

BORRADOR PARA MUESTRA 3

DIENTE DE LEÓN,

Teoría y metodología de la Justicia Restaurativa  
desde la práctica cotidiana

BORRADOR PARA MUESTRA 3

**EDUARDO GERMAN BAUCHÉ**

**MARIELA ISABEL PRADA**

*COLABORADORES:*

**ADA LUPE MARTÍNEZ-ROMINA NOEMÍ DONATO**

## **DIENTE DE LEÓN**

Teoría y metodología de la Justicia Restaurativa  
desde la práctica cotidiana



2018

©Bauché, Eduardo Germán

©Diente de león: el arte de la justicia restaurativa desde la práctica cotidiana / Eduardo Germán Bauché; Mariela Isabel Prada. - 1a ed. - Rosario: Ediciones AVI, 2018.

284 p.; 21 x 15 cm.

ISBN 978-987-1924-41-7

1. Derecho Penal. I. Prada, Mariela Isabel II. Título

CDD 345

Fecha de catalogación 29/06/2018

Composición de texto Romina Pederzoli.

Ediciones AVI SRL (Mitre 208, Rosario, Santa Fe, Argentina) para la Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas (Italia 877, Rosario, Santa Fe, Argentina, fundeciju@gmail.com)

Hecho el depósito que previene la ley 11.723.

Derechos reservados.

**Contactos para sugerencias, aportes y distribución:**

**[mcapaletegui@gmail.com](mailto:mcapaletegui@gmail.com)**

## PRÓLOGO POR

### DR. JORGE PESQUEIRA LEAL

Quando volcamos nuestra mirada hacia el entorno social es frecuente suponer que todo ha sido siempre como lo observamos, por lo que consideramos válido sospechar de cambios que aunque nos benefician desestabilizan nuestra percepción de seguridad y tendemos a perpetuar una realidad que conspira contra nuestra dignidad y derechos fundamentales.

Se nos ha inculcado que la violencia es inherente a la naturaleza humana y que nosotros como personas no podemos lidiar con esta realidad, de ahí que fue necesario ceder al Estado la protección de nuestros derechos para que este a través de un marco normativo completo y eficaz, diera plena vigencia al orden y la paz social requeridos para que cada uno de nosotros estuviese en condiciones de desarrollar armónica y plenamente todas nuestras facultades positivas.

Es de destacar que la toma de control del Estado sobre nuestros derechos, lo hace usufructuario de estos y en consecuencia establece sus propios mecanismos de protección social. El problema es que ni aún en las democracias más avanzadas, identificamos “Estados del pueblo” ya que estos obedecen primariamente a las agendas de grupos de poder que son a la vez los generadores de condiciones que provocan la violencia y residualmente a los intereses sociales, cuya satisfacción, es indispensable para que paso a paso nos aproximemos a la justicia real, es decir, donde todos dispongamos de las mismas condiciones para aprender a conocer, a hacer, a ser y a vivir juntos.

Paradójicamente la rama del Derecho que tutela los valores sociales fundamentales y que para prevenir su vulneración establece fórmulas de intimidación tan drásticas como la prisión perpetua, es parte de la citada función residual en los estados contemporáneos, lo que permite abrir espacio a investigadores y académicos para plantear propuestas de cambio que impacten las agendas prioritarias de los citados grupos de poder.

Es en el contexto del surgimiento de nuevos paradigmas de la justicia penal en donde nace la obra de Eduardo Germán Bauché, cuyo aval se sustenta en la oportunidad de haber vivido la realidad de infractores adolescentes y adultos, así como de víctimas u ofendidos con una pragmática comprensión de las comunidades en donde suceden hechos delictivos a lo cual se le suma su rigurosa formación académica.

Sin embargo la cualidad que más se reconoce del Dr. Bauché radica en que además de ser un gambusino de la paz interior, es explorador y activista en la edificación de la paz social. Quiénes tenemos el privilegio de conocerle sabemos que es un referente inspirador para quienes comprendemos que la paz tanto se alcanza a través del autoconocimiento como de su práctica cotidiana.

Si invariablemente colocáramos en el epicentro de nuestras vidas, la dignidad de cada persona y el respeto de sus Derechos Humanos, excepcionalmente se actualizarían delitos y pasaríamos de la utopía de la paz a una realidad en la que los conflictos se transformarían en alternativas para alcanzar nuevas etapas de la evolución social.

La lectura transversal de la obra del Dr. Bauché nos ha permitido constatar que su eje rector es la paz social, de ahí su férreo cuestionamiento al *Ius Puniendi* y en particular su proceso de instrumentación hasta la actualidad, correlacionándolo para mayor claridad con la evolución del Sistema Carcelario y sus nocivas consecuencias para los delincuentes y la sociedad.

Si bien es cierto que la historia de la humanidad ha sido la historia de la opresión, el sometimiento y la cosificación de los seres humanos y que muchedumbres en todas las regiones del mundo claman en silencio por el respeto a su dignidad, paralelamente desde el margen de la Filosofía, lenta pero consistentemente se ha abierto espacio al respeto de la igualdad, la libertad, la tolerancia y la equidad. Por lo que se ha reflejado en la Justicia Penal que con el novel paradigma de la Justicia Restaurativa busca un espacio significativo para la dignidad, la autonomía de la volun-

tad y la sinergia como modos de vida y que por cierto integran los tres primeros Principios de la Mediación Asociativa.

En base a lo antes comentado, cabe señalar que el Dr. Bauché correlaciona la paz, la justicia, la paz social, la armonía social, la creación de valor y la Mediación; ofreciendo una lectura distinta de los actores del conflicto criminal y de las diversas sociedades contemporáneas, recordándonos que a los seres humanos el castigo, en particular la pena de prisión, entre más severa menos amedrenta, dando cuenta de esto la historia del Derecho Penal.

Cuando se refiere a los delitos y a la evolución de las penas, pareciera remontarnos a miles de años de nuestra historia, sin embargo, nos ubica en los últimos doscientos años que resultan suficientes para explicar las ideas penales que han regido el mundo occidental en particular a América Latina y se han convertido en Normas Jurídicas que rigen la conducta. En efecto, dos Escuelas penales han imperado: la Clásica y la Positiva, conocidas por todos los profesionales del derecho, paulatinamente apareció una tercera Escuela, más allá de otras con menos relevancia, me refiero a la Corriente Restaurativa que considerando los tiempos en que vivimos se abre espacio paso a paso, junto con la última versión de la primera señalada ahora conocida como Escuela Neoclásica.

Para comprender la relevancia de los planteamientos que hace referencia el Dr. Bauché, resulta indispensable un recorrido a vuelo de ave por las Escuelas antes mencionadas, su visión de la conducta criminal y la respuesta que el Estado debe dar a quien infringe una hipótesis penal.

