

Mediación Penal y Justicia Restaurativa

- El naufragio del Régimen Penal del Niño -

Nicolás Laino –

Se trata de ver a la Justicia Restaurativa como “un marco filosófico para responder al delito, que se centra en el daño causado y las acciones requeridas para remendar este daño. El delito es un daño contra otro individuo o la comunidad, y no en contra del Estado”

Marck Carey, Director de Sanciones en la Comunidad, Minnesota, EEUU.

1. Consideraciones preliminares

La cuestión que propongo abordar requerirá un gran esfuerzo por homogeneizar lo que en el sentir y pensar de vastos sectores de nuestra sociedad, siempre ha sido considerado no sólo heterogéneo, sino contradictorio. Hablar de conciliar *métodos alternativos de resolución de conflictos* (de aquí en adelante “sistemas o métodos de RAC”), y Derecho Penal, es tema que cualquier jurista clásico y aun contemporáneo tomaría con no mucha seriedad, no sin antes tildar de alienados a quienes lo propiciamos. Aun en el contexto actual, podemos observar la negativa generalizada a admitir en los distintos ámbitos en que este interrogante resulta relevante, la viabilidad de métodos de RAC ante conflictos penales.

No obstante esto, debo reconocer que es positivo que el tema al menos sea instalado entre nosotros, y que hoy en día asistamos en varias provincias a la circulación de leyes y proyectos de leyes de mediación penal, ya no exclusivamente como un modo de alivianar de causas a la justicia (como fue concebida ab initio la mediación obligatoria en el fuero civil), sino como algo que por sí mismo sea

deseable, por sus cualidades intrínsecas y no por el beneficio que reporta al Poder Judicial en términos de tiempo, al encontrarse el mismo desbordado de expedientes.

Este tema guarda una estrecha relación con los modernos desarrollos teóricos que han visto su luz en las últimas décadas en el marco de una “criminología crítica”, en particular las corrientes abolicionistas y garantistas (propugnadoras de un “Derecho Penal Mínimo), y que mejor que nadie han enfatizado el rol “expropiatorio” que ha jugado el sistema penal desde el momento mismo de su creación. Se coloca la víctima en una posición en la cual se la aleja de su conflicto, expropiándosele, de modo que crece en su entorno la sensación de insatisfacción (Larrauri). Nils Cristhie alude a esto cuando habla de la necesidad de “devolver el conflicto a la víctima”.

De este modo, el sistema punitivo excluye a la víctima del proceso que le pertenece, creando una sensación de insatisfacción en su entorno y, lo que es más significativo, provocando la destrucción de las acciones comunitarias de solidaridad y participación, disolviendo las relaciones de horizontalidad y fortaleciendo peligrosamente el funcionamiento vertical-corporativo de la sociedad.

Embanderado en las teorizaciones críticas del sistema vigente, el criminólogo neerlandés Louk Houlsman, denuncia que la criminalización que ejerce el sistema penal debe ser rechazada por falsa, injusta e inefectiva, dado que produce sufrimientos innecesarios, niega la diversidad social y la creatividad para la solución de los conflictos tratando inequitativamente a la víctima y al delincuente.

Luego de hacer una denuncia crítica generalizada del sistema penal, del etiquetamiento del delincuente, y la sobre representación que en dicha categoría tienen los hombres jóvenes de los segmentos más carenciados de la población, el criminólogo y profesor de Derecho Penal de la Universidad Erasmus de Róterdam, sostiene la necesidad y ventaja de encontrar **instancias intermedias** para resolver conflictos, sin llegar a la intervención del sistema punitivo.

En este marco, métodos de RAC me parecen más que apropiados.

En esta ocasión, he optado por circunscribir mi estudio al rol que la mediación como método de RAC, puede llegar a jugar en el marco de los conflictos penales en que sujetos menores de edad se vean involucrados como victimarios.

Esto requerirá sin duda aludir a la realidad que hoy nos toca vivir, a la legislación pretendidamente “tuitiva” del joven delincuente (cuya falacia me encargaré oportunamente de demostrar –esto para dar tranquilidad espiritual a aquellos que exijan que dicha circunstancia sea demostrada, pues en mi caso estimo que se trata de un hecho notorio respecto del cual toda prueba resulta superflua), así como referirme a los beneficios que traería y en qué modo podría insertarse la mediación en este contexto, para lo cual haré referencia a modelos que se han aplicado en el ámbito internacional, así como en algunas provincias de nuestro país.

2. El “proceso” penal de adolescentes

El marco normativo del Sistema Penal del Niño, está dado en Nación por la ley 22278 (Régimen Penal de la Minoridad), y en provincia por la ley 10067 del Patronato de Menores de la Provincia de Buenos Aires).

Se evidencia en ellas una política exclusivamente paternalista-positivista, en donde lo común no es la conclusión mediante la aplicación de una pena, sino que se adopten medidas tutelares de seguridad prácticamente indeterminadas en el tiempo, de dudosa constitucionalidad. Se considera así al niño delincuente como objeto de protección, control, o represión de ser necesario, y no como sujeto de derecho íntegro y digno de que se le garantice el respeto de su “interés superior” (Convención Internacional sobre Derechos del Niño). Es frente a esta situación que debemos pensar en diferentes opciones a la justicia tradicional, que no satisface ni el interés de la sociedad, ni el de la víctima, ni hace participar activamente al agresor en la resolución del conflicto en el que él es uno de los protagonistas. En fin, se trata de buscar *alternativas* para abandonar un sistema penal, en general, y

en particular el de los jóvenes, que no resuelve el conflicto de fondo entre víctima y victimario, cumpliendo un fin represivo pero sin buscar la satisfacción de las expectativas de las partes en aparente disputa.

La citadas leyes del régimen de enjuiciamiento del niño, en Nación como en Provincia, al esgrimir una necesaria aplicación de criterios tutelares sobre la base de la cual se sostiene que la ley no tiene una finalidad represiva sino de protección, llevan a vulnerar los distintos principios que integran el “debido proceso legal” y la defensa en juicio, además de principios del Derecho Penal, como así también la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Argentina y con jerarquía superior a las leyes, por imperio del artículo 75 inciso 22 a partir de la reforma constitucional de 1994.

Esta última exige que el niño sea respetado como sujeto pleno de derechos y no como objeto de protección, que es lo que sucede en las mentadas leyes actualmente vigentes. Éstas instauran un proceso de tinte inquisitorial, con la instrucción efectuada por la fuerza policial, siendo el juez quien reúne los datos de la investigación, los evalúa, impulsa el proceso y ulteriormente dicta sentencia decidiendo la suerte del joven. Investigación y juzgamiento no están bien delimitados.

Según la ley 10067, en Buenos Aires, rige en forma supletoria el ya derogado Código de Procedimientos en lo Criminal “Jofré” (derogado por ley 11922, que instituye un sistema con rasgos marcadamente acusatorios para el proceso penal de adultos).

En el proceso penal del niño, el *asesor de menores* asume un doble papel antagónico, a modo de dios Jano bifronte: por un lado, representa y defiende al joven si los padres no designan defensor particular, y por el otro representa los intereses de la sociedad (presumiblemente afectada por la comisión del delito). Se expide asimismo sobre las condiciones existentes para determinar la eventual responsabilidad del adolescente y la correspondencia o no de sentencia condenatoria.

El Estado no garantiza al joven la posibilidad de designar defensor oficial que lo represente en el proceso. Suple al mismo con las facultades que otorga a la demiúrgica figura del asesor de menores. No hay la figura de un particular damnificado por el delito, aunque sí un actor civil. Difícilmente habrá sentencia condenatoria con una pena a cumplir. El proceso penal asume características asistenciales por las amplias facultades que para ello tiene el juez de menores. No hay Cámaras ni órganos especializados ante los que recurrir íntegramente el fallo. Las cuestiones penales se recurren ante la Cámara de Garantías y las asistenciales ante la Cámara Civil y Comercial.

3. Al margen de la Ley

La validez constitucional del procedimiento anteriormente referido, es sumamente cuestionable. En este sentido, la Dra. Fellini afirma: “En la República Argentina, como en otros países de América Latina, se perciben las consecuencias de un sistema arbitrario e inequitativo de administración de justicia para los jóvenes. Esto es producto de concepciones paternalistas que desde principios de siglo consideraron al menor de edad como objeto y no como sujeto de derechos”.

