención como mediadores o facilitadores de otras profesiones sociales; la instalación de un modelo de formación instructivo instrumental ³⁷ que resiste la inclusión de saberes, teorías e investigaciones sociales especializadas en los distintos contextos, conflictos, actores y relaciones de base, en los que los mediadores y conciliadores deben actuar.

No es de extrañar que la observación empírica³⁸ haya mostrado que la mediación parece brindar su mayor aporte al sistema penal, asociado a imprimirle más rapidez de respuesta a las denuncias y prevenciones penales; a permitirle procesar casos que sino no encontrarían respuesta, así como para conseguir acuerdos que saque el caso del sistema penal; como también disminuir la frecuencia de aplicación de penas. Objetivos por cierto importantes y valorados.

Menos éxito ha alcanzado en darle voz a los actores del conflicto penal –damnificados y ofensores- y a facilitar diálogos que transformen la interacción conflictiva, incidiendo en la recurrencia del conflicto. Objetivos también importantes y necesarios si se quiere buscar resolver, reestablecer armonía entre sus protagonistas y promover la paz social (art. 22 C.P.P)

Pertinente con la pregnancia de la perspectiva eficientista un relevamiento de prácticas en programas de mediación penal en Argentina ha encontrado dificultades ³⁹ respecto de:

- Excluyente incidencia de la política criminal en la selección de los casos que van a ser tratados por conciliación o mediación, más por la presión de la imposibilidad material de procesarlos que por su adecuación al abordaje consensual. Claramente se observa la mediación como dispositivo anexo, a modo de prótesis fortalecedora de la persecución penal
- Falta de autonomía de los mediadores para sostener criterios propios de la mediación, cuando dependen funcionalmente del Ministerio Público Fiscal o cuando éste mantiene mucha presencia, y excluyente, en la preparación del caso al derivar
- Manejo estandarizado de los tiempos para las audiencias de mediación; reuniones limitadas a una o dos a pesar de la distinta complejidad de los conflictos atendidos, lo que es atribuido a la presión que imprimen los tiempos del sistema penal formal
- Escasa formación en los mediadores respecto de temáticas de los casos penales -procesos de victimización, vulnerabilidad social, violencia, género, jóvenes, justicia restaurativa-. Insuficiente representación en los mediadores de disciplinas especializadas en los conflictos y actores atendidos por el sistema

³⁷ Los docentes son abogados mediadores -salvo excepciones-, que capacitan a otros mediadores, quienes son además quienes tienen incidencia en las regulaciones a través de pertenecer a las instituciones ligadas a las asociaciones y colegios de abogados, Poderes judiciales y Ministerios de Justicia que mantienen el control de los procesos, las prácticas, y los proyectos curriculares.

³⁸ Informe de Relevamiento Programas de Mediación Penal. Programa de Resolución Alternativa de Conflictos. Ministerio Público de la Defensa. 2014.

³⁹ Relevamiento Programa de mediación Penal cit. nota 37.

penal

- Casi nula formación en los operadores del sistema penal, en RAC y Justicia restaurativa

También *buenas prácticas* reconocidas por –Defensores, Fiscales, Mediadores⁴⁰– por su resultado para desactivar el efecto compulsivo del dispositivo penal creando buenas condiciones para el trabajo en mediación y por aprovechar la oportunidad de acceso al sistema penal para desviar el caso a servicios de mediación comunitaria o extrajudiciales como instancias de diálogo, que inciden en la resolución del conflicto. Se han destacado como adecuadas:

- que el fiscal impute el hecho antes de derivar a mediación
- que archive lo no viable antes de derivar a mediación
- derivar desde la prevención policial con autorización de la fiscalía lo no viable para que no escale, cuando el conflicto permanece a pesar de que la denuncia no se tome o se archive. Con anuencia de las partes
- derivar cuando hay interés un conflicto vecinal o familiar si hay versiones encontrados, ambos se hicieron cosas y no hay testigos, pero se sabe que va a escalar. Con anuencia de las partes.

La información y análisis de prácticas producto del recorrido realizado por programas de mediación penal en Argentina, nos permiten hoy aprender tanto de las buenas como de las malas prácticas. Será necesario pensar las estrategias que eviten que las tensiones habituales del sistema penal y la lógica que lo inspira, se desplacen a la conciliación y la mediación perdiendo su potencial para abrir espacios más dialógicos.

Este trabajo quiere aportar al diálogo entre los conceptos y valores del campo de la RAD y aquellos que inspiran el sistema penal adversarial, a fin de producir maneras novedosas de implementar prácticas de reparación, conciliación y mediación, para que se dispongan como intervenciones flexibles, con operadores y saberes diversos, para atender la singularidad de actores que llegan al sistema penal buscando respuestas para resolver su conflicto.

⁴⁰ Entrevistados en el Relevamiento Programa de mediación Penal cit.nota 37.