Fue precisamente en las postrimerías del Siglo XIX que tuvo auge la confrontación dialéctica entre las Escuelas Clásica y Positiva. Cabe precisar que ambas comparten el uso de la prisión como pena principal aunque con dos distintos objetivos; la primera parte del libre albedrío siempre inmaculado e inalterable por factores de cualquier índole, siendo así que el paso al acto criminal es el resultado de la reflexión producida en la etapa psíquica o interna del camino del delito y es en pleno ejercicio de la libertad que el criminal consuma su conducta por lo que la con-

secuencia debe resultar ejemplar, ocasionándole tanto daño como sea posible con el fin de que sirva de ejemplo para quienes se atrevan a pensar en la realización de una conducta similar. En cambio, la Escuela Positiva niega el libre albedrío y sostiene que la conducta criminal es producto de múltiples factores que inciden en la persona por lo que es la concatenación de estos lo que desencadena la comisión del delito. De ahí que la gravedad de la pena resulte irrelevante y el compromiso del Estado debe concretarse en recuperar al delincuente, es decir, liberarlo de las causas que determinaron su conducta y que lo llevaron a colisionar con las normas de convivencia social. En este contexto el delincuente debe mantenerse en prisión para que un equipo multidisciplinario determine a través de diagnóstico y pronóstico, cual es el tratamiento que deba recibir y el efecto esperado para que se encuentre en condiciones de retornar a la sociedad ya readaptado y sin riesgo de repetición de la conducta criminal.

La incapacidad de las Naciones para establecer programas exitosos que cristalizaran con la readaptación social de los infractores, ocasionó la renuncia explícita de esta función dejando el camino libre a la Escuela Clásica, la que además de colocar la pena de prisión en un pedestal, se comprometió a proveer condiciones a los internos para su reintegración social, esto a través de la educación, el deporte, la salud, la capacitación para el trabajo, el trabajo penitenciario y el respeto a los Derechos Humanos y estableciendo condiciones para visibilizar a la víctima particularmente en lo que se refiere a la reparación material del daño. Siendo así que actualmente campea con potencia la versión neoclásica de la citada escuela.

El abandono de los principios de la Escuela Positiva con el pretexto de que el Estado no tiene derecho de intervenir en el mundo subjetivo de los delincuentes ha producido condiciones para el surgimiento de una nueva Escuela o Corriente del pensamiento penal y criminológico, siendo esta la Escuela Restaurativa, cuyo porvenir está supeditado a los espacios que los expertos logren producir en el marco normativo penal.

El Dr. Bauché da cuenta en su obra, de las críticas condiciones del Modelo Neoclásico y del empeinamiento en considerar la pena de prisión como la respuesta idónea al fenómeno delictivo.

Los índices de violencia y sus variadas expresiones en el mundo, sobre todo la lucha encarnizada de grupos de poder ilícitos o revestidos de licitud tanto en la vida cotidiana como en espacios económicos, políticos y teológicos; así como la delincuencia ordinaria de alta peligrosidad, producto por cierto de la sociedad de consumo, nos muestran el fracaso de las políticas criminales y del Modelo Neoclásico, ya que aún con su férrea aplicación, siempre discriminatoria, ostenta altos niveles de impunidad.

En el contexto de una guerra entre naciones y el crimen organizado y de la complicidad existente con la criminalidad de cuello blanco, surgen nuevos modelos de justicia para amortiguar las violaciones a la dignidad y los Derechos Humanos de los ciudadanos, esparcida esta realidad en distintos niveles en todas las Naciones del Mundo. Es por esto que la Justicia Restaurativa, es recogida de entre las prácticas utilizadas por comunidades originarias o de grupos raciales o religiosos que por sus condiciones viven al margen de la impartición de justicia convencional (por ejemplo en Estados Unidos de Norte América estas minorías se regulan por sí mismas y a través de la Justicia Autocompositiva en particular de las practicas restaurativas solucionan sus conflictos, salvo que los hechos trasciendan socialmente y emerja la intervención del aparato coercitivo del Estado). También cierto es que se le ha pretendido usar como una corriente aleatoria que despresurice el Sistema Penal y permita su concentración en aquellos delitos catalogados de alto impacto social aunque esta categoría se diseñe siempre cubriendo los intereses de quienes desestabilizan gravemente la justicia social y el bien común.

El autor nos muestra que es el momento de que los Estados den plena vigencia a la democracia particularmente en el ámbito de la justicia aunque es importante destacar que en cada país la Justicia Restaurativa en Materia Penal avanza en una doble vía. En la primera, se pretende minimizarla y catalogarla como un mecanismo alternativo de solución de controversias destinado a des-

presurizar o descongestionar el Sistema de Justicia Penal en General y convertir a la víctima u ofendido en instrumentos para alcanzar sus objetivos. Es decir, con un discurso que hipnotiza, cosifica a los ofendidos y los convierte en coadyuvantes de la liberación del circuito penal de delincuentes sin más consecuencias para estos últimos que reparar total, parcial o simbólicamente el daño material ocasionado. La segunda a la que se adhiere el Dr. Bauché que se enmarca en la Justicia Autocompositiva como una experiencia diferente, más profunda y aproximada a la realidad que la Justicia Heterocompositiva y que coloca en el núcleo de sus objetivos de la restauración de las heridas emocionales ocasionadas a los protagonistas directos e indirectos del conflicto criminal. Es decir, la víctima u ofendidos como tales, el victimario siempre en su condición de victimario-víctima y la comunidad que como un colectivo experimenta cambios positivos particularmente en lo que se refiere a la prevención del delito.

La obra nos muestra el estado que guarda la Justicia Restaurativa en Materia Penal dentro de la República Argentina, refiriéndose al marco jurídico tanto en ámbito Federal como Provincial. Nos explica como la Mediación día a día se consolida como práctica restaurativa resaltando sus ventajas en el cambio de patrones de conducta, en lo que se refiere a delincuentes adultos así como adolescentes infractores de la Ley Penal.

Así mismo el Dr. Bauché sostiene que en pleno 2018 es habitual observar el reclamo de comunidades para que se castigue ferozmente a los culpables, al punto de que esto se ha convertido en una obsesión, señalando además que lo más grave es que la inseguridad ha llevado a grandes colectivos a reclamar la aplicación de penas que en Tratados Internacionales y en la Constitución Nacional están prohibidas como la pena de muerte. Esta es una tendencia que se puede revertir aplicando eficazmente la Justicia Restaurativa independientemente de la gravedad de los delitos, lo que no implica la liberación del activo del delito y de la consecuencia establecida en la Norma Penal.

El imperio de la Escuela Neoclásica no ha logrado disuadir a los delincuentes y en cambio la respuesta de quienes se encuentran

al margen de la ley resulta de mayor gravedad, lo que ha obligado a los legisladores a aumentar la pena de prisión a niveles tales que se contempla la segregación de por vida o bien se crean nuevas hipótesis penales dotadas de respuestas extremas que lejos de garantizar la paz social aumentan su inestabilidad.

Ante la realidad antes señalada, el autor hace hincapié en la Mediación con enfoque Restaurativo para que en aquellos casos en los que la legislación lo admita, sean los propios protagonistas del conflicto criminal quienes construyan soluciones restaurativas a su disputa; a la vez que este reflexiona sobre la necesidad de que el legislador amplíe los supuestos en los que esta metodología encuentre aplicación.

En consecuencia ante la percepción ciudadana de impunidad que ya se observa en Argentina y en países de Latinoamérica que han incursionado en el procedimiento penal acusatorio, resulta vital como lo plantea el Dr. Bauché que los mecanismos alternativos de solución de controversias en particular la Mediación, se instrumenten por las Instituciones Públicas desde el margen de la Justicia Restaurativa.