Agrega la autora, que “la inconstitucionalidad del sistema de menores se basa en someter a menores de edad en situación penal a un régimen llamado durante casi un siglo ‘tutelar’, y en función de ello separarlos del privilegio que constitucionalmente les es debido en su condición de sujetos de derecho.

Ello se deriva de suponer que cuando un niño o adolescente ingresa en el sistema penal, en realidad lo hace en un sistema tuitivo, que debería cuidar de su situación biológica y psicológica. Por lo tanto no se lleva a cabo un juicio contradictorio entre los intereses del mismo y del Estado, sino un juicio tutelar donde el Estado como tal, velará por el menor y la protección de sus derechos”.

Y concluye: “Ello no ha sucedido así. Con la vocación proteccionista tutelar, reiteradamente se han violado sus derechos y garantías constitucionales,

convirtiéndose legislativamente en la figura más parecida a la deficiencia mental” (Derecho de Menores, Ed. Ad Hoc, 1996).

Es evidente, pues, la flagrante vulneración de principios esenciales al debido proceso judicial en el desarrollo del proceso penal del niño, principios que ostentan rango constitucional, a más de comprometer la responsabilidad del Estado Argentino en el ámbito internacional en virtud de los tratados suscritos.

Así, no hay derecho de defensa (técnica) en juicio, considerándolo en su materialidad. Los padres sólo pueden designar defensor particular, o bien el joven luego de haber cumplido los 18 años. El Estado no garantiza un defensor oficial que represente al menor de edad. Si la familia, pues, no tiene recursos para contratar un abogado particular, como sucede en la mayoría de los casos -teniendo en cuenta el carácter estructuralmente selectivo del sistema penal, que hace que sus sujetos sean normalmente los más inhábiles, torpes y hasta tontos, frecuentemente pertenecientes a las clases subalternas-, o si la propuesta de designar defensor privado no es admitida por el juzgado, será el asesor de menores quien asuma su defensa (artículo 31, ley 10067), el cual asumirá a su vez la contradictoria función de dictaminar sobre el mérito existente para declarar la responsabilidad del niño en el hecho delictivo (artículo 36 ley 10067), respetando por su parte los intereses contrapuestos de la sociedad.

Uno de los artículos fundamentales de la parte dogmática de la Constitución Nacional, es el artículo 18, que reconoce una serie de garantías judiciales en el proceso penal, que han sido en los últimos años abonadas por instrumentos internacionales ratificados por Argentina y a los que se ha conferido “jerarquía superior a las leyes” (artículo 75 inc. 22, C.N).

El mencionado artículo garantiza que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”.

La garantía de **ley previa**, supone una ley anterior al hecho que fije la conducta punible, sanción aplicable y su graduación, lo que se concreta en la sentencia. En el proceso de menores se enjuician estados más que conductas previstas en la ley

penal, lo que implica un Derecho Penal de Autor, en colisión con nuestra Carta Magna que sólo admite un Derecho Penal de Acto. Además, se faculta al juez a aplicar medidas de seguridad sin tiempo predeterminado, que pueden durar inclusive hasta que el joven alcance la mayoría de edad. Es más, si el juez considera que es innecesaria la aplicación de sanción, lo absolverá, aun cuando sea responsable penalmente (artículo 4, ley 22278).

Respecto al **juicio previo** para poder aplicar pena, tampoco se respeta en su totalidad, pues el niño es pasible de ser institucionalizado aun provisoriamente sin que rijan al respecto las reglas de la prisión preventiva (peligro de fuga o entorpecimiento en la investigación), y sin que puedan aplicarse las reglas de excarcelación. El juez puede disponer definitivamente del joven: la aplicación de una pena sin sentencia condenatoria (so pretexto de estar “tutelándolo”).

Se violenta también el **principio de reserva** (artículo 19, Constitución Nacional), al atribuir tanta discrecionalidad al juez para disponer provisoria o definitivamente del adolescente, no en virtud de sus actos sino sobre la base de sus condiciones de vida puestas de manifiesto en los informes socioambientales realizados sobre él y su entorno familiar y en el interrogatorio mismo del juez al niño, al inicio del proceso.

Se viola, por último, el **principio de inocencia**, al permitir al magistrado disponer del joven desde el inicio e inclusive habiendo mediado sobreseimiento o absolucón, de acuerdo a criterios de peligrosidad que, cual si fueran fantasmas, moran aun en los razonamientos de muchos autores y magistrados –aunque tal vez no explícitamente- como vestigios latentes de la “scuola positiva italiana”.

Es muy probable que usted, ávido lector, encuentre muchas otras garantías o principios constitucionales o infraconstitucionales violentados por este sistema penal de adolescentes, y que no ha encontrado numerados “supra”. Tómese aquello tan solo como una enunciación de los que veo más relevantes, con el afán de poner de manifiesto la obsolescencia del actual sistema, y la necesidad de innovar, esto es, de introducir cambios significativos. Es en este contexto en el que

propugno, como se verá, la utilización de la mediación como forma de salvaguardar y hacer operativos estos elementales principios que hoy en día se ven palmariamente afectados.

Estas contradicciones con el texto constitucional que presenta el régimen penal del niño, tanto a nivel nacional como provincial, fueron los argumentos clave utilizados por los jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del departamento judicial de Mar del Plata, en el año 2004, que declaró, reunida en pleno, la inconstitucionalidad del sistema penal estatuido por la ley del fuero de menores, número 10067 (plenario "Amoroso"). No obstante esto, el pronunciamiento fue recurrido por la Asesora de Menores por vía extraordinaria ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y el efecto suspensivo propio del recurso de apelación hace que las consecuencias del mismo (inaplicabilidad del régimen de la ley 10067) no operen en forma inmediata.

Paralelamente a esto, y admitida la inviabilidad de seguir aplicando el inconstitucional régimen hasta hoy vigente, la legislatura de la provincia de Buenos Aires aprobó con fuerza ley en diciembre de 2004 la nueva ley de Régimen Penal de Menores, que adecua el sistema al texto constitucional (incluida la Convención de Derechos del Niño, que, como se vio, es parte del mismo), y que otorga a los adolescentes acusados de cometer delitos las mismas garantías procesales que los adultos.

En el texto de la nueva ley se establece que los jóvenes que cometan delitos tendrán las mismas garantías que los adultos, ya que se crea un nuevo fuero del niño que incluye a los actuales jueces de menores, pero incorpora además a fiscales y defensores, ausentes en la actual legislación.

Obliga, además, a cada departamento judicial a contar con un cuerpo de peritos especializados en la materia, y establece que a los adolescentes se les aplicarán las normas del Código de Procedimiento Penal (ley 11922).

Determina también, que la internación o cualquier otra medida que signifique la internación del niño en una institución pública o privada, tendrá carácter de

excepcional y será aplicada como medida de último recurso, por el tiempo más breve y debidamente fundada.

Sin embargo, la cuestión no termina aquí. El lunes 7 de febrero de 2005, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires resolvió por mayoría hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la Procuradora General María del Carmen Falbo, al entender el Máximo Tribunal que "no se encuentran garantizados recaudos suficientes en orden a la participación especializada de organismos, personas y recursos técnicos y materiales indispensables".

El fallo fue firmado por el titular de la Corte, Eduardo De Lázzari, y los ministros Héctor Negri, Francisco Roncoroni, Luis Genoud y Eduardo Pettigiani, mientras que Daniel Soria votó en disidencia.

En los fundamentos de su voto, Soria detalló que antes de tomar la decisión "debería requerirse al Poder Ejecutivo un informe de las medidas adoptadas para la implementación de la norma, si se designó la autoridad de aplicación del sistema y si se previeron las asignaciones presupuestarias correspondientes".

En definitiva, aun con fallos plenarios de las distintas Cámaras Penales de la provincia, y nueva ley constitucionalmente aprobada, sigue aplicándose en nuestra provincia el sistema de la ley 10067. Por cuánto tiempo, esa es la incógnita. Pero en tanto ello no suceda, seguirá comprometida la responsabilidad internacional de nuestro país por incumplimiento de los convenios sobre los Derechos del Niño que nos hemos obligado a respetar.

