

MEDIACION INTERDISCIPLINARIA EN DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO PENAL DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA

por

Nilda S. Gorvein - Miguel Langón Cuñarro

I. DE LOS AUTORES DE ESTE TRABAJO

Consideramos necesario aclarar, que los autores de este trabajo, que venimos del Derecho Penal y el Derecho de Familia hemos trabajado en conjunto, a partir de una investigación en desarrollo, ciertas temáticas que involucran a la familia y resultan a nuestro entender, imposibles de separar. De todos modos hemos preferido a los fines metodológicos, y para ordenar la lectura del mismo, compartir ideas y conclusiones comunes, aunque algunos de nuestros pensamientos como operadores de diferentes áreas del derecho, aparezcan expresadas por separado.

II. OBJETIVOS DEL TRABAJO

Este trabajo se propone como *objetivo principal* plantear las situaciones concretas que a diario se presentan ante los operadores familiares (1), y que por razones, nada más ni nada menos que de procedimiento, resultan fraccionadas por el sistema, o por la lectura que del conflicto realizan, quienes intervienen para tratar de resolverlo.

Intenta, además, formular más que nada dudas, preguntas que todavía no tienen respuesta, nombres que todavía no imaginamos para aquellos espacios que deben habilitarse y aún son tierra de nadie.

Los casos a los que nos referiremos tienen que ver con situaciones que pueden nacer dentro del Derecho de Familia y derivar al Derecho Penal, o viceversa. Concretamente, nos planteamos trabajar sobre aquellos casos de niños y adolescentes involucrados en situaciones delincuenciales, niños víctimas de maltrato, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, obstaculización del régimen de comunicación con los hijos, delitos leves, entre otros.

(1) Operadores Familiares: incluimos en este amplio concepto a todos aquellos profesionales que desde diferentes lugares operan con la familia, abogados, jueces de familia, jueces penales, jueces de menores, asistentes sociales, psicólogos, etc.

Evidentemente la articulación de las normas de familia y las penales, para algunos resultará inadmisibles, pero lo real es que es *la familia* la que enfrenta esta dicotomía a diario. Sin ir más lejos, los adolescentes que cada vez más aparecen incurso en conflictos penales, son tomados por el sistema y aislados de toda posible recomposición social con su familia, provocando con ello su expulsión definitiva del núcleo original, o la reincidencia cuasi permanente en delitos cada vez más graves.

No hay instrumentado un sistema, un espacio, una modalidad de trabajar estos casos, que no sea fraccionando a algún miembro de la familia, hoy el golpeador, mañana el abusador, otro día el niño delincuente.

Como es lógico suponer esto no ocurre casualmente, sino que el sistema y los operadores en lugar de conectarse en función del problema que deben resolver o ayudar a resolver, permanecen desconectados, o parafraseando a Kenneth Gergen, intervienen "fraccionados".

Tal como surge de lo anteriormente dicho, la que resulta invariablemente fraccionada es la familia. Entonces, "la familia, como institución, es quizás la que más padece a raíz del carácter fraccionario de las relaciones", (2) y esto puede extenderse a las instituciones y los sistemas que necesariamente intervienen cuando ella enfrenta un conflicto.

Necesariamente la solución pasa por expulsar al "culpable" del sistema, de por sí deteriorado, cuando acude en busca de una solución.

Se hace necesario aclarar, que sumado a este complejo panorama, la familia atraviesa, como institución, un trance que la hace más sensible a los conflictos y menos preparada para resolverlos. Es lo que Gergen llama la "familia saturada" (3) concepto que ampliado y llevado al marco social, le permiten hablar de saturación social, para referirse a aquel contexto que modela un "individuo sin carácter", y que al mismo tiempo *suministra incitaciones a la incoherencia*. Como dice este autor: "el ser posmoderno es un nómada inquieto" (4).

Concluyendo la idea, el sistema de justicia no tiene previsto una modalidad de intervención que contemple una familia actual con las características descriptas, la complejidad de conflictos de esta naturaleza, y que tenga en cuenta a toda la familia cuando piensa en darle solución al conflicto, que mire por las víctimas y también por los victimarios, en una actitud de reparación y prevención, más que de castigo.

(2) Gergen, Kenneth: "El yo saturado", Paidós Contextos, 1992. "The Saturated Family", Networker, September/October, 1991.