Resulta esencial para el movimiento de la Justicia Restaurativa en materia penal, tomar en consideración los siguientes elementos:

- a) La Justicia Restaurativa en materia penal es una corriente o escuela de pensamiento penal y criminológico.
- b) La comprensión de la Justicia Restaurativa se bifurca en noción sustantiva y en noción procesal o adjetiva.
- c) La Justicia Restaurativa en la actual etapa del derecho penal, es complementaria a la justicia represiva representada por la Escuela Neoclásica.
- d) El proceso de evolución social abrirá día a día, mayores espacios a la Justicia Restaurativa y se regulará e instrumentará en mayor medida que la Justicia Represiva.
- e) Sustantivamente, la Justicia Restaurativa es un sistema democrático de justicia que promueve la paz social y en consecuencia la armonización de las relaciones intrapersonales, interpersonales y sociales dañadas por el delito.

f) Adjetivamente la Justicia Restaurativa es un conjunto de procedimientos o prácticas en los que participan los protagonistas del conflicto criminal de manera directa o subrogada, uno o varios facilitadores y cuando sea necesario todos aquellos interesados en que el conflicto se resuelva; esto con el fin de atender las necesidades de la víctima u ofendido, del imputado y de la comunidad afectada por el delito para procurar su reintegración social.

g) La Mediación es una práctica Restaurativa y en el ámbito Jurídico Penal como es el caso de la República Mexicana, se contemplan procedimientos tales como Juntas Restaurativas, Círculos Restaurativos y Reuniones Restaurativas.

h) Es indispensable distinguir la Mediación con enfoque Reparatorio de la Mediación con enfoque Restaurativo.

i) La práctica de la Mediación con enfoque Reparatorio que se circunscribe a la reparación material del daño a ocasionado en América Latina, la percepción ciudadana de que la justicia penal se negocia y consecuentemente se ha mercantilizado por lo que se percibe como un instrumento más para favorecer al delincuente ya que este en el sistema de regateo o manipulación, logra la generación de acuerdos que le permiten continuar su carrera criminal.

j) La Mediación Penal con enfoque Restaurativo se ocupa de las necesidades de la víctima u ofendido, de las necesidades del imputado y las necesidades de la comunidad por lo que produce condiciones para que a través de los compromisos que se contraen, se puedan modificar patrones de conducta del ofensor lo que origina un cambio en la percepción ciudadana sobre la Mediación y en consecuencia de la Justicia Restaurativa.

k) La Justicia Restaurativa en Materia Penal integra procedimientos o prácticas que contribuyen a la edificación de la convivencia armónica y la coexistencia pacífica.

l) La experiencia en México muestra que los modelos idóneos para instrumentar la Mediación Penal con enfoque Restaurativo son la Mediación Transformativa y la Mediación Asociativa.

m) La importancia de la obra del Dr. Bauché radica en esta otra mirada de justicia penal y el efecto bienhechor que tiene en adolescentes y adultos infractores de la ley penal pero sobre todo porque valora la Mediación con enfoque Restaurativo como un procedimiento idóneo para superar el conflicto criminal y gestionar las necesidades de sus actores directos e indirectos.

Los trece capítulos que integran la presente obra componen un ventanal por el que podemos observar el Derecho Penal del futuro y en particular las aportaciones de la Mediación a la Justicia Restaurativa.

Estoy convencido que este espléndido trabajo constituye un paso significativo para quienes sostenemos que el principal objeto de la Justicia Restaurativa es darle a la víctima u ofendido el espacio que le corresponde en el drama penal, para que realmente satisfaga sus necesidades de respuestas, reconocimiento, seguridad, reparación y supervisión de su condición de ofensor. La oportunidad de comprender, arrepentirse, responsabilizarse y reintegrarse socialmente a través del cumplimiento de planes que culminen con la modificación de patrones de conducta antisociales y a la comunidad, la comprensión de las causas del comportamiento delictivo y su protagonismo en su desactivación. En síntesis, la cicatrización de las heridas individuales y colectivas ocasionadas por la comisión del delito.

Germán mi amigo, en su vida diaria, es un agente de paz y en su convicción de que la Mediación es una vía para alcanzarla, seguramente será un aliento para los lectores.

**DR. JORGE PESQUEIRA LEAL**

BORRADOR PARA MUESTRA 3

**PRESENTACIÓN DE LOS AUTORES**  
**POR ADOLFO ALVARADO VELLOSO**

Esta es importante y diferente obra jurídica que, como tal, exige que alguien diga dos palabras sobre los autores. Tanto como para que el lector se explique a sí mismo el porqué de lo que aquí se sostiene y de la trascendencia de ello.

Y lo hago a pedido del propio GERMÁN BAUCHÉ y en mi modesta calidad de antiguo docente que coadyuvó mínimamente en su formación académica.

Conocí a GERMÁN cuando, siendo joven *Fiscal de juicio* en la Provincia de Buenos Aires y mostrando ya una clara vocación por la docencia, se incorporó como alumno regular a la 4ª Cohorte de la Carrera de Posgrado de *Maestría en Derecho Procesal* que dirijo desde hace más de veinte años en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, integrando un nutrido grupo de alumnos provenientes de varios países de América y de los más variados lugares de la Argentina, que cursaron intensivamente la Carrera durante los años de 2001 y 2002.

Obtuvo su grado académico de *Magíster en Derecho Procesal* en el año de 2006, defendiendo públicamente su tesis -confeccionada bajo la dirección del común e inolvidable amigo FEDERICO DOMÍNGUEZ- sobre el tema *Jurisdicción: orígenes y límites del poder de los jueces*, ante un Jurado compuesto por los Profesores Doctor JORGE ZINNY (Universidad Nacional de Córdoba), Doctor OMAR ABEL BENABENTOS (Universidad Nacional de Rosario), y Magister RENÉ PADILLA (H) (Universidad Nacional de Tucumán), que lo calificó con la nota *Muy bueno*.

Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (1989) es también *Especialista en Derecho de Daños* por la misma

Universidad y *Doctorando en Derecho* por la Universidad Nacional de Rosario.

En la actividad pública desempeña hoy el cargo de *Jefe de la Defensa Pública Oficial* del Departamento Judicial de Lomas de Zamora desde el año de 2022.

En el ámbito universitario es *Profesor Titular* por concurso de la asignatura *Teoría General del Proceso* en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, en la cual también ocupa cargo similar en la *Maestría en Medios Alternativos de Solución de Conflictos*, en la *Especialización en Derecho Penal y Criminología*, en la *Especialización en Derecho Procesal*, y en la *Especialización en Derecho de Familia y Sucesorio*. Además, es *Director* de la *Diplomatura en Mediación Penal* y del *Instituto de Administración de Justicia* en la misma Casa de Estudios y *Director del Área de Capacitación y Formación del Ministerio Público del Departamento Judicial de Lomas de Zamora*.

Es autor de las siguientes obras: *Nuevo régimen de excarcelación de la Provincia de Buenos Aires (ley 13.449 comentada)* (2006); de *Lavado de dinero (comentario a la ley 25.246, reformada por ley 26.008, sobre encubrimiento y lavado de activos)* (2006); de *Manual de Teoría General del Derecho Procesal*, tomo I (2008), de la cual hay una tercera edición ampliada y actualizada en el mes de agosto del año 2013, y tomo II (2011). Además, de diversos artículos de su especialidad.

A su turno, MARIELA PRADA es abogada por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, donde también obtuvo el título de *Especialista en Derecho de familia y Sucesorio* (2002). Es también *Especialista en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia* por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (2006) y *Mediadora* por la Facultad de Derecho de Lomas de Zamora (2007), habiendo terminado sus estudios de *Formación Completa de Mediador*, en curso dictado por *Humanitas Asociación Civil de Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos* (Entre Ríos, 2017).