4. Inimputabilidad vs. Responsabilidad

En materia de criminalidad juvenil, se oponen dos paradigmas bien diferenciados: uno, el que ha guiado los injustos e ineficaces sistemas hasta hoy en día vigentes, podría rotularse como "*paradigma de la inimputabilidad*". Al sostener que el menor no alcanza a comprender el alcance de su conducta, habilita un abordaje tutelar del Estado (patronato), convirtiéndose el juez de menores en un "educador" y mentor

de procesos educativos para los que ordena diferentes medidas, desde el seguimiento de libertad asistida hasta internación del joven; y siendo éste secundado por un equipo profesional interdisciplinario conformado por psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales y médicos pediatras, que diagnostican sobre el menor y su familia, quienes proponen al juez líneas de acción. Según este paradigma, el joven es un mero objeto de tutela judicial, lo cual relega su condición de sujeto de derecho en proceso de formación.

El niño carece de posibilidades de defensa. Como afirma Ricardo Antonio Tula, “no existe pena para el menor infractor y sí “medidas tutelares” que pueden privarle de la libertad `sine die´ por el solo arbitrio judicial y sin defensa alguna”.

A este paradigma se opone otro: el de la “*responsabilidad*”, el cual se desprende del Derecho Internacional de Protección de la Niñez y la Adolescencia – Convención de los Derechos del Niño – y supone que el joven tiene la posibilidad de conocer el alcance de sus actos y puede responder por los mismos.

Si el niño no reconoce su autoría, se procede a la investigación del ilícito y se desarrolla un proceso judicial, con intervención de un fiscal que acusa al adolescente, un defensor que protege sus derechos y un juez que sentencia, en el marco del “debido proceso legal”. Las sentencias ya no serán “medidas”, y estarán sujetas a apelación.

En qué medida uno y otro paradigma se condicen o no con el texto constitucional y la normativa internacional que como Estado comprometido con la defensa de los derechos del niño hemos suscripto, resulta evidente. Re caerá en los distintos niveles de la sociedad y en especial en quienes desarrollan una función en el marco de la justicia o de los sistemas de RAC, la responsabilidad de introducir el diálogo sobre estos temas; el denunciar la inconstitucionalidad del paradigma actualmente vigente y proponer medidas de acción inmediata para reemplazarlo por el paradigma de la “imputabilidad o responsabilidad” que sí es susceptible de adaptarse a la normativa antes referida y de responder adecuadamente a la problemática social actual que se presenta en dicho ámbito.

Y estoy convencido de que es aquí donde la mediación tendrá su espacio, pues se presenta como un modo de permitir al joven infractor tomar conciencia y responsabilizarse por el hecho delictivo en el que participó, teniendo en cuenta su "interés superior" (nadie mejor que el propio niño para descubrirlo y anteponerlo), como también que la víctima vea satisfecha la reparación del perjuicio que sufrió, y en consecuencia estaría cubierto el interés social.

El procedimiento se presenta como una forma de abordar el conflicto penal sin judicializarlo. El mismo tiende a una acción preventiva, en principio frente a hechos de escasa magnitud (lesiones leves, amenazas, daños a la propiedad en pequeña escala, hurtos, etc.) cometidos por menores, que afectan personalmente a la víctima y no se extienden significativamente a la "seguridad pública", aunque estimo que no por ello debe de antemano excluirse la posibilidad de aplicar este método de RAC frente a conflictos mayores, como lesiones graves o gravísimas, robos, abortos (haciendo a un lado en esta circunstancia mi posición en favor de la despenalización de este último, lo cual excedería enormemente los límites de este trabajo) y aun homicidios, en particular los culposos (negligentes, imprudentes) y me atrevería, por qué no, a intentarlo frente a homicidios dolosos, combinando en este caso la mediación con otras medidas acordes a la gravedad del injusto.

Debo ser sincero y expresar que así como en algún momento creí que esta vía sólo sería aplicable para sujetos no reincidentes, como lo postulan algunos teóricos, abandoné tal idea luego de la ajustada crítica que me dirigiera Mario A. Juliano al respecto: es que si estamos de acuerdo -y lo estamos- en que el instituto de la reincidencia como circunstancia agravante (sea agravante al momento de graduar la pena, sea agravante por impedir al imputado acceder a una vía alternativa) es inconstitucional, entonces sería contradictorio poner la circunstancia de tener una o más condenas previas como óbice al acceso a este beneficio. En ese sentido debo reconocer mi desacertada limitación inicial, aceptar su observación y postular sin resquemores que el instituto de la mediación será de todos modos pasible de aplicación, a criterio del fiscal, pero sin poder invocar el mismo, como

circunstancia para denegarlo, el hecho de tener el joven en cuestión condenas previas.

5. Las ventajas de la mediación ante la obsolescencia sistema vigente

La mediación es el proceso informal en el que un *tercero neutral*, teniendo en cuenta el *interés* y las necesidades de las *partes* intervinientes, *sin poder para imponer una solución*, ayuda a las partes en disputa a alcanzar un *acuerdo* mutuamente aceptable. Es una modalidad muy exitosa para intervenir en conflictos, al ser un proceso que admite la intervención activa de las partes involucradas, permitiéndoles asumir su responsabilidad en términos de diseñar la resolución de su disputa. Es un proceso que otorga voz a las partes involucradas, les permite hablar y ser reconocidas por el otro.

Sus consecuencias sociales pueden resultar muy ventajosas: su celeridad, economía, y no adversarialidad para resolver nuestras diferencias. Tiene un altísimo potencial educativo (Marinés Suares).

Es así que la mediación penal puede ser entendida como una pretendida solución frente al delito (conflicto) acordada entre las partes asistidas por un mediador (tercero) que se presenta como una alternativa u opción al proceso tradicional en virtud de criterios de oportunidad procesal (que preferentemente deberá ser reglado), que presupone la necesidad de hacer una selección racional de las causas que ingresarán al sistema penal, considerando al Derecho Penal como última ratio, y haciendo a un lado su omnipresencia en virtud del principio de legalidad procesal que exigiría al fiscal perseguir todos los delitos que llegan a su conocimiento, iniciar un proceso respecto de todos y cada uno de ellos, principio que surge de nuestra legislación penal pero que la práctica ha demostrado su falacia, ante la importante cifra negra del crimen, y el funcionamiento selectivo y azaroso de cualquier sistema penal hasta hoy en día vigente, que criminaliza a la pobreza, utilizando a las clases más vulnerables como chivos expiatorios, y sin

criminalizar a otros sujetos pertenecientes a las clases dominantes, responsables de afectaciones mucho más graves a los bienes jurídicos, los derechos humanos y la paz social.

El carácter “restaurativo” o “resocializador” de la respuesta penal que corresponde conforme a nuestro plexo normativo, ya no puede seriamente sostenerse que sea cumplido en nuestra sociedad. Como bien lo denuncia Tula, “reinserción social es una paradoja cuando lo social se refiere a quienes permanecen en el sistema, y el joven a reinsertar se encuentra familiar y socialmente excluido del mismo. Este aspecto debe ser resaltado en todo Congreso, seminario o evento en que se consideren los derechos del niño, advirtiéndose el riesgo cada vez mayor del enfrentamiento de dos sociedades, una de las cuales estamos formando para el futuro reactivamente, al criminalizar la pobreza. En este marco resulta imposible generar en los jóvenes pautas de confianza y de valores solidarios, precisamente en la etapa adolescente”.

Un sistema de mediación penal sí podrá insertarse en el marco de una genuina “justicia restaurativa”, lo que constituye en el decir de Tula “una filosofía, una actitud, un modo de pensar y un nuevo paradigma en cuanto a la forma de enfrentar lo delictivo desde la perspectiva de la víctima, del infractor y de la comunidad”.

La restitución debe entenderse de un modo amplio, abarcativa no sólo de una reparación pecuniaria. Algunas investigaciones demuestran que la mediación penal da muy buenos resultados en los casos en que quien comete un delito no tiene antecedentes o cuando el infractor es un menor de edad, lo cual resalta en este último caso el carácter pedagógico del método.