(3) Gergen, Kenneth: "El yo saturado", Paidós Contextos, 1992. "The Saturated Family", Networker, September/October, 1991.

(4) Gergen, Kenneth: "El yo saturado", Paidós Contextos, 1992. "The Saturated Family", Networker, September/October, 1991.

No obstante, la realidad nos demuestra que a pesar de no existir estos espacios, los casos clínicos que se presentan son únicos y particulares, es la familia la que resulta entonces atravesada por el sistema, los profesionales, las técnicas, las normas, los plazos, los diagnósticos, las pericias, las pruebas, en suma por una cantidad de operadores que a la postre no sólo no logran ayudar a que el sistema familiar se recomponga, sino que por el contrario “victimizan” secundariamente a quienes ya han ido víctimas de alguna situación que reviste gravedad, y desde ya a las familias a la que pertenecen.

Además, es válido afirmar que desde nuestra experiencia, hemos podido observar la frustración de los operadores frente al caso y la imposibilidad de dar una respuesta integral al problema.

¿No nos habrá tocado a nosotros, el momento de pensar en nuevos paradigmas que nos permitan poner en práctica otras modalidades de resolver los conflictos, coordinando las acciones de los distintos operadores de manera coherente, estableciendo redes profesionales e institucionales que den respuestas más coherentes e inmediatas?

Todo ello sin reparar tanto desde que área del Derecho venga esa solución, lo que necesariamente ocurre cuando todos los profesionales intervinientes tienen el mismo objetivo de trabajo.

EL MODERNO DERECHO DE FAMILIA DEMOCRATIZACION DE LAS RELACIONES FAMILIARES

Dra. Nilda Susana Gorvein

A las disciplinas que necesariamente complementan la visión del operador de familia, como la Sociología Jurídica y Familiar, la Psicología Evolutiva y Sistémica, la Antropología, ahora añadimos el Derecho Penal, la Victimología y la Criminología, como elementos que surgen a diario en la casuística del Tribunal de Familia y del abogado familiar.

La incorporación de los tratados internacionales a la Constitución Nacional, permite hablar más propiamente de la democratización de las relaciones familiares, en función del mejor tratamiento de problemáticas que se dan dentro de la familia y en relación a los niños. Si bien los Tratados necesitan un ajuste en cuanto a su adaptación a las normas de derecho interno, permiten hablar de un blanqueo de las relaciones familiares, destacando aquí las *conyugales*, las *paterno filiales*, y las que se establecen en las nuevas organizaciones familiares, como por ejemplo en la Familia Ensamblada.

Este concepto, además, implica terminar con la “impunidad” con la que algunos miembros de la familia cuentan para sostener alguna situación de poder, para abusar,

para comportarse negligentemente, para abandonar, para no comprometerse, para no asumir responsabilidades, en detrimento de la sumisión de otro miembro del sistema, obviamente más débil o indefenso que aquél.

Fundamentalmente, entonces, la democratización pasa por el tratamiento igualitario de los miembros de la familia, rescatando y permitiendo ejercer los derechos de los miembros más débiles de la misma, como son: los *niños*, los *ancianos*, los *discapacitados*.

Asimismo democratizar implica: *no discriminar*, *no someter*, *no violentar* a algunos miembros más débiles de la familia por otros más fuertes, de allí el valor y significación de los Tratados en sus diversas temáticas.

Se debe tener en cuenta que en los momentos de crisis familiar, es cuando más decae la *empatía* ⁽⁵⁾ *parental o familiar* y que en función de ello, se descuidan y deterioran más los vínculos jurídicos intrafamiliares.

Esto puede suceder, en los llamados ciclos vitales de la familia, que son aquellos momentos de crecimiento evolutivo naturales que vemos en ella, como por ejemplo la entrada de los hijos en la escuela primaria, la salida de los hijos del hogar.

Pero en la familia disfuncional esto puede ocurrir en cualquier momento, y no existe el mecanismo autorregulador que permita que todo se equilibre luego de la crisis.

En otro orden no deben olvidarse los *derechos subjetivos intrafamiliares* que generan, a favor de cualquiera de los miembros que haya visto violentado sus derechos por parte de otro miembro del grupo familiar, la posibilidad de reclamar el pronto restablecimiento de los mismos ⁽⁶⁾.