En el ámbito académico se desempeña como *Profesora Adjunta* en la Carrera de Especialización en Derecho Procesal y *Profesora Asociada Interina* de la asignatura *Teoría General del Proceso*, ambos cargos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, donde también ejerce como *Docente Investigador Categoría 5*.

Asimismo, es *Integrante* del Área de Capacitación y Formación del Ministerio Público del Departamento Judicial de Lomas de Zamora y *Profesora* de la Diplomatura de Mediación Penal de *Humánitas*, Asociación Civil de Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos.

En la actividad pública desempeña hoy el cargo de *Defensora Oficial de Responsabilidad Penal Juvenil* del Departamento Judicial de Lomas de Zamora (desde el año de 2008), habiendo sido *Secretaria* de la Defensoría General, *Secretaria* del Área de Mediación Civil y *Defensora a cargo de la Secretaría de Mediación penal juvenil* en el mismo Departamento Judicial.

Es autora del *Manual de Teoría General del Derecho Procesal*, Tomo II (obra de 309 páginas editada por Ediciones Jurídicas en el mes de mayo de 2011).

Hechas las presentaciones de estilo, quiero decir ahora que en ocasión de ser designado Director de la *Carrera de Especialización en Derecho Procesal* de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, me hice cargo de dictar clases en su sede, con lo cual tuve un trato continuado con ambos, particularmente con BAUCHE pues ejerció la Vice Dirección de la Carrera y tomó a su cargo la materia procedimental relacionada con la legislación local.

A raíz de ello, y a más de compartir clases en numerosas ocasiones, logré sostener con él una adecuada *comensalidad* gracias a lo cual pude entrever a la persona escondida detrás del docente inquieto, erudito y estudioso, cumplidor de sus tareas y capaz de mantener constantemente un inigualable trato con los alumnos, muy apreciado por ellos.

La conversación habitual y despreocupada propia de la buena mesa, me permitió descubrir entonces en él a un hombre culto, comprometido con las cosas de su tiempo y de su diario quehacer, muestra de lo cual es este libro que hoy llega a manos del lector. De la misma forma, lo conocí también como un eficiente defensor público preocupado siempre por los temas propios de su competencia, que describió con singular éxito en foros nacionales e internacionales

Al felicitar a ambos autores por el esfuerzo revelado en esta publicación, elogí el título de la obra: *Diente de León*, no habitual en obras de derecho pero revelador de la profundidad de su contenido referido a la justicia restaurativa y al poder autocomponer los conflictos intersubjetivos de intereses a través del diálogo entre los propios interesados, imprescindible hoy en el dramático mundo en el cual vivimos (¿o sobrevivimos?).

**ADOLFO ALVARADO VELLOSO**

## NUESTRA PROPIA CANCIÓN

*Cuando una mujer de cierta tribu de África sabe que está embarazada, se interna en la selva con otras mujeres y juntas rezan y meditan hasta que aparece la canción del niño.*

*Ellas saben que cada alma tiene su propia vibración que expresa su particularidad, unicidad y propósito.*

*Las mujeres encuentran la canción, la entonan y cantan en voz alta. Luego retornan a la tribu y se la enseñan a todos los demás.*

*Cuando nace el niño, la comunidad se junta y le canta su canción. Luego, cuando el niño va a comenzar su educación, el pueblo se junta y le canta su canción.*

*Cuando se inicia como adulto, nuevamente se juntan todos y le cantan. Cuando llega el momento de su casamiento, la persona escucha su canción en voz de su pueblo.*

*Finalmente, cuando el alma va a irse de este mundo, la familia y amigos se acercan a su cama y del mismo modo que hicieron en su nacimiento, le cantan su canción para acompañarle en el viaje.*

*En esta tribu, hay una ocasión más en la que los pobladores cantan la canción. Si en algún momento durante su vida la persona comete un crimen o un acto social aberrante, se le lleva al centro del poblado y toda la gente de la comunidad forma un círculo a su alrededor. Entonces... le cantan su canción.*

*La tribu sabe que la corrección para las conductas antisociales no es el castigo, sino el amor y el recuerdo de su verdadera identidad.*

*Cuando reconocemos nuestra propia canción ya no tenemos deseos ni necesidad de hacer nada que pudiera dañar a otros.*

*Tus amigos conocen tu canción, y te la cantan cuando la olvidaste.*

*Aquellos que te aman no pueden ser engañados por los errores que cometes o las oscuras imágenes que a veces muestras a los demás.*

*Ellos recuerdan tu belleza cuando te sientes feo, tu totalidad cuando estás quebrado, tu inocencia cuando te sientes culpable, tu propósito cuando estás confundido.*

**TOLBA PHANEM**

(Poeta africana y luchadora por los derechos civiles de las mujeres)

BORRADOR PARA MUESTRA 3

## INTRODUCCIÓN, POR QUÉ DIENTE DE LEÓN?

Es muy difícil describir la felicidad y satisfacción que sentimos con el reconocimiento de expertos nacionales e internacionales que va recibiendo nuestro trabajo en mediación penal y justicia restaurativa con jóvenes en conflicto con la ley penal en Lomas de Zamora.

Fue creación en la necesidad y nos obligó a validar nuestra cotidianidad con las teorías y a ambas -teorías y prácticas- pasarlas por la mirada de los académicos y expertos que desde otros países o zonas vienen a visitarnos. Una tarea que, como la flor del Diente de León, parecía destinada a pasar desapercibida dentro de los arreglados jardines de la justicia bonaerense, empezó a hacerse paso y propuso una forma distinta -paralela quizás- de solucionar conflictos humanos proponiendo el diálogo y los acuerdos entre víctimas e infractores.

Las dificultades que afligen a la sociedad no pueden transformarse con la implementación de cambios externos en la política y la economía, esta época requiere de iniciativas que pongan en el centro el bienestar de la gente y la dignidad de la vida.

En tiempos de conflicto el corazón humano tiende al recrudecimiento de la hostilidad y la separación. Las personas que puedan reconocer esta contradicción inherente a la sociedad y puedan forjar un espíritu humanista, de equidad y justicia, podrán influenciar en su entorno con la fuerza irrestricta de la creatividad.

El Diente de León es una hierba silvestre que, como tal, puede crecer donde sea y convivir con las demás hierbas, empecinada en vivir y diseminar sus semillas generosamente por todos lados. También por este motivo es considerada por muchos como una molestia, sobre todo si están cuidando de un pedazo de pasto prolijo y homogéneo. Tal cual esta hierba, con sus efímeras flores amarillas, que alberga una cantidad impresionante de beneficios curativos, así queremos practicar la justicia restaurativa co-

mo una rama del Derecho Penal que tiene por objeto la sanación de la víctima, infractor y sociedad.

El fruto está provisto de un penacho plumoso que suele soplarse pidiendo deseos. Cuando los chicos lo hacen pensando en que la están pulverizando en el aire, lo único que logran es esparcir las semillas que más tarde darán plantas, flores y más frutos. Así creemos que la idea ínsita en la justicia restaurativa de poder autocomponer los conflictos a través del diálogo, se irá difundiendo día a día, por la propia decisión de las personas que ven cómo muchos quieren pulverizar los actos disvaliosos y piensan solo en la salida represiva.