Como sostiene el profesor Javier Urra Portillo, en el marco de la mediación, el joven infractor reconoce la comisión de un hecho y la víctima verbaliza, ante el causante, las situaciones vividas como consecuencia del hecho. La reparación surge como un acuerdo entre el afectado que acepta y el menor que ofrece un dar, un

hacer o una forma de manifestación simbólica de su arrepentimiento, cuya significación y sentido *es construido por las partes*.

La reparación que surja de la mediación puede ser material (compensación económica del daño) y / o simbólica, la cual comprende la restauración de los lazos sociales entre víctima y victimario, entre víctima y comunidad, y entre victimario y comunidad. Es decir, que la reparación del dañador a la víctima es el punto de partida de una transformación más profunda de las relaciones sociales en juego (Aída Kemelmajer de Carlucci).

En la Mediación Penal de Adolescentes, se considera que existe reparación con el solo hecho de que el agresor reconozca su conducta como injusta o nociva y ofrezca reparar a la víctima. La víctima puede limitarse a recibir el mensaje sin otorgar un perdón, cuando el agresor expresa su “reparación simbólica”, y aun no aceptar la reparación material, sin que ello afecte al resultado reparatorio.

Como sucede en toda mediación comúnmente, las partes llegan a una audiencia conjunta luego de un trabajo desarrollado individualmente con el mediador en audiencias preliminares (caucus), lo que hace en cierto modo previsible el resultado.

El mediador deberá cuidar el delicado equilibrio entre quien ofendió y quien fue ofendido, y entre sus parientes, representaciones legales, abogados de las partes, etc.

6. Las virtudes de la mediación

A) Es un *proceso voluntario*. Aun cuando se hable de su obligatoriedad, ésta se referirá sólo a la obligación de comparecer, pero ello no implica que necesariamente deba llegarse a un acuerdo o que las partes no puedan en cualquier instancia abandonar el proceso mediatorio.

B) Es *informal*. El mediador se mueve con amplio criterio de libertad. Según las circunstancias particulares del caso, podrá seguir el esquema que estime conveniente, claro está, siempre que se respeten pautas básicas como el derecho de cada parte a hablar sin ser interrumpida por los otros. Si lo considera necesario el mediador podrá combinar cuantas reuniones privadas sean necesarias con las partes (caucus). Se resuelve consensuadamente, todo lo cual baja la tensión, genera un clima de desconfianza y un contexto flexible para resolver las disputas.

C) Es *no adversarial*. Las partes actúan conjuntamente, en un marco colaborativo y no de conflicto. Se mueven en base a intereses y no a rígidas posiciones. No es un sistema de suma cero, al no haber un ganador y un perdedor. Es una fórmula ganar-ganar. Esto a su vez implica menos costo en dinero, tiempo, y sobre todo energía e integridad de las partes. Una mediación que llegue a un resultado querido por ambas partes, será sustentable y por ende, menor la recurrencia del conflicto, que tenderá a desaparecer y no quedar latente.

D) Su *confidencialidad*. Todo se mueve en un amplio margen de reserva. El mediador no puede ser citado como testigo en un eventual proceso judicial ulterior, lo cual preserva la intimidad de las partes, a la vez que fomenta una mayor confianza de éstas en el mediador.

E) El rol del mediador es el de un *tercero neutral*. No tiene poder para resolver el conflicto imponiendo sus opiniones. Simplemente encauzará la discusión, equilibrándola, ayudando a que las partes encuentren sus intereses (lo cual no es tarea sencilla, y menos en el ámbito penal), fomentando que las partes puedan ponerse la una en el lugar de la otra.

F) Las partes *son las protagonistas del proceso*. Se tiene en cuenta lo que verdaderamente importa a cada parte. Son las únicas facultadas para resolver el

conflicto que les compete. Nadie decidirá por ellas. Esto fomentará una mayor responsabilidad, compromiso, y creatividad en la búsqueda del acuerdo más conveniente para todos. Restituye al sujeto el control del proceso, y le permite apropiarse de las consecuencias de sus acciones. Hace caso a lo que reclama Nils Cristhie, “devolviendo el conflicto a la víctima”, otrora expropiado por el poder punitivo estatal.

7. Relato de un caso sobre una acción reparadora colectiva desplegada por los participantes directos del conflicto

Explorando al ya citado criminólogo crítico holandés, Louk Houlsman, en su trabajo sobre “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas”, hallé un caso que él relata muy detalladamente y que incluye en un capítulo titulado “Alternativas al sistema penal”, que me parece un buen ejemplo de cómo no siempre el sistema penal va a dar la mejor respuesta a los conflictos sociales, en particular aquellos como el de marras, en los que están involucrados sujetos menores de edad, y que estimo muy oportuno traer a colación en esta etapa de mi estudio. Narra el autor:

“Hace algunos años tuvimos, en el lapso de dos semanas, tres hurtos en nuestra casa. El primero de ellos, al menos, fue ese tipo de hurtos hogareños dañinos, en los que realmente casi nada es sustraído, pero muchas cosas son destruidas. Llegué a mi hogar, y al entrar encontré huevos rotos por todos lados-y ningún pájaro en la casa- y noté que un cuadro y algunos muebles habían sido destrozados y que había pilas de cigarros en el piso. Gradualmente, comencé a formarme cierta imagen de lo ocurrido. En circunstancias así, uno recorre la casa, absorbiendo estas escenas y enfureciéndose a la vez; al menos yo realmente me enfurecí y sentí la necesidad de romper algunos huevos en la cabeza de la persona que había hecho esto, y también de tomar sus cosas y destruirlas y luego preguntarle si le gustaba que estas cosas le ocurrieran a ella.

Pero, a la vez, descubrí que mis sentimientos como víctima resultaban ser más complicados, ya que mientras recorría la casa, también pensaba: ¡Gracias a Dio, que no destruyeron esto o aquellos!, sintiendo, así, algo de alivio. Habían destruido mucho menos de lo que había en casa para destruir y habían evidenciado algunos signos de contención, así que más tarde me sentí aliviado, y hasta feliz, de que más cosas no se hubiesen perdido. Así, que conjuntamente con el enojo, sentía alivio y hasta curiosidad: ¿por qué hicieron esto, qué significan, los huevos, las pilas de cigarros y todas esas cosas extrañas?

Posteriormente, vino la policía a levantar huellas dactilográficas, cosa que volvieron a hacer por segunda vez, unos días después. El policía, que resultó ser muy amable, dijo que, a pesar de que estaba tomando las huellas, eso no quería decir que necesariamente fuesen a realizar algún arresto, ya que a menudo las huellas levantadas resultaban ser de mala calidad, y aun cuando así no fuera, los responsables podían ser jóvenes, cuyas impresiones digitales no estarían prontuariadas. “Merecen una oportunidad” sugirió el policía, y todos acordamos plenamente con dicha idea. En general, todo esto tenía algo de ritual, pero fue agradable conversar con el policía, y hacerle preguntas, como por ejemplo, si ellos pensaban que los responsables serían personas jóvenes. ¿Debido a que este tipo de hechos no ocurren con frecuencia en Dordrecht, y tomando en cuenta la magnitud del daño, podría quizás ser la acción de alguien con un rencor personal hacia nosotros?