En el caso puntual de los hijos, estos pueden estar representados por cualquiera de sus progenitores, independientemente de la actuación del Ministerio Pupilar, para defender los derechos del niño, que han sido violentados, incumplidos o simplemente no respetados.

I. NUEVOS PARADIGMAS EN DERECHO DE FAMILIA. NUEVAS FORMAS DE INTERVENCIÓN Y MODELOS DE ABORDAJE DE LOS CONFLICTOS QUE ATRAVIESA LA FAMILIA

Cuando hablamos de *nuevos paradigmas en derecho de familia* nos referimos a nuevos modelos de abordaje de los conflictos que atraviesa la familia.

(5) Empatía: Aquí entendemos el vocablo como la capacidad de una persona de ponerse en el lugar del otro. "La Capacidad del sujeto para sentir por vía instintiva e intuitiva lo que siente el objeto. Es un proceso del yo, más precisamente, una expresión afectiva del yo... [...] el sujeto resigna temporariamente su propio yo en favor del yo del objeto." (Olden).

(6) Aludimos a la Responsabilidad Civil derivada de las relaciones de familia.

Las *nuevas organizaciones familiares, requieren nuevas formas de intervención*, que implican intervenciones conjuntas, tanto de parte de los operadores que trabajan en el caso, como de los jueces, con los profesionales que los auxilian. Aquí lo importante sigue siendo la *coherencia operacional*, para no desgastar al sistema familiar ni al sistema profesional, si lo hubiere.

Thomas Kuhn en "La estructura de las revoluciones científicas", habla de la construcción de nuevos paradigmas, haciendo la salvedad de que hay momentos de transición entre un paradigma de la ciencia y otro, momento en el cual, subsisten el anterior y se empieza a insinuar el nuevo. Nosotros nos encontramos en esta especie de Salto Cualitativo en el que el modelo anterior de trabajo no nos es suficiente y necesitamos algo más completo, que se ajuste más a las necesidades de la familia actual.

Dentro de los métodos no tradicionales de resolución de conflictos, nos encontramos con la *mediación* que en muchos países se aplica, entre otros, al campo penal.

Habiendo sido incorporada por el Ministerio de Justicia, la Mediación obligatoria, previa a la instancia judicial, a través de la ley de Mediación y Conciliación, y estando en estos momentos, en tratamiento, los Proyectos de Mediación Familiar en la Cámara de Diputados de la Nación, sería interesante comenzar a estudiar la posibilidad de utilizarla para trabajar sobre los conflictos en que intervienen necesariamente, ambas ramas del derecho (Familia y Penal).

No estamos seguros de cómo denominar esta especial clase de Mediación que se daría al trabajar situaciones que se generan en un lugar del Derecho y desembocan en otro. Pero suponiendo que la llamáramos Mediación Penal, su incorporación, implicaría el surgimiento de un nuevo modo de regulación social que debe llevar consigo una recomposición de los informes entre los que se han dado en llamar la Sociedad civil y el Estado.

De todos modos habría muchas particularidades en su aplicación práctica que la diferenciarían de otro tipo de mediaciones, inclusive la familiar. No obstante ello, y tal como lo planteamos en el Proyecto de Ley de Mediación Familiar, en materia penal, es necesario que el Servicio de Mediación esté inserto en el Sistema Judicial, para que el sentido del instituto no se pervierta.

En otro orden, si el objetivo fijado de las estructuras de Mediación Social o Comunitaria no es restituir la justicia, sino dar mayor relevancia a lo social, generando acciones tendientes a recomponer las formas de sociabilidad, esto debe permanecer dentro del ámbito del sistema de justicia.

Obviamente, frente al poder instituido de la judicialización de los conflictos, cualquier intento por tratar de *desjudicializar*, será lento y difícil.

Experiencias en relación a *equipos de mediación municipales* (Noruega, Francia, Estados Unidos), que constituyen una alternativa respecto de las detenciones, principal-

mente las de jóvenes delincuentes, están llevándose a cabo en estos momentos como un intento de dejar el sistema judicial como último y no como primer recurso para dirimir conflictos.