Ambos -la semilla del Diente de León y la justicia restaurativa- han sido usadas como sanadoras y preventivas de enfermedades por siglos. Tras su aspecto frágil y sencillo, hoy en día es una de las hierbas más estudiadas por la ciencia médica occidental y oriental.

Existen muchas razones para nunca eliminarlas de tu jardín -más bien recolectarlas- y en lugar de pedir un deseo volando sus semillas al viento, guardarlas para hacer un reconfortante té. O quizá una de cada tres puede ser usada como propulsor de deseo y de ese modo continuar esparciendo sus semillas.

Como nuestro trabajo es una puesta en común, un trabajo grupal y en equipo, agradecemos la infinita colaboración de todos los que lo hacen posible como el milagro de la multiplicación de los panes donde la distribución comunitaria de la comida que parece escasa, da por resultado un almuerzo donde todos quedan satisfechos y felices.

Este libro es una mirada de temas que recorren el ius puniendi, la mediación, la justicia restaurativa y el acceso a la justicia. Lo central del texto es la experiencia de muchos años de trabajo que nos da la seguridad de que las prácticas que promuevan y pongan en acción la convivencia pacífica a través del diálogo son posibles, necesarias y urgentes.

Poder ser generadores de diálogos abiertos y creadores de valor, eleva nuestro humanismo y fortalece nuestras capacidades permitiéndonos saborear el fruto del valor de la palabra.

Expandir la órbita del intercambio entre seres humanos, orientados hacia la paz, trascendiendo las diferencias culturales y religiosas, es el ideal para construir una corriente de cambio profundo y seguro hacia una sociedad mejor.

Un agradecimiento especial a nuestras familias, a todo el equipo del área de mediación penal y justicia restaurativa de Lomas de Zamora, a los empleados, al aporte de los profesionales del Cuerpo Técnico Auxiliar de la SCJBA, a los Defensores y Fiscales del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Dpto. Judicial de Lomas de Zamora, al equipo de la Defensoría General de Lomas de Zamora. A todos ellos y a los lectores, les dejamos un panadero para que multipliquen los deseos de Paz.

**EDUARDO GERMÁN BAUCHÉ**

**MARIELA ISABEL PRADA**

BORRADOR PARA MUESTRA 3

## CAPÍTULO I

### LA UTOPIÍA DE LA PAZ

“Si lo extraordinario parece hoy inaccesible a la criatura humana es porque la criatura humana se ha venido apretando en horizontes mentales cada vez más estrechos, y porque la zona cortical de su alma se ha solidificado en un cascarón infranqueable”.

Marechal, Leopoldo, *El Banquete de Severo Arcángelo*.

#### 1. ¿ES POSIBLE LA PAZ?

La humanidad enfrenta dilemas ineludibles por doquier. Tal es el caso de la amenaza implícita no solo en las armas nucleares sino en otras armas de destrucción masiva, la intensificación de las tensiones étnicas, religiosas, los daños que el calentamiento global ha causado al medio ambiente, la destrucción de la capa de ozono, así como la proliferación de una criminalidad psicopática y brutal: el narcotráfico, el tráfico de personas y la corrupción. En este estado de situación correspondería preguntarnos si es posible la paz.

El dilema mayor sería qué tipo de sociedad queremos. Una inclusiva donde todos podamos realizarnos como seres humanos o una excluyente en la cual todo lo que no sea útil para los intereses personales o sectoriales pueda ser descartado y destruido. Queda entonces implícita una decisión: saber qué lugar le damos a la vida humana en su diversidad.

Seguramente diremos que deseamos una sociedad en donde todas las personas puedan desarrollarse plenamente, desplegando

su potencial humano, respetándose, respetando al prójimo y conviviendo en paz y en armonía con la naturaleza.

Ha llegado el momento de construir una nueva época donde brille el humanismo y la cultura tenga como eje el respeto y defensa de la dignidad de la vida.

La tarea consiste no solo en construir una ‘paz pasiva’ –ausencia de guerras- sino en transformar de raíz las estructuras sociales que ponen en jaque a la dignidad humana, supliendo las cuestiones negativas y fomentando los valores positivos y activos de la paz poniendo en acción el esfuerzo creativo de cada individuo por desarrollar una cultura de paz rica en diversidad, en múltiples niveles, en pos de poder erigir una nueva sociedad global. Buscando en la diversidad la unidad de objetivos, de pautas que hagan posible el sueño de un mundo mejor.

¿Qué hace falta para que la historia humana avance de la desesperación a la esperanza, del exterminio a la convivencia?

Filósofos y pensadores de distintos períodos de la historia han manifestado como fundamentales, dos factores: tener una proyección en cuanto a las medidas y condiciones en vista a, por lo menos, doscientos años siguientes y al mismo tiempo, emplear el diálogo como forma de crear una solidaridad perdurable capaz de abarcar a toda la humanidad. Es el diálogo sincero, de corazón a corazón, lo que hará posible la creación de valor necesaria para concretar estos objetivos.

## **2. ¿QUÉ NOS IMPIDE AVANZAR HACIA LA PAZ?**

Las principales resistencias a enfrentar, planteadas en diferentes documentos presentados ante la O.N.U. son al menos seis:

\*El aislamiento: Lo que se encuentra manifiesto en los pueblos, debido a la desconfianza y al temor, es la inclinación creciente a aislarse dentro de su “pequeño territorio” (su región o estado),

que se traslada a cada barrio, vecindario o colonia y sus propias tradiciones, evitando contacto con lo exógeno. El ex-secretario general de la O.N.U., Boutros Boutros-Ghali, describió este fenómeno con el término “neo-aislacionismo”. Durante su encuentro con el Presidente de la Soka Gakkai Internacional, el Señor Daisaku Ikeda, en julio de 1998, resumió el panorama espiritual de la humanidad hacia finales del siglo XX. Observó que en vista de la globalización que se estaba produciendo en los terrenos de la economía, la protección ambiental o la salud pública, en el siglo XXI los problemas domésticos de cada país no hallarían vía de solución a menos que se los tratara desde una perspectiva internacional. Es crucial que las personas pudieran trascender sus propios intereses nacionales y considerar la situación que el planeta, como un todo, está enfrentando. No se pueden emprender acciones destinadas a asegurar la supervivencia de la humanidad mientras nuestras ideas se mantengan dentro de los estrechos confines de la soberanía de un Estado o Nación.

\*La quimera de la “eficacia”: La segunda barrera por superar está en las limitaciones que nos imponemos ante la supremacía tecnológica. Más allá de los beneficios de los innumerables avances tecnológicos y científicos, en muchos casos, por perder de vista el humanismo, el progreso dio lugar a un camino arbitrario de consecuencias, a menudo, trágicas. Lo más difícil es la adecuación al “principio de la eficacia”. La búsqueda de la eficacia ha servido de estímulo a los adelantos científicos y materiales, pero muchas veces se ha pasado por alto que también trae consigo una peligrosa tendencia a convertir a los seres humanos en simples objetos. El culto a la eficacia, buscando optimizar los medios, cosifica a la humanidad y busca lo conveniente, incluso a costa de innumerables vidas. Los científicos y los políticos —la élite de la civilización nuclear y del sistema— son quienes sucumben con mayor facilidad a esta doctrina.

Es menester ponderar con ojos críticos en qué medida el supuesto progreso tecnológico del siglo XX ha contribuido a la felici-

dad de las personas. Esta es la gran responsabilidad del género humano.