Unos días después, al llegar mi esposa temprano a la tarde a casa, escuchó que había gente adentro, siendo aparente que los intrusos estaban allí de nuevo. Pudo ver gente adentro pero no lo suficientemente bien como para poder identificarlos. Esta vez, no habían causado daños, pero nuevamente habían roto una gran cantidad de huevos por todos lados y se habían llevado algunas cosas. ¡La policía vino nuevamente y nosotros comenzamos a sentirlos como buenos conocidos! Con posterioridad a cada uno de estos hurtos tomamos nuevas precauciones para prevenir su recurrencia pero, transcurridos unos días más, al volver a casa

descubrimos que los intrusos habían venido una tercera vez. En esta oportunidad, nada había sido destruido y solamente faltaban unas pocas cosas. Aunque parezca extraño, comenzamos a acostumbrarnos a estas intrusiones y hasta podíamos imaginar a los responsables. Sabíamos que eran probablemente tres y yo comencé a pensar en lo que les diría si nos encontráramos; cosa que esperaba que fuese posible. Naturalmente, mi esposa era más bien aprehensiva hacia esta perspectiva. Luego del tercer incidente, comencé a pensar que los autores debían ser bastante corajudos como para volver al mismo lugar en el que, dos días antes, habían estado causando tales desórdenes. A la vez pensé, que esto demostraba que sentían una fuerte atracción hacia la casa y una gran fascinación por los objetos extraños que había en ésta. Esto hacía que tuviésemos algo en común ya que, naturalmente, le tengo cariño a mi hogar y a mis pertenencias. El hecho de que en su más reciente visita menos cosas hayan sido destruidas, quizás significaba que comenzaban a encariñarse con el lugar de una manera no muy diferente a la mía. No digo esto para sugerir que ya no sentía el enojo del que hablé al comienzo, sino más bien enfatizar la altamente complicada naturaleza de los sentimientos que uno experimenta en estas circunstancias. Siempre estuve interesado en reflejar las formas en que yo mismo, y otros, reaccionamos ante eventos criminalizables, habiendo descubierto que resulta ser siempre un proceso complicado y ambiguo, con muchas diferentes facetas.

Debido a que este caso evidentemente no era diferente a otros y porque creo, tal como antes lo mencioné, que uno no debe “robar” los conflictos a los demás, le pregunté a la policía si cuando hallasen a los responsables se me permitiría hablar con ellos. Aproximadamente dos semanas después, y en contra de todas las probabilidades, ya que en Holanda sólo un reducido porcentaje de hurtos en viviendas son finalmente resueltos –en Dordrecht alrededor del 25%-, la policía telefoneó para avisarme que habían identificado a los responsables debido a su participación en un caso de vandalismo en un pueblo cercano. Me informaron que algunas de nuestras pertenencias habían sido recuperadas y me solicitaron que

concurriese a reconocerlas. Resultó ser que la policía había recuperado una gran cantidad de cosas de la casa, algunas de las cuales yo ni siquiera había notado que habían sido sustraídas. Casi todos los bienes hurtados habían sido recuperados, con la excepción de un cuchillo, sobre el cual me referiré más adelante. No es un cuchillo caro, pero lo había traído recientemente de Finlandia y era sumamente filoso y me gusta mucho usarlo para cuando cocino. Por ello, tiene un valor especial para mí.

De los tres jóvenes en cuestión, dos tenían 16 años y el tercero 17. Solicité a la policía la posibilidad de hablar con ellos. La policía manifestó que mediando el consentimiento de los padres, ellos no tenían ninguna objeción al respecto. Consecuentemente, se contactó a los padres de uno de los muchachos, quienes consintieron la propuesta, así que esa misma tarde fui a visitar a esta familia. No tenía idea de cómo resultaría esto, ya que no tenemos modelos para ocasiones así. Además, el muchacho resultó ser mucho más pequeño de la imagen que yo me hacía del ladrón; se lo veía tan pequeño, con anteojos, casi parecía un pájaro. Mi idea era mostrarle al muchacho cómo me había sentido yo y lograr así que él demuestre remordimiento por sus acciones, pero me encontré imposibilitado de hacer esto y a ambos nos resultaba difícil hablarnos. Sin embargo, era mucho más fácil identificarse con los padres, para quienes toda la cuestión había sido algo horrible. Cuando los delios fueron esclarecidos por la policía, dos de los muchachos se escaparon de su hogar y sus padres pasaron muchas horas angustiados buscándolos sin éxito. Ahora, estos padres también tenían un real drama en sus vidas, similar, en muchas maneras, al que yo tenía éste hacía que fuese más fácil identificarse con ellos.

Comparando a lo que pasa a uno como padre en esas circunstancias, los hurtos en mi casa era una cuestión menor, y esto produjo un impacto significativo en mis sentimientos en relación a los eventos. Comencé a hablar con mucho con el muchacho, sugiriéndole algún tipo de reparación por lo que había hecho. Cuando le pregunté si esto era algo que a él le gustaría hacer, me respondió “realmente

no”, y esto creó una especie de lazo entre ambos porque el muchacho se había mostrado real y auténtico. Podía entender que él le respondiera así a un desconocido que acababa de llegar a su casa.

Entonces le pregunté sobre el cuchillo –quizás una cuestión insignificante ante el daño cometido en la casa, pero de una importancia esencial para mí- y esta pregunta demostró ser el punto de partida para un mutuo entendimiento. El muchacho comprendió que yo quería el cuchillo y que él podía hacer algo al respecto; intentaría encontrarlo para devolvérmelo. Luego nos fuimos todos juntos para encontrarnos con los otros dos muchachos y sus padres, con quienes tuvimos las mismas dificultades en la comunicación. Finalmente, como un grupo, fuimos a mi casa, en donde los padres se sentaron con nosotros en la cocina mientras los muchachos buscaban el cuchillo perdido en el hotel abandonado de al lado. Durante la discusión dije: “Ahora que han encontrado mi casa, deben entrar por la puerta del frente; ya que ésta es la forma de entrar”. Decir esto me dio cierta satisfacción. Luego, las otras familias me contaron su triste historia. En este importante momento, era claro que el marco de referencia del sistema penal realmente estaba segmentando artificialmente la situación de todas las formas posibles. Dicho marco referencial cortaba los lazos entre personas que normalmente tenían una pertenencia común, creando, en cierto sentido, una situación irreal a nivel social. Para los padres toda la situación había sido una gran tragedia y hablaban de ello todo el tiempo, pero no tenían una idea acabada o completa de lo que había ocurrido. Tenían fragmentos de información brindados por la policía y por sus hijos, pero no una idea coherente de los eventos. Solamente después de habernos reunidos todos en nuestra casa, tuvieron, por primera vez, una imagen de la totalidad de la secuencia de eventos, lo cual a posteriori, podría ser objeto de discusión entre ellos y sus hijos. Recién en este punto toda la cuestión comenzó a tener una realidad concreta. La participación del sistema penal, generó en los padres una tendencia a afirmar: “mi hijo no es el responsable, son los otros”. Esto quería decir que los padres se veían inclinados a tratar con los jóvenes

individualmente, separándolos entre sí en una forma para nada útil. Después de todo, fue como grupo que los muchachos se involucraron en el asunto que nos llevó a todos a encontrarnos juntos en mi cocina.

Los chicos encontraron el cuchillo y los padres, que resultaron ser mucho más prácticos y habilidosos que yo, comenzaron a reparar cosas en la casa. Esto nos produjo a todos la buena sensación de estar realizando una actividad común y de comenzar a conocernos mejor mutuamente.

Pude observar que el problema entre los padres y sus hijos era que los primeros se referían continuamente a los hurtos así que, sin duda, los chicos estaban hartos de escuchar hablar de éstos. Por esta razón, se me ocurrió que sería una buena idea que los chicos se fuesen juntos de vacaciones y encontrasen un nuevo estímulo; ya habíamos pasado tiempo suficientemente ocupados en un debate infértil, pensé. Uno de los muchachos era de clase media y los otros dos de clase trabajadora, y uno de ellos estaba desempleado, prácticamente sin dinero, así que dijeron que no podían costearse unas vacaciones. Yo les señalé que ir de camping era relativamente económico, pero como los chicos no tenían una carpa, les presté la nuestra, y los tres partieron en unas cortas vacaciones.

Los padres continuaron ayudándolos y los chicos venían los fines de semana a trabajar en el jardín. Al parecer disfrutaban viniendo a nuestra casa y, a veces, la frecuencia de sus visitas nos resultaba algo pesada, ¡ya que teníamos otras cosas que hacer! Una de las razones por las cuales los muchachos se habían involucrado en dichas violaciones de domicilio, era que se aburrían en la escuela -razón por demás común- y habían comenzado a "hacerse la chupina". En una de esas ocasiones, habían estado jugando en el hotel abandonado y se fijaron en nuestra casa, la que les atrajo debido a la variedad de su contenido -¡una mezcla de cueva de Aladino y de la de Alí Babá y los Cuarenta Ladrones!-. Como resultado de la crisis precipitada por los ingresos a las viviendas, ciertos aspectos de la relación entre los jóvenes y sus padres se hicieron explícitas y los chicos se cambiaron a una escuela donde la pasaban mejor.