Dinamarca lleva a cabo actualmente un Proyecto de Mediación Víctima-Agresor, cuyo objetivo radica en prevenir comportamientos criminales y acelerar el proceso de reparación y cicatrización de la víctima. Las normas al respecto han sido puestas por el Consejo Danés de Prevención Criminal. Los mediadores han recibido entrenamiento especial antes de poner en marcha el proyecto.

El proceso supone que antes de llevarse a cabo la Mediación debe seguirse un procedimiento particular. Cuando la policía tiene un agresor, contactan con los servicios sociales del consejo en el que vive el agresor. Estos servicios llevan la solicitud al Mediador, el cual contacta con la víctima, y el agresor. Luego de ello decide tras una breve charla con ellos, si es posible la mediación o no.

En el orden Penal, la propuesta de Mediación como alternativa al tradicional proceso judicial, tiene su origen en los estudios y movimientos de atención a las Víctimas, y se encamina, fundamentalmente, a la obtención de una reparación cuyo contenido no tiene, en principio, un carácter exclusivamente económico. Los procedimientos o formas en que puede realizarse la mediación están, sin duda, condicionados por el sistema de justicia penal que impera en cada Estado, alcanzando una mayor viabilidad en aquellos países donde la asunción del principio de oportunidad procesal permite la posibilidad de renunciar al proceso penal. Al margen de los problemas concretos que puede plantear la mediación (así, por ejemplo, el riesgo para la garantía de presunción de inocencia), la cuestión fundamental reside, en cuestionarse el sentido y la función del monopolio del Estado en el ejercicio del derecho a castigar.

En Estados Unidos se utiliza la mediación, incluso, para intervenir en los conflictos que se dan en las prisiones, así entre compañeros, administradores, encargados de custodia, se utilizaron en un reformatorio estatal, técnicas de mediación para lograr acuerdos tendientes a mitigar las tensiones raciales y la violencia, que también redujeron las quejas por discriminación en el proceso disciplinario.

II. ¿DONDE LA APLICARIAMOS?

Hay una cantidad de situaciones contempladas por el Derecho argentino y por los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional, que serían campo propicio para aplicar la Mediación Penal y/o Familiar.

La ley penal argentina ha incorporado recientemente a través de nuevas normas, algunas protecciones respecto de la familia:

Ley 24.410 de "Delitos contra las personas, el estado civil, la libertad individual, la fe pública". 1994

Arts. 106 y 107 del Código Penal.

Ley 24.417 de "Protección contra la violencia familiar" 1994

Ley 24.270 de "Contacto de Menores con los padres no convivientes" 1993.

Otras situaciones han sido contempladas desde hace tiempo, pero a pesar de ello, no se ha previsto una forma particular de intervención en este tipo de conflictos.

Así por ejemplo, la Ley 13.944/50 de "Delito de Inasistencia Familiar", o la obstrucción del Régimen de Visitas o del Derecho/Deber de Comunicación.

Cada vez más, el Abuso Sexual es esgrimido, como una nueva excusa para interferir la comunicación entre padres e hijos. (Nos referimos aquí a los casos denunciados, fundamentalmente por las madres, en que se ha demostrado que no hubo tal abuso).

Violación de los Derechos del Niño a expresar su opinión y participar de las decisiones que lo involucran.

III. LEY 24.316 QUE INSTALA LA PROBATION

La *probation*, surge como método alternativo de la pena privativa de libertad, y puede adoptar dos modalidades:

a) como medida autónoma: se suspende el proceso penal sin dictarse sentencia, sometiéndose al imputado al régimen de prueba;

b) como medida complementaria: se suspende la ejecución de la condena, quedando el condenado sujeto al sistema de vigilancia.

A partir de este instituto, comenzamos a preguntarnos:

Si la *probation* se ideó para no condenar a prisión, y reemplazar esa instancia con otra medida (Ej. el trabajo comunitario). ¿Podría funcionar una suerte de *probation* en Derecho de Familia/ Derecho Penal, para quienes incurren en violación o incumplimiento de los deberes u obligaciones que generan los derechos subjetivos intrafamiliares?

Sería factible mediar en estos casos, para establecer, como mínimo, un acuerdo víctima: agresor/ incumplidor / infractor familiar, por el cual éste deberá someterse a un régimen a prueba durante el cual, independientemente de comprometerse a la reparación, también deba encarar un tratamiento, en el caso de ser un violento/dependiente, etc.