\*La codicia: El tercer obstáculo para la paz es lo que da vida a las ansias del poder. La febril carrera armamentista bajo un supuesto de defensa, ha dado lugar a un poderío militar que quedó fuera del control humano. Armas fabricadas con la intención de aniquilar al enemigo, terminaron amenazando la supervivencia de los propios poseedores y condujeron a la humanidad al borde de la destrucción masiva. Luego, la búsqueda de la unificación mundial por medio del control militar ha dado paso a una nueva lucha por la hegemonía económica que se ha cernido en forma paralela a la globalización, bajo las banderas del mercado abierto y de la libre competencia.

“El mal uso del poder por la ambición o descontrol de la dominación, ha quebrado las relaciones de verdad y justicia y encadenado a quienes lo ejercen”.<sup>1</sup>

“Cuando un hombre satisface todas sus necesidades sociales y placeres materiales se produce una situación paradójica, ya que estos, en lugar de brindar sosiego, se convierten en deseos insaciables”.<sup>2</sup>

El casino del mercado mundial de capitales que manipula diariamente impresionantes sumas de dinero supera la magnitud real de la economía, funciona en forma independiente del marco de regulación de los gobiernos nacionales. Impone las reglas quedando fuera, incluso del control ciudadano, afectando el diario vivir de cada persona.

\*La pobreza: El cuarto obstáculo es la necesidad. Las causas de muchos de los devastadores conflictos presentes en diversas partes del mundo tienen sus raíces en las privaciones economi-

---

<sup>1</sup> Adolfo Pérez Esquivel; “*Resistir en la esperanza*”, Ediciones Ciccus, pág. 44, Buenos Aires, 2011.

<sup>2</sup> Adolfo Pérez Esquivel y Daisaku Ikeda; “*La fuerza de la esperanza*”, Editorial Emecé, Buenos Aires 2011.

cas. No podrá haber paz donde reine el hambre. “El hambre es la expresión biológica de una enfermedad social”.<sup>3</sup>

En lugar de enfocarnos en una competencia a muerte, deberíamos esforzarnos por crear el valor 'a vida'.

Es urgente darnos una economía constructiva, donde todos los seres humanos puedan intervenir en el acto de crear valor en pos del bienestar común superando las ambiciones personales.

\*Impacto negativo de la energía nuclear: El mundo subjetivo y el objetivo están vinculados y son inseparables. Debido a esta conexión, si el entorno objetivo incluye la amenaza de las armas nucleares, la humanidad no podrá conocer la paz.

\*Irresponsabilidad ambiental: El desarrollo económico y prosperidad derivados de los avances tecnológicos han capturado la imaginación de las personas de un modo tal que no ha habido límites ni barreras. Ahora nos encontramos con los daños que han causado y siguen causando los efectos colaterales de dicha civilización sobre el entorno natural. De no hacer pronto cambios radicales, la vida tal como la conocemos podría no sobrevivir mucho tiempo más.

---

<sup>3</sup> Adolfo Pérez Esquivel; Ob. Cit.; pág. 33.

BORRADOR PARA MUESTRA 3

## CAPÍTULO II

### JUSTICIA Y PAZ SOCIAL

#### 1. ACCESO A LA JUSTICIA

Desde el punto de vista de la organización del Estado, consideramos que es deber del juez resolver la totalidad de litigios que llegan a su conocimiento cuando estos resultan de su competencia. Los destinatarios de las resoluciones judiciales son las personas a las que el Estado debe garantizar el derecho de acción procesal, pudiendo de tal forma, gozar de la efectiva disponibilidad de los medios para ingresar al sistema judicial.

A pesar de ello, hoy el uso indebido de la fuerza individual pareciera resurgir de modo inadecuado sumido por situaciones de violencia social que no encuentran respuesta en la justicia retributiva. El uso violento de la fuerza se encuentra exacerbado por la prensa, que mediatizando situaciones, fomenta un modelo al cual el Estado durante siglos ha tratado de aplacar en la búsqueda de las resoluciones pacíficas a través de sus órganos judiciales. Por tal motivo, la posibilidad del debido acceso a la justicia no debe quedar inmersa en un marco teórico, sino que debe ser ejecutable mediante el ejercicio sin restricciones para el ciudadano, en pos de garantizar debidamente sus derechos. Es un derecho humano que implica la acción de recurrir a los medios disponibles por el Sistema Judicial de un determinado Estado, para la resolución de conflictos, litigios o controversias, cuando las situaciones determinan el enfrentamiento con el ordenamiento jurídico, o bien ante la comisión de hechos delictivos.

La posibilidad que tiene el ciudadano de llevar sus conflictos ante los órganos jurisdiccionales para poder solucionarlos de forma

pacífica, evitándose el uso de la fuerza (que únicamente pertenece al Estado por el instituto de la subrogación) le brinda contenido real a la garantía de acceso a la justicia.

El acceso a justicia como derecho humano fundamental parece robustecerse si partimos de considerar que los individuos no pueden ser privados de ningún derecho sin que previamente se les brinde una defensa judicial efectiva, asesoramiento legal de forma adecuada, sin costos o con costos accesibles sin discriminación.

## 2. ACCESO A LA JUSTICIA EN ARGENTINA

Considerando lo establecido en las mandas constitucionales (actualmente Bloque Constitucional) el acceso a justicia se encuentra garantizado para todos los ciudadanos y no podrá concretarse si no se implementan medidas activas por parte del Estado.

En Argentina, luego de la incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a la Constitución Nacional, el tema del acceso a justicia no pasa solo por consagrar los derechos, sino por protegerlos para impedir que a pesar de declaraciones solemnes, estos sean continuamente violados.<sup>4</sup> Resulta indispensable que además de garantizar desde lo legal el acceso a la justicia se implementen medidas activas que propicien hacer realidad este mandato.

Es menester poner de relieve algunos aspectos críticos a la hora de hacer efectiva la garantía constitucional de acceder a justicia por parte de los ciudadanos que vean violado algún derecho y por tanto, requieran del servicio de justicia.

\* Falta de medios idóneos y eficaces.

---

<sup>4</sup> Bobbio, Norberto; *“El tiempo de los derechos”*, Editorial Sistema, pág. 35, Madrid 1991.

- \* Costos excesivos o desproporcionados.
- \* Distancia geográfica entre el ciudadano y los órganos jurisdiccionales y/o administrativos competentes.
- \* Limitaciones psicológicas del justiciable que se fundan en la profunda desconfianza al sistema judicial.
- \* Complejidad y demora en los procedimientos y en la resolución.
- \* Falta de información en los potenciales justiciables respecto de los distintos modos de resolución del conflicto y los resortes disponibles en el sistema para resolverlos.

Si la justicia debe impartir la igualdad de las partes en el proceso, la misma debe ser garantizada a partir de la igualdad de condiciones. Evitándose así lo ya advertido por el maestro Ferrajoli cuando nos menciona que cada vez “tenemos más igualdad de conocimientos y más desigualdad de oportunidades.”

Conocimiento, correcto asesoramiento y falta de impedimentos económicos hacen también al concepto de acceso a justicia.

En relación a la perspectiva de apreciación normativa, los Tratados Internacionales tutelan el acceso a la justicia. Así en el ámbito internacional se integra por lo establecido en diversas normas internacionales contenidas en las declaraciones, los tratados, sentencias y resoluciones, resultando ser el camino para el reclamo de otros derechos subjetivos y relacionados con el debido proceso, no discriminación, tutela efectiva e igualdad ante la ley.