Como teníamos cobertura, la totalidad del costo de los daños materiales fue pagada por el seguro. Mi esposa y yo terminamos siendo una especie de tía y tío para los chicos y amigos de los padres. Yo en particular, aprendí mucho sobre lo que le ocurre a la gente en estas situaciones, sobre las cuales previamente sabía muy poco. En general, toda la cuestión resultó ser una experiencia muy fructífera para todos los que estuvimos involucrados, y no exagero al decir esto. Si los hechos no hubieran tomado este curso, ninguno de nosotros podría haber ganado en las varias formas en que lo hicimos, pero yo no organicé las cosas de esta manera, simplemente las disparé al ir a ver, como víctima, a los muchachos y sus familias. Luego las cosas tomaron su propio curso y el único rol específico que jugué fue consecuencia de mi conocimiento sobre el proceso del sistema penal.

Pasaron seis meses hasta que a los muchachos se le imputaron los hurtos y siete u ocho hasta que tuvieron que comparecer ante el tribunal y, en todo este tiempo, nunca fui abordado por alguna de las varias agencias de servicios sociales intervinientes. Yo no me acerqué a las mismas porque estaba interesado en observar, desde el punto de vista de una investigación, lo que ocurriría. Las familias fueron visitadas por varios agentes de servicio social de las familias. De estas agencias recibían recomendaciones bastante contradictorias y, a menudo, nos visitaban en busca de nuestra opinión en esas cuestiones. En el momento en que se le imputaron los cargos a los muchachos, ni mi esposa ni yo podíamos entender qué se ganaría con este curso de acción. No parecía tener sentido alguno llevar adelante una audiencia, así que le telefoneé a la fiscal, que vive frente de mi casa, y, como los tribunales también están cerca, me fui a hablar con ella personalmente, no como profesor de Derecho Penal y Criminología, sino como una víctima. La fiscal se conmovió por el relato de los eventos pero insistió en que, teniendo en cuenta los tres hurtos domiciliarios y los otros actos de vandalismo, tenía que accionar penalmente.

Sin embargo, dijo que, habiendo tenido inicialmente la mente en una sentencia de arresto, ahora estaba en condiciones de solicitar un descargo condicional. Más allá

de mis argumentos, la fiscal insistió, en que la justicia penal no es simplemente una cuestión privada y que el interés público (¿!!!!?) debía ser considerado. Mi esposa se largó a reír y, a continuación, nos sumamos a su risa la fiscal y yo.

Al tiempo, se realizó la audiencia judicial que fue, pienso, un evento emotivo. La fiscal había preparado muy bien el caso, y manifestó que ella conocía, y aceptaba plenamente, la forma en que la situación había sido abordada y que solamente accionaba para resaltar la gravedad de este tipo de hurtos; como una importante cuestión simbólica. El juez, considero que fue sumamente comprensivo y habló de una manera en la que todos pudiesen entenderle, pero preservando, a la vez, un sentido de dignidad y de garantismo legal; una habilidad interesante en sí misma.

Nosotros fuimos todos juntos al juzgado desde mi casa, éramos un grupo de ocho o nueve, y como todos estábamos un poco nerviosos antes tomamos un café y unos tragos como para disminuir un poco la tensión. En el juzgado nos sentamos todos juntos en el mismo banco y, a pesar de ser un poco sordo, pude escuchar perfectamente lo que decía y pensé que todas las personas habían hablado de manera muy clara. Sin embargo, el resto del grupo, luego de la audiencia, se quejó de que los funcionarios hablaban demasiado bajo, y era claro que no habían entendido casi nada del procedimiento, presumiblemente porque habían estado tensos todo el tiempo. Pese a las circunstancias favorables –todos nos conocíamos bien y yo les había explicado todo lo que iría a ocurrir- no entendieron virtualmente nada. Uno de los muchachos manifestó que había estado nervioso durante semanas debido a la audiencia, así que no se trataba de falta de interés. Otro de los muchachos dijo que casi se queda dormido, y yo recordé que, cuando tengo una discusión seria con mi esposa, a veces me siento muy agotado –una especie de válvula de seguridad para la sobrecarga emocional”.

Esta historia, me enseñó mucho sobre la forma en que el sistema penal segmenta artificialmente nuestros intereses. Naturalmente, no deseo generalizar excesivamente a partir de esta experiencia que nos relata Houlsman, a pesar de que

coincido con el autor en que no debe ser vista como nada muy especial – simplemente puede parecerlo por la manera detallada en que fue expuesta-. Desde luego que habrán otros casos –sin perjuicio de que los operadores del sistema penal, avalados por la prensa, harán ingentes esfuerzos por esconderlos y así apuntalar la subsistencia del status quo- en los que una respuesta alternativa es mucho más efectiva y pacificadora (no meramente tranquilizante) que la respuesta punitiva. Podemos mencionar por ejemplo otro caso muy difundido en Holanda y al cual se refiere el mismo autor, de un homicidio, en el cual los padres de la joven asesinada y los del homicida se reunieron y formaron una relación que resultó importante tanto para ellos, como para el infractor. Podemos pensar también en el ejemplo de la toma de rehenes en el tren de las Islas Molucas, en el cual los ex rehenes siguieron siendo amigos y visitando a sus ex captores en prisión.

Estos ejemplos, todos, apoyan la experiencia que acabo de transcribir, en el sentido de que cuando inicialmente, bajo ciertas condiciones, se reacciona ante los eventos de una forma en la que se le da una respuesta más colectiva y menos fragmentada a los eventos criminalizables, se crea para los miembros de la comunidad un enorme potencial para desarrollar acciones fructíferas, remediadoras tanto para las víctimas como para los autores, y que en su relación les permite sobreponerse a la mitificada antítesis víctima-autor.

En contraste, las respuestas tradicionales a los eventos criminalizables proporcionan excelentes ejemplos de lo que Nils Christie llama “el robo de los conflictos”, ya que las mismas inhiben la natural unión entre las personas alrededor de una crisis e impiden los desarrollos sociales personales consecuentes que puedan darse en estos casos. Pienso que uno de los aspectos importantes de la noción de “participación comunitaria” –una idea a la que suscribe la mayoría, pero de la cual no más que unos pocos tienen algo más que vagas imágenes- es el intento de recuperar para la gente común la oportunidad de participar directamente en respuestas sociales que estén orientadas hacia la víctima.

En base a todo esto, resulta importante que las organizaciones que tienen que ver con el sistema penal –la policía, los profesores, el fiscal, los trabajadores sociales, la justicia y los investigadores académicos- sugieran y hagan visibles las positivas posibilidades de respuesta a los eventos criminalizables en formas que incentiven una mayor participación pública. Después de todo, si no se tiene el conocimiento o no se poseen ideas generales de cómo llevar adelante el proceso, a la gente le resulta difícil, quizás desalentador, tan siquiera comenzar. De cualquier manera, una vez iniciado, el proceso puede tener su propio ímpetu.

Pero lo que hay que denunciar, sobre todo, es que si se quiere progresar en el campo de las alternativas tenemos que abandonar la organización social y la organización cultural del sistema penal. El sistema penal está orientado hacia el autor, basado en la atribución de culpa y en la visión del mundo del “juicio final”. Por ello, no nos proporciona una información y un contexto en el cual las situaciones problemáticas puedan ser definidas y abordadas en una forma emancipatoria.

8. Dos experiencias paradigmáticas: Cataluña y la provincia de Neuquén

Hace ya más de una década se aplica en Cataluña un sistema de mediación y reparación a la víctima en la justicia juvenil.

La cuestión surge ante la necesidad de compatibilizar el sistema tutelar de menores que regía en España desde fines de la década del 40`, con la nueva Constitución española de 1978 que incluyó a los jóvenes como sujetos de derechos y deberes, frente a una sentencia del Tribunal Constitucional Español que en 1991 declaró inconstitucional la Ley de Tribunales tutelares de menores por “excluir la aplicación de las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones”, poniendo límite al ejercicio jurisdiccional irrestricto en materia de adolescentes (que como sucede en nuestro ámbito, se escudaba bajo el slogan de ser un ´sistema de tutela del menor`). El recurso de inconstitucionalidad paradójicamente había sido

planteado por los mismos jueces que pretendían limitar sus atribuciones en beneficio de los derechos de los incapaces involucrados.