En relación a ello, pensamos que si la reparación no va acompañada del tratamiento correspondiente, no hay lugar para la resocialización y la reincorporación del sujeto de que se trate. Sabemos que actualmente, hay una tendencia a colocar a la víctima en situación de indemnidad, como una forma de solucionar el conflicto emergente

del delito (7). De esta manera, se apunta a la posibilidad de considerar a la reparación como un fin más de la pena, para así facilitar la pretensión reparatoria de la víctima (8).

Dentro de esta idea no somos partidarios de que la reparación pecuniaria sea la *única forma de reparar*.

¿Sería posible y conveniente generar un espacio para el *arrepentimiento* y la *disculpa* por una parte, y la *satisfacción* y *reparación* a la *víctima* del incumplimiento, maltrato o violación del Derecho, por la otra?

¿Dónde debería abrirse este lugar, este espacio, en sede penal o familiar? ¿O en ninguno de los dos?

¿Es un espacio *ad hoc*, especial y diferente?

¿Será la mediación penal, un nuevo recurso, un nuevo espacio para revisar y trabajar estos conflictos?

¿Será posible elaborar estrategias de prevención dentro del marco de la mediación penal? ¿O buscar intervenciones que tengan como mira la protección del interés familiar, para que la búsqueda de este objetivo deje de ser una utopía en la práctica cotidiana?

¿Podríamos finalmente, hablar de *delitos intrafamiliares*, para referirnos a aquellos que se producen dentro del seno de la familia, es decir que no sólo suceden dentro del hogar sino que están gravados por el vínculo? Son preguntas para reflexionar.

En países como Alemania, Francia, Estados Unidos, Inglaterra, también se han dado las condiciones para que se trabaje este tema con adultos.

Así en la mayoría de los países europeos se prevé la reparación a la víctima como condición o imposición para la suspensión de la pena (Alemania, Bélgica, Dinamarca, Escocia, Inglaterra, Portugal, Polonia, Suecia, Suiza, etc.).

La generalidad de las reparaciones que se han aplicado, precisas en cuanto a su naturaleza y duración, alternaban entre:

Contribuir a la reparación de los daños ocasionados.

Ofrecer un objeto personal.

Ahorrar una cantidad de dinero para un menor o para una obra determinada.

Comprar ropa o un objeto para un menor dependiendo de la jurisdicción de jóvenes.

Visitar o hacer un obsequio a un menor minusválido (obra de bien), a un anciano, a un accidentado... .

(7) Roxin, Claus: "La reparación en el sistema de los fines de la pena".

(8) Sadino, González y Torres: "Suspensión del Juicio a Prueba" Ley 24.316. Investigación inédita. Junio 1996.

Es de destacar aquí el mismo cuidado que debemos tener en cuanto al criterio de Autonomía que le está reconocido a los menores, donde necesariamente hay que tener en cuenta su edad, sus recursos, su desarrollo y madurez.

MEDIACION PENAL: UNA ALTERNATIVA A LA VIOLENCIA

Prof. Dr. Miguel Langón Cuñarro

I. OBJETIVOS

En este trabajo no nos ocuparemos directamente de la continua violación de los derechos básicos de quienes son sometidos, en el Cono Sur, a proceso penal, sino del otro segmento, constituido por las víctimas de los actos criminales, las eternas olvidadas, a las cuales el sistema otorga nulas o muy escasas satisfacciones, no obstante la aparatosidad y el costo de su intervención.

II. CRITICAS AL SISTEMA ACTUAL

Es un lugar común señalar las disfunciones, y aún el fracaso, del sistema procesal penal y del derecho sustantivo, para solucionar los conflictos sociales, y dar satisfacción razonable a las víctimas de los delitos.

La ideología del tratamiento y la resocialización está en crisis; la prisión ha agotado sus posibilidades y sólo es aceptable como un mal necesario, que es necesario minimizar en lo posible, evaluando alternativas, y siguiendo a su respecto una línea de abolición del aprisionamiento.