Los Estados poseen normativas específicas en sus Constituciones Nacionales que, de una u otra manera, garantizan el acceso a justicia o la igualdad ante la ley. La República Argentina en sus Art. 16 y 18, Brasil Art. 5, Chile Art. 19 Inc. 2, Costa Rica Art. 33, Ecuador Art. 23 Inc. 3, Perú Art. 2 Inc. 2, Nicaragua Art. 27, Guatemala Art. 6 y Panamá Art. 20, solo para mencionar algunos de los 35 Estados Americanos.

Acceso a justicia, obtención de ella y debido proceso, forman un conjunto de valores que son inseparables por su gran relación interna y conceptual, considerando que una no puede realizarse sin las otras. Los Sistemas Judiciales Latinoamericanos durante décadas estuvieron y en algunos casos, aún lo están, subordinados a las políticas del Poder Ejecutivo. El desafío en el futuro es cambiar las estructuras para moldearlas como verdaderos sistemas de garantías de derechos de los ciudadanos.

Como paradoja al aumento en el perfeccionamiento de otros sistemas, la justicia en América Latina posee una imagen pública pobre. Los estudios realizados demuestran el descontento de la sociedad, sosteniendo una visión del sistema como inaccesible en muchos casos.

Los investigadores mencionan con mayor frecuencia ciertas características.<sup>5</sup>

*La Corrupción.*

*La Congestión Administrativa.*

Los grupos más pobres y tradicionalmente más desaventajados de nuestra sociedad padecen la vulneración de sus derechos más elementales: salud, alimentación, vivienda, etc.

Además, carecen de acceso efectivo a vías institucionales que les permitan combatir esta dramática situación.

Las falencias mencionadas terminan debilitando el Estado de derecho y el sistema democrático.

No debemos dejar de considerar también la influencia ejercida por sectores de la alta sociedad, corporaciones con intereses políticos que resultan estrategias ante los medios de comunicación masivos pero en verdad lejos están de salvaguardar y garantizar a los sectores sociales desfavorecidos lo que verdaderamen-

---

<sup>5</sup> Hammergen Linn; *"The Politics of Justice and Justice reform in Latin America"*, Editorial Boulder; CO Westwiew, 1998.

te peticionan en silencio, el silencio de la ignorancia, de la imposibilidad de expresión, de la pobreza.

### 3. SITUACIÓN EN EL CONURBANO BONAERENSE

Para desarrollar el estudio del actual panorama jurídico de nuestro país, debemos comenzar por reconocer que el mismo cuenta con una legislación fuertemente garantista que proyecta para los ciudadanos una justicia basada en la igualdad de derechos y garantías. Lo cierto es que tal reflejo normativo dista de ser el percibido por la población actual en virtud de la estrecha vinculación existente con el contexto económico político de los sectores más expuestos, menos favorecidos y más necesitados de derechos.

Hay que considerar que el nivel de desempleo y subocupación es un tema no resuelto: la línea de pobreza si bien ha mejorado según datos estadísticos en el último año, no es superada por el 50% de la población total del conurbano bonaerense, de la cual un gran porcentaje se encuentra en situación de indigencia. Casi la mitad de los hogares posee necesidades básicas insatisfechas. La pobreza infantil genera hoy gran preocupación y la brecha entre ricos y pobres se pone de manifiesto cada día.

En este orden de realidades que hoy nos aquejan y ante la necesidad de hacer efectivo el otorgamiento del derecho de acceso a justicia signado por la igualdad de oportunidades consagrados en nuestras mandas constitucionales nacionales y provinciales (Arts. 14, 16 y 18 Constitución Nacional Argentina; Art. 15 Constitución de la Provincia de Buenos Aires), se trabaja desde la defensa oficial pública mediante la descentralización de la actividad judicial y la promoción de soluciones tempranas, alternas y dialogadas.

En lo que respecta al ámbito del Ministerio Público, la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires prioriza la promoción y asistencia del acceso a la

justicia de aquellos ciudadanos que no cuentan con los medios económicos suficientes para hacer efectiva la garantía básica descripta.

Gran parte de los mismos se encuentran comprendidos en el Departamento Judicial de Lomas de Zamora y sus Departamentos vecinos: La Matanza, Quilmes, San Martín, Morón y San Isidro.

#### **4. EL ROL PREPONDERANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA**

La función del Ministerio Público de Defensa Oficial en el fuero civil trata de dar respuesta al gran cúmulo de pretensiones de los habitantes mediante la atención de los justiciables en los centros de justicia descentralizada, cumpliéndose, entre otras, las siguientes funciones:

- \* Facilitar el acceso a justicia.
- \* Asesoramiento jurídico y derivación informada y asistida del público.
- \* Fortalecimiento de la red (de contención) institucional y social, mediante actividades interdisciplinarias, informando y asistiendo a escuelas, hospitales, entidades barriales del Municipio y agentes duplicadores.
- \* Intervención y asesoramiento inmediato en casos de violencia familiar.
- \* Resolución alternativa de conflictos: Mediaciones de conflictos familiares y vecinales.
- \* Capacitación de los actores sociales, entre otras labores sustentadas por la firme decisión de los Municipios involucrados.
- \* Inicio de trámites judiciales.

La descentralización se pone en funcionamiento a través de la creación de las Casas de Justicia, bajo la órbita de las Defensorías

Generales Departamentales, constituyendo un hito en la lucha contra las barreras que alejan a la población de una solución a sus conflictos. La puesta en marcha por la Procuración General del proceso de descentralización resulta así una herramienta eficaz.

Gracias a este trabajo hoy se da cuenta de que se ha duplicado el número de personas que han podido acceder efectivamente al servicio de justicia mediante el sistema de la defensa oficial pública.

##### **5. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO ETAPA PREJUDICIAL**

Uno de los primeros resultados obtenidos, tal vez el de mayor envergadura, ha sido el logro de un menor índice de judicialización de conflictos en relación al número de personas asesoradas, descendiendo en términos relativos el porcentaje de la promoción de acciones del 41,42% al 22,60 % en los últimos cinco años. Disminución lograda en base a un esfuerzo orientado a la implementación efectiva de una instancia prejudicial de solución del conflicto donde juega un rol central el sistema de mediación.

Gran cantidad de conflictos que llegan a diario a la presencia del abogado estatal versan principalmente sobre temas relativos a la vida familiar, tales como el cuidado personal, la cuota alimentaria y el régimen comunicacional. Asimismo, se han diferenciado otras temáticas que, mediante el sistema de mediación civil, podrían llegar a buen puerto sin la demora, costo económico y tiempo que significa para los asistidos un proceso judicial.

Este trabajo toma mayor relevancia si valoramos la calidad de la solución y la satisfacción de nuestros asistidos.

La Defensoría General Departamental dispuso la creación de la Secretaría de Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos en el fuero civil porque parte de considerar que uno de los roles

prioritarios de la justicia en la actualidad, consiste en brindar solución a los habitantes que encuentran restringidos su acceso, ya sea por no contar con los medios económicos necesarios para llegar a la cabecera Departamental, o bien por verse obligados a desistir del proceso una vez que el mismo se encuentra iniciado, pues se requiere de tiempo disponible y medios económicos para movilizarse durante la tramitación.