Siguiendo este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se sancionó en 1992 la ley orgánica 4/1992 sobre reforma de la Ley Reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, contemplando tales extremos.

Como afirma uno de los miembros del equipo de mediación, este programa coloca en primer término la participación de todos los interlocutores implicados en el hecho delictivo: la justicia, el joven infractor, la víctima y la comunidad. El concepto de reparación implica la confrontación del infractor con la conducta y las consecuencias que de ella se derivan, la responsabilización por las propias acciones y la ulterior compensación a la víctima mediante la realización de una actividad en su beneficio. La reparación del daño causado tiene un efecto educativo en el niño, y a su vez implica reconocer los derechos de la víctima. La acción del profesional mediador se encamina a conseguir un acto reparador, consecuencia de una elaboración interna del joven que facilite su maduración.

Se puede evitar así el atrabiliario proceso judicial, anteponiendo la responsabilidad del joven, la solución del conflicto y la reparación de la víctima, a la solución penal. Este programa de reparación a la víctima en el método de la mediación, permite que la víctima y el delincuente puedan llegar a acuerdos para solucionar el conflicto creado entre ellos, a causa de la infracción penal, intentando como objetivo último que el adolescente pueda reparar el daño.

Las partes deciden cuál es su conflicto y cómo solucionarlo, dejando la justicia de dar una respuesta concreta al hecho delictivo.

El proceso pasa por tres fases:

- 1) una *fase previa*, que comprende la derivación de jóvenes al programa, en base a informes psicológicos, educativos y familiares que permitan al profesional ofrecer al joven la posibilidad de reparar de un modo viable a la víctima, asumiendo su culpa y manifestando su voluntad de llevar a cabo el programa.

- 2) En una *segunda fase*, el mediador se pone en contacto con las partes implicadas en el hecho delictivo: primero con el joven, presunto autor, y posteriormente con la víctima perjudicada por el delito. Aquí el mediador se entrevistará con las partes por separado, intentado que flexibilicen sus posturas enfrentadas.

- 3) En una *tercera fase*, por último, el mediador evaluará cuál es el conflicto existente entre las partes y cuál es el plan más adecuado a seguir en cada caso.

Esta experiencia, en los casos en que fue aplicada, demostró grados mucho menores de reincidencia delictiva, y una mucho mejor adaptación del joven a las pautas básicas de conducta social, respecto de aquellos casos en que se resolvió la cuestión por medio del sistema penal, por lo general a través de medidas de seguridad - como internaciones - gravemente degradantes de la personalidad del niño implicado.

El otro caso que estimo oportuno observar, es más cercano al anterior. Se trata de nuestra provincia de Neuquén. En el año 2001, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén aprobó la creación de una Oficina de Atención a la Víctima del Delito, mediante un convenio firmado con el CAVD (Centro de Atención a la Víctima del Delito), dependiendo de la Subsecretaría de Seguridad Ciudadana y Justicia. La Oficina se creó el 25 de octubre del mismo año.

Ulteriormente se acordó entre el Ministerio Público Fiscal y el CAVD, poner en marcha en 2002 un Programa de Mediación para Delitos Juveniles en el Marco del convenio mencionado.

Este Programa supone diversas etapas bien diferenciadas:

- 1) *Selección del Caso por el fiscal:* la fiscalía selecciona el caso “mediable”, requiere a la Oficina de Asistencia a la Víctima del Delito que inicie la instancia y notifica al defensor penal del joven.
- 2) *Carta a la víctima y al infractor:* haciéndoles saber que el asunto fue seleccionado para el Programa de Mediación.
- 3) *Entrevista con el joven y sus padres:* es previa al contacto con la víctima. Se hace saber al joven el hecho imputado, se observa cuál es su postura frente al mismo, si acepta responsabilidad, y cuál es la posición de los padres frente a la posible inclusión de su hijo en el sistema de mediación. Siendo favorable la entrevista, se requerirá que el joven haga un ofrecimiento de reparación.
- 4) *Entrevista con la víctima:* se informa allí a la víctima de las deficientes características de la justicia juvenil en materia penal. Se le hace saber la voluntariedad del joven de reparar, y el aval de sus padres para ello. Se debe permitir a la víctima hablar sobre el hecho, cómo lo vivió, sus consecuencias materiales y morales, la compensación esperada. El mediador sugerirá propuestas de reparación o compensación aceptables por ambas partes.
- 5) *Encuentro víctima-victimario:* no es una etapa ineludible. Puede que el mediador no considere oportuno que las partes se vean cara a cara. En una eventual reunión conjunta el mediador buscará acercar las posiciones de las partes.
- 6) *Redacción de un acta de compromiso:* con o sin reunión conjunta previa, el mediador redacta un acta de compromiso donde se volcarán los

compromisos asumidos por el joven, y es firmada por él, sus padres y la víctima.

- 7) *Informe del mediador*: deberá hacerlo cuando lo requiera el fiscal, valorando la actitud del joven y el grado de cumplimiento de los compromisos asumidos; y la valoración que hacen la víctima y el infractor sobre la mediación efectuada y sus resultados, en caso de ser posible. Si no hubiere interés público afectado gravemente, se archivará la causa. De haber interés público afectado, el proceso podrá seguir su curso simultáneamente con la mediación, cuyo resultado podrá en su momento el fiscal invocar para solicitar la absolución. El incumplimiento del acuerdo permitirá continuar el trámite del proceso, pudiéndose pedirse incluso la imposición de pena.
- 8) *Evaluación de la mediación*: realizada por los mediadores en base a parámetros objetivos uniformes, a partir de tres preguntas sencillas y claras formuladas a cada una de las partes.

9. Nuestro mayor desafío: lograr un cambio de mentalidad en los operadores del sistema (- o el mito del "interés público"-)

Para que los cambios que propugnamos los partidarios de los métodos alternativos sean realizables, se exige sin duda que quienes operan el sistema penal de adolescentes, sean jueces, asesores, y demás funcionarios, estén abiertos a recibir estas innovaciones. Desde luego que para hacer eficaces estas mediaciones se requerirá de mediadores especializados, y para ello deberán preverse cursos de formación y capacitación con tales fines. Pero esto, eventualmente, creo que deberemos discutirlo luego de que se tome la decisión racional de acudir a estos métodos, pues mientras los operadores no comprendan acabadamente la conveniencia de nuestra propuesta, se mantendrán escudados en sus rígidas y

arcaicas premisas, que afirman dogmáticamente para cerrarse a todo tipo de cambios. Que quede claro que esto no lo digo caprichosamente, sino que en el proceso de elaboración de este estudio, contacté personas que operan el sistema (me parece apropiado omitir identificarlas, pero todas ellas con una gran trayectoria en el fuero del niño), y debo aclarar que las consideraciones que vierto en este punto son meramente descriptivas, por no decir costumbristas, de los argumentos a los que acuden para el mantenimiento del insostenible status quo.

Desde luego que no pretendo generalizar pues seguramente habrá quienes estén abiertos a recibir estas innovaciones, pero mi limitado sondeo me ha demostrado que la mayoría parte de ciertos conceptos tradicionales en materia de derecho penal que hoy en día no pueden seriamente sostenerse. Tal es el caso del tantas veces traído y llevado principio de legalidad procesal, que ellos sostienen que obliga al fiscal, según surgiría de la misma Constitución, a perseguir todos y cada uno de los delitos que se cometen. Sin embargo, no es necesario que ponga de manifiesto que tal principio no existe con rango constitucional en nuestro país, y que por lo tanto no sería inválida constitucionalmente una ley del Congreso que dispusiera mayor discrecionalidad para el Ministerio Público en la persecución del crimen, esto es, la recepción de criterios de oportunidad procesal, y que en definitiva no haría más que blanquear algo que siempre ha sido tabú y tema del cual no se habla, como ser la gran cifra negra de la delincuencia y la gran mayoría de delitos que se cometen que jamás llegan a ser accionados penalmente. Claro, ello sería ilógico y es imposible desde un punto de vista práctico, pues demandaría un aparato burocrático muy superior al que tenemos, y dudo que alguien hoy pretenda seriamente sostener el incremento del mismo. La solución pasa por otro lado. Se trata de permitirle al operador del sistema (asesor de menores, o fiscal en la nueva ley de la provincia de Buenos Aires) perseguir aquellos delitos más gravosos a través de una selección racional de los mismos en base a criterios de oportunidad debidamente reglados, y tal vez respecto de ese otro grupo de casos en los que se decide no iniciar acción penal, recurrir a los medios alternativos como

la mediación, a través de su introducción por vía legislativa. Aquí sí sería racional juntar a la víctima y a su agresor menor de edad, para que puedan llegar a componer SU conflicto.