El dogma de la oficialidad de la acción, ha puesto de manifiesto, con evidencia, la necesidad de "reprivatizar" los conflictos y de limitar la actuación de oficio de los operadores del sistema del control social penal; el principio de legalidad se ha visto matizado por los de discrecionalidad, oportunidad y trascendencia, lo que señala, entre otros síntomas, la crisis de la prevención y el tratamiento, y del derecho penal tradicional, y augura su transformación.

III. SER ECO DEL DERECHO COMPARADO Y LAS NORMAS INTERNACIONALES

En este sentido, la voz de orden, a nivel de los Organismos especializados de Naciones Unidas sobre Justicia Penal y Tratamiento de los Delincuentes, no es la de establecer nuevos Reglamentos Modelos, Tratados, Directrices, Normas de Conducta,

etc., que los hay, y en abundancia, y muy buenos, sino la de implementar su efectivización en la realidad de los diferentes países, para lo que se requiere el seguimiento y monitoreo, no sólo de la ley escrita sino, y en forma principal, de su aplicación concreta en la realidad de la vida cotidiana.

En efecto, y en lo que nos interesa, tenemos algunos documentos importantes, como las Reglas de Tokio, en cuanto a las alternativas, al aprisionamiento y, muy especialmente, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, cuya aplicación efectiva, por lo menos en lo que concierne al Uruguay, dista mucho de ser realidad, todavía.

Regulaciones sobre la participación de la víctima en el proceso; facilitación del ejercicio de la acción civil por daños y perjuicios emergentes del delito; y la consideración de la satisfacción de ésta a través de mecanismos de compensación, reparación y otros, como antecedentes obligatorios del sobreseimiento fiscal o como atenuante de la responsabilidad, están en consideración en diferentes proyectos de reforma, pero no son ni, realidad en la actualidad, ni tampoco, lo que es peor, creemos que sean suficientes en el futuro, aun cuando se llegaren a introducir las reformas, que apoyamos, en estas áreas.

IV. CUESTIONES PARA IR REFLEXIONANDO

Nos parece, que, sin perjuicio de todo ello, deberían implementarse actuaciones previas, que impidan incluso la iniciación del proceso penal. Es decir, no sólo considerar que uno de los objetivos del proceso es la reparación de la víctima, sino incluso entender y hacer efectivo, que, si se produce la tal reparación, en principio, no debería siquiera iniciarse el proceso, con lo que se avanzaría enormemente en el camino de la pacificación, la desmotivación a soluciones violentistas y a una mejor calidad de la vida ciudadana. Aquí si cabría comenzar a hablar de Mediación Penal como instancia previa al juicio.

Si, como enseña entre nosotros Gelsi Bidart, el sistema judicial penal produce un alto costo familiar, social y económico con violación sistemática de los Derechos Humanos de la sociedad en general y de los involucrados, víctimas y sospechosos, lo mejor es no ingresar siquiera en el sistema. Puede este mejorarse, y debe serlo, y en tal sentido se proyectan las reformas en ciernes, pero ello es sin perjuicio de considerar que lo mejor sería, que no hubiera "causa", por haberse resuelto el conflicto real entre las partes, a satisfacción de todos los interesados y de la sociedad global.

V. MEDIACION FINAL

Sometemos entonces a consideración, nuestra propuesta que no es otra que meditar sobre la conveniencia de implementar en materia de adultos, lo que ya viene

experimentándose con éxito respecto del tratamiento de menores infractores. Nos referimos aquí, a las experiencias de mediación, que suponen propuestas de real desjudicialización, aunque, en ocasiones y según el sistema que se adopte, pueda haber intervención de algún magistrado, a los efectos de la homologación de los acuerdos, a la precalificación de los casos que ingresarían al sistema, y a su evaluación y cumplimiento.

De nuestra investigación en el tema, surge que la adopción de planes de conciliación delincuente-víctima en derecho penal común de adultos, no es una novedad en el campo del derecho comparado. Existen experiencias al respecto, tanto en la Comunidad Europea, como en los Estados Unidos, donde la reparación aparece sobre todo como condición o requisito de la suspensión de la pena, sin perjuicio de su clásica consideración, inoperante, a los fines que buscamos, como causa genérica o específica de atenuación.

En general la conciliación se ha visualizado como una de las formas alternativas al aprisionamiento, como forma de desjudicialización con el objetivo fundamental de lograr el sobreseimiento de la causa si hubo acuerdo entre los actores, delincuentes y víctimas, antes del inicio del juicio.