La cultura de la mediación supone una cultura de la comunicación, por tanto facilita que las personas a través del diálogo encuentren las posibles soluciones por ellas mismas ya que el aprender a dialogar nos enseña a convivir pacíficamente.

En todo su conjunto, la Defensa Oficial trata de dar respuesta, al descontento de la sociedad que sostiene una visión de nuestro sistema como inaccesible y tardío, exigiendo una respuesta inmediata y coherente a la crisis en la que hoy se ve inmersa.

Falta un reto importante por concretar y es dar curso a una descentralización judicial donde se coordine la labor de la defensa con la de juzgamiento.

Descentralizar la labor de los jueces implica ponderar los Derechos de los más desprotegidos.

## **6. PROPUESTA DE ABORDAJE PARA LA REALIZACIÓN DE LA MANDA CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LA JUSTICIA:**

Deberíamos:

a) Reconocer la vigencia del tema del acceso a la justicia.

Durante mucho tiempo este tema estuvo relegado en segundo plano en los proyectos de reforma judicial. La implementación y el auspicio de foros, jornadas o encuentros que pongan al tema del acceso a la justicia en primer plano deben seguir desarrollándose.

b) Incentivar el trabajo transversal en el acceso a justicia.

Sin desmerecer la importancia que desempeña el derecho penal, es oportuno no dejar de lado a las otras disciplinas del derecho, como lo son la parte civil, familiar, agraria, laboral, dado que éstas también presentan altos índices de demandas por justicia.

c) Utilizar modelos ya existentes.

En proyectos a implementar para el correcto acceso a justicia, deben tenerse en cuenta las experiencias satisfactorias existentes. Las instituciones que vienen trabajando en la materia pueden aportar grandes conocimientos y métodos. El incentivo del acceso a justicia no debe circunscribirse solo a los tribunales, sino que es necesario la coordinación o la participación de organizaciones no gubernamentales como así también de las Universidades. Los Colegios de Abogados y las Facultades de Derecho deben priorizar programas tendientes a brindar una asistencia legal gratuita o la creación de espacios de discusión de derechos de interés público – como son las clínicas jurídicas - a los más necesitados e ir más allá del mero asesoramiento legal.

d) Financiar desde la inversión local e internacional.

Los proyectos deben incluir estrategias para garantizar la sustentabilidad de las instituciones que ofrecen el servicio fuera de la justicia. En el ámbito público es el Estado el que debe garantizar el servicio.

e) Reducir costos en los procesos Judiciales.

Uno de los desafíos es hacer realidad el precepto constitucional de acceso igualitario ante la ley de todos los ciudadanos mediante la reducción de tasas e impuestos judiciales.

f) Incentivar la creación de Programas de Asistencia Legal en las Provincias.

De esta forma se llega a más lugares y se asegura una aplicación distributiva de la justicia además de incluir programas de educación legal y mejora en la ética de los profesionales del Derecho.

g) Capacitación y difusión.

Implementar la capacitación a aquellos agentes involucrados en la prestación del servicio de justicia.

BORRADOR PARA MUESTRA 3

### CAPÍTULO III

#### REPRESIÓN O ARMONÍA SOCIAL.

#### EL ORIGEN DEL *IUS PUNIENDI* Y SU EVOLUCIÓN

#### A LO LARGO DEL TIEMPO:

#### DEL MEDIOEVO A LA ACTUALIDAD

#### 1. CONSIDERACIONES E INTERROGANTES SOBRE LA CUESTIÓN CRIMINAL

Si nos detenemos a pensar lo que “naturalmente” ocurre en el seno de la sociedad ante la comisión de un hecho delictivo, de inmediato reaparece la idea de la existencia de un Estado que ostenta el ejercicio de la fuerza pública y por tanto, es éste el encargado de juzgarlo y reprimirlo. En ocasiones el Estado falta a esta obligación primordial, demora en su actuación u ocurren irregularidades procedimentales que dificultan el normal desarrollo de una investigación penal. Por ello ganan aceptación las ideas de usurpar esta atribución estatal. Es habitual observar actualmente episodios de linchamientos en un afán social exacerbado de “hacer justicia por mano propia”. Sin embargo, estos rebrotes de “justicia privada” no dejan de ser esporádicos, efímeros y rápidamente se vuelve a pedir que el largo brazo del Estado haga “lo que tiene que hacer”: justicia. Justicia implica en estos casos castigo.

Se pide que el Estado sea inflexible con la delincuencia e imponga el castigo por excelencia: la cárcel. Algunas posturas extremas incluso llegan a solicitar fervientemente la pena de muerte ante

crímenes atroces aun cuando la Legislación Nacional en consonancia con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos impediría tal accionar estatal.

¿Por qué se pide al Estado que castigue y que sea inflexible? ¿Por qué es natural que el Estado y el gobierno que transitoriamente ocupa sus instituciones como encarnación de la voluntad popular, sea el encargado de preservar el orden social imponiendo un castigo racional y alejado de las pasiones de los particulares?

Estos, entre otros interrogantes, son los que a lo largo del presente capítulo intentaremos analizar a fin de internalizar que la cuestión criminal se encuentra cargada de condicionamientos socio políticos que exceden el hecho mismo de impartir justicia.

## **2. BREVE REPASO DE LA HISTORIA DEL *IUS PUNIENDI***

La concepción bifronte del Estado, que por un lado resulta ser árbitro neutral en ejercicio de la jurisdicción de las disputas sucedidas en una sociedad determinada y por otro, encarnación suprema y última de esa sociedad, es la que lo habilita para penar y castigar las conductas desviadas que constituyen delito, que amenazan los valores y principios sobre los que se asienta el orden y la convivencia pacífica. Es “natural” que así sean las cosas. Pero a esta altura es necesario interrogarnos: ¿Es natural que los individuos deleguen la resolución de sus conflictos a una maquinaria centralizada ajena a sus disputas cotidianas? ¿Siempre tuvieron los jueces, fiscales y defensores en nombre del Estado, el monopolio de la “justicia”? Como se podrá suponer, la respuesta es negativa. Los historiadores suelen decir que cuando alguien afirma que una determinada situación siempre ha sido así, lo más probable es que detrás de dicha afirmación haya una intención legitimadora de lo existente y por consiguiente tenga también poco sustento empírico.

El actual orden de cosas en lo concerniente a lo penal no es natural, eterno, ni tampoco inamovible. Por el contrario, es una construcción histórica de naturaleza social, política y económica

que tuvo un origen bien preciso. Luego ha sufrido rupturas para continuar con vigencia a lo largo del tiempo.

Para modificar una institución y/o proponer soluciones superadoras que puedan ver más allá de lo existente, lo primero que debemos analizar es el origen histórico de la institución misma. Es dable preguntarnos: ¿Cuándo surge el monopolio exclusivo del Estado para castigar las conductas desviadas? ¿Desde cuándo el soberano, o su equivalente moderno: la voluntad popular encarnada en nuestros representantes, expropiaron la resolución de los conflictos a la sociedad para arrogarse el imperio de decir lo que es justo y lo que no lo es? Estas son algunas de las preguntas que siguen surgiendo cuando repensamos la cuestión de la criminalidad.

Michel Foucault nos aclara que durante la Alta Edad Media (Siglos V a X) no existían los Estados centralizados propios de siglos posteriores. En pleno Medioevo la jurisdicción estaba repartida en