Y esto me lleva a tocar otro punto, en el cual veo grandísimo error, pues la falacia de la premisa de que parten resulta palmaria, a tal punto que construyen un mito al respecto, razón por la cual yo lo he llamado “el mito del interés público o social”. El problema es que es un mito ilegítimo, utilizado -consciente o inconscientemente, eso aquí no importa- para apuntalar la hegemonía del paradigma hasta hoy en día vigente. Son conceptos que siguen siendo sostenidos por posturas ultra conservadoras pero que difícilmente se mantengan en pie ante los embates de corrientes que incorporan al Derecho Penal datos provenientes de las ciencias de la conducta humana (ciencias sociales). En particular, habrá que hacerles notar que cuando afirman que el conflicto, que supuestamente pertenece al Estado, en realidad es el conflicto entre la víctima y su delincuente, y que el mismo afecta a la sociedad en tanto y en cuanto entre víctima y victimario perdure el problema. El Estado ha *confiscado* el conflicto a las verdaderas partes en el mismo, pero no por ello el mismo ha dejado de ser de ellas. Entonces si de algún modo estas dos pudieran resolverlo de manera pacífica y no punitiva, ello haría que el Estado ya no esté interesado, o al menos no tanto, en entrometerse en una cuestión que no le incumbiría, por serle ajena. Alzando las banderas de defender a la sociedad, el Estado se inmiscuye muchas veces innecesariamente en asuntos que perfectamente podrían ser resueltos por las verdaderas “partes”, que son el agresor y su agredido, por ejemplo a través de una mediación entre ellos como yo lo propicio, o en general por medio de cualquier otro sistema de RAC, y así se devolvería la paz a la sociedad, sin un gran desgaste para el aparato estatal, con un menor costo, en tiempo, dinero, y sufrimiento, y logrando una solución que a la larga podría ser ya no meramente “tranquilizadora” como es la que brinda el poder punitivo, sino “pacificadora” lo cual, en definitiva, la haría legítima.

Pude ver, en mis largas indagaciones a los operadores del fuero penal del adolescente, que la reluctancia a admitir estos cambios no se encuentran tan sólo a nivel político o legislativo, sino que los mismos operadores del sistema, entre ellos los jueces, siguen defendiendo el status quo que en mi entender es insostenible. Por ello sigo destacando una vez más la importancia de plantear la cuestión, de iniciar el diálogo, pues en tanto desde dentro del mismo sistema no se dé cabida a la R.A.C, será muy poco lo que desde el ámbito académico o científico podamos hacer.

En fin, es por todo esto que digo que nuestro mayor desafío será operar un cambio de mentalidad en estos sujetos, lo cual desde luego no es tarea sencilla, para hacerles entender que el conflicto principal en el delito, se encuentra entre la víctima y victimario, y no entre este último y el Estado.

10. A modo de conclusión

El sistema jurídico-penal que rige actualmente considera al menor de 16 años inimputable, por lo cual se ha estructurado un sistema pretendidamente tutelar tendiente a generar en el joven conciencia de sus actos, orientando y educando al incapaz y a su familia. Sin embargo, este sistema adolece de graves defectos constitucionales, pues lleva al niño a la calidad de objeto, relegándolo como sujeto de derechos, recurriendo a medidas extremas como la internación, sin otorgar adecuada posibilidad de defenderse al incapaz, otorgando amplias facultades al juez y que muchas veces se transfieren (delegan) a los operadores técnicos (psicólogos, trabajadores sociales, etcétera).

Como expresa Eugenio Zaffaroni, “el Tribunal de Menores no puede ser un tribunal paternal y desjuridizado, en el que sólo cuenta la peligrosidad y se pasan por alto las garantías individuales y la cuantía de la lesión al derecho inferida por el menor. Semejante criterio como cualquier derecho “tutelar” ha sido pretexto de casi todos los derechos penales autoritarios idealistas, y el derecho del menor se ha

acercado fuertemente a dichos extremos, llegando a privar de defensa al menor, so pretexto de no ser necesaria, ya que no “pena” sino “tutela”.

Frente a un sistema con las deficiencias ampliamente denunciadas a lo largo del presente estudio, la sociedad, conmocionada por la violencia precoz, exige un rápido cambio. Disminuir, por ejemplo, la edad de punibilidad, puede ser una opción. Junto a ello, instaurando un régimen procesal y sancionatorio adecuado, con la alternativa de la mediación como modo de evitar el proceso judicial en caso de ser posible. La mediación puede convertirse en la opción buscada, aunque no debe ser tomada como la panacea de todos los males.

Estimo que la cuestión queda de este modo planteada, y abierto al debate de los distintos sectores involucrados con la justicia de menores, la resolución alternativa de disputas en el ámbito penal, y en general para todos aquellos que estén comprometidos con el respeto de los Derechos Humanos y las garantías fundamentales.

Sin duda aparecerán en el camino los infaltables escépticos que negarán a la mediación penal como una posible salida frente al violento vendaval que azota a este injusto e imperfecto sistema. En tal caso, un desarrollo más amplio y exhaustivo de nuestros puntos de partida, demostrará quién está más cerca de lo correcto.

Nicolás Laino

Mar del Plata, junio de 2005

Bibliografía

- ✓ “Mediación Judicial en el fuero penal”. Susana Casal.
- ✓ “La Mediación Penal y los Principios Procesales”. Silvina Marcela Paz y Silvana Sandra Paz.
- ✓ “Resolución Alternativa de Conflictos: Mediación Penal”. Karina Valenti. Libro de ponencias del X Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología.
- ✓ “Métodos de Resolución de Conflictos: la Mediación como alternativa al Sistema Penal Juvenil. María Eugenia Spoletti. Libro de ponencias del XI Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología.
- ✓ “Menores en situación de conflicto social y la necesidad del cambio”. Antonio Ricardo Tula. En Suplemento de Mediación Revista La Ley, Diciembre de 2001.
- ✓ “Cataluña y la Mediación en materia Penal de Menores”. Antonio Ricardo Tula. En Suplemento de Mediación de Revista La Ley, Marzo de 1999.
- ✓ “Mediación Penal”. Dr. Oscar Roger. Diario de Ponencias del encuentro sobre mediación penal realizado el día 19 de abril de 1998, en la Universidad Siglo XXI.
- ✓ “Programa de Mediación para Delitos Juveniles”, Convenio Tribunal Superior de Justicia-Ministerio de Gobierno y Justicia, Neuquén, marzo de 2003.
- ✓ Mediación y Justicia; Álvarez, Highton, Jassan; Ed. Depalma. Bs.As. 1996.
- ✓ La mediación y sus contextos de aplicación; Duffy-Grosch-Olczak. Ed. Paidós.
- ✓ Mediación. Resolución de conflictos sin litigio; Folberg-Taylor. Ed. Limusa Noriega, 1992.
- ✓ “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas”, por Louk Houlsman, en Criminología Crítica y Control Social. Ciudad de México. 1998.

Legislación

- ✓ Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, ley 11922 y modific.

- ✓ Ley de Patronato de Menores de la Provincia de Buenos Aires 10067.
- ✓ Ley de Régimen Penal de la Minoridad 22278.
- ✓ Ley Nacional de Mediación y Conciliación 24573.
- ✓ Constitución Nacional Argentina.
- ✓ Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño.
- ✓ Ley de Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires 12061.
- ✓ Directrices de la ONU para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (RIAD).