En realidad también deberemos oportunamente diferenciar los conceptos de conciliación y mediación en este campo ya que apuntan a objetivos muy distintos y la modalidad de implementación difiere sustancialmente.

Distinguiremos dos formas de concebir la conciliación / reparación: 1) una es la ya señalada, que diríamos la forma clásica de respuesta, como sanción penal independiente, con una función puramente instrumental dentro del sistema de justicia, contribuyendo a la mayor diversificación de la respuesta penal y al establecimiento de alternativas, en cuyo caso es una respuesta hecha al interior del proceso penal, y otra, que es la que postulamos, 2) que la contempla como mecanismo de desjudicialización o de mediación que, como se ha señalado por J. Martín y J. Funes ("La mediación en la justicia juvenil", Cataluña) modifican sustancialmente el sentido de la reacción social frente al delito".

VI. PROPUESTAS DE MEDIACION PENAL

Lo que proponemos es la implementación legal de la posibilidad de que los interesados puedan resolver el conflicto, la "situación problemática", en el sentido del abolicionismo, teniendo en cuenta sus propios y verdaderos intereses, y no los utópicos y generales, en la necesidad imperiosa del "castigo" al criminal.

Naturalmente que las "partes", pero también el conjunto de la sociedad se verían beneficiados ampliamente por la implementación de una modalidad de esta naturaleza, por cuanto el sistema dejaría de ser en buena medida simplemente simbólico, para ocupar un rol prioritario en la solución real del problema.

VII. LUGARES POSIBLES DE APLICACION

Es posible que estos niveles puedan implementarse ante la Fiscalía, si es que el Ministerio Público adopta finalmente el rol que le corresponde en esta materia, y se va a un sistema procesal realmente dispositivo, lo que se supone otorgarle potestades discrecionales de mayor amplitud, dando intensa cabida a los principios de oportunidad y de trascendencia.

Los mecanismos de conciliación y de mediación a este nivel, y aun a nivel policial, en los países que aceptan al organismo de seguridad en la indagación preliminar, o por medio de un servicio autónomo de mediación (quizás bajo control del Poder Judicial), darían un real sentido a la palabra desjudicialización.

Estos principios que a veces se miran con recelo en estas partes del mundo, acostumbradas, lamentablemente, a experiencias intolerables de la policía y otras agencias demasiado dependientes del Poder político, han sido sin embargo ampliamente recomendadas en materia de justicia juvenil (Res. (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; Reglas de Beijing de Naciones Unidas, 11.1.), y será necesario considerar sin perjuicios si verdaderamente se quiere avanzar en esta materia.

Estos programas, del que el de Cataluña que comentamos antes puede ser ejemplar, se basan en los principios de mínima intervención judicial, de individualización de las soluciones según cada caso particular y la necesaria diversificación de las mismas, sobre la base de la voluntariedad de las partes de ingresar al sistema, del reconocimiento de su responsabilidad por el infractor y de la rapidez de la respuesta, esto es, de la inmediatez en el tiempo, en la relación entre solución del conflicto y fecha del ilícito⁽⁹⁾.

La mediación, la reparación y el servicio de beneficio comunitario, en especial cuando la víctima no es una persona física, sino una institución son las principales formas de reparación que se visualizan, debiendo tenerse presente que las multas o penas pecuniarías a favor del Estado, deben postergarse e incluso dejarse de lado, si dificultan o impiden el prioritario reconocimiento y satisfacción de la víctima concreta de que se trate.

Involucrar intensamente a las partes (víctima, victimario y sociedad) en la solución del conflicto y la reparación del daño puede tener efectos más beneficiosos para la pacificación social y la prevención de atentados criminales, al mostrar una justicia efectiva, que no incrementa la selectividad, la estigmatización y la violencia, sino que la atempera en todo cuanto esté a su alcance.

Con esta actitud, se logra un acercamiento entre la justicia y los ciudadanos y se intensifica el sentido de responsabilidad por sus actos por parte del autor, que tiene de tal modo la oportunidad de reflexionar sobre todo lo actuado y tomar opciones diferentes en el futuro.

(9) "La Mediación en la Justicia Juvenil": Investigación inédita de los Equipos de Mediación de Cataluña, 1995.

La selección, nombramiento y formación de los mediadores, no necesariamente jueces, ni siquiera abogados, la provisión de los equipos interdisciplinarios coadyuvantes, el establecimiento del proceso de mediación propiamente dicho, el mecanismo de selección de los casos que se someterán al sistema, y la obtención de los recursos necesarios para la puesta en funcionamiento de la mediación penal en materia de adultos, y también de adolescentes en aquellos lugares donde aún no se ha implementado, son algunos de los aspectos esenciales a considerar, pero lo fundamental, pensamos es crear conciencia de que es posible intentar este camino.

Se hace necesaria la creación de un espacio participativo en donde se solucionen verdaderamente los conflictos, no por el mediador, sino por las partes. El acrecentamiento del sentido de responsabilidad del infractor y de satisfacción de la víctima por el funcionamiento del sistema de justicia velando por la solución efectiva de su problema y donde, por sobre todas las cosas, fue escuchado y atendido, trae aparejada la humanización que debe teñir todo ese proceso.

Si no se burocratiza y se mantiene el sentido que debe tener, redundaría en provechosos beneficios comunitarios en cuanto a la percepción que se tiene de la ley, los jueces y el derecho penal en general, sin mengua de los imponderables ya mencionados referentes a la disminución de la violencia intrasistemática y de sus consecuencias criminoimpelentes.

VIII. COLOFON

Finalmente diremos que, en lo inmediato, sin perjuicio de lo dicho anteriormente, por ahora, en los países del Cono Sur, creemos que todo el sistema de mediación penal, podría estar en última instancia, bajo la supervisión y homologación de un Juez, que garantizara la transparencia y regularidad del sistema, pudiendo quizás, la ley, establecer sistemas abiertos, de gran flexibilidad que permitan una adaptación progresiva de las costumbres a estas modalidades alternativas.

El establecimiento de la mediación penal en materia de adultos, y no sólo para delitos de bagatela, puede ser algo más que una alternativa al encarcelamiento, y transformarse en una manera diferente de responder al delito, alternativa no ya a la pena de prisión, sino al proceso y al juicio en sí mismo.

REFLEXIONES COMUNES A NUESTRA INVESTIGACION

Parece que el *Derecho Penal Juvenil* es el ámbito del derecho penal donde se dan las mejores condiciones para comenzar en el desarrollo de estrategias de Mediación Penal. Dentro de ese marco cabría plantearse la aplicación de Programas de Mediación

delincuente-víctima, visto el carácter especial de las normas aplicables a la población juvenil.

Para contribuir al *proceso de desjudicialización* la mediación penal - familiar debe tener un método de aplicación coherente, de acciones comunes por parte de los diferentes operadores, que incluya a los jueces que intervengan en el caso.

“Las *redes profesionales e institucionales* parecen ser el mejor camino hacia la *coherencia operacional* que se necesita para ayudar a la familia en conflicto.

Responsabilizar a las partes involucradas es dejar lentamente el espacio que el Estado, en una actitud de sobre protección, ha ocupado en los últimos años.

Devolver esa responsabilidad es una tarea para la cual los operadores deben estar preparados, ya que la familia debe también prepararse para aceptarla y no siempre puede hacerlo.

Involucrar a las partes en la solución del conflicto, es una fórmula que da resultado en el tiempo, como garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados.

Acercar la Justicia a la gente que tiene los conflictos parece ser el sentido hacia donde hay que moverse en este momento que vive la familia, tal cual la delineamos en este trabajo.

Capacitarse de manera específica en mediación familiar y penal es un paso imprescindible para poder trabajar en este campo, donde no hay espacio para las improvisaciones.

Crear espacios participativos donde se puedan viabilizar las soluciones de los problemas que planteamos es el reto actual.

Al estilo de los operadores ingleses en esta materia, *proponemos trabajar todos juntos* fijando las mejores estrategias y cursos de acción.

Crear en el marco de la probation un espacio posible donde trabajar en la línea que hemos propuesto.

Esta tarea recién comienza...

Citas bibliográficas

Nota: Las mayorías de las referencias sobre Mediación Penal Comparada, se han tomado de las exposiciones realizadas durante el Foro Mundial de Mediación realizado en España, en setiembre de 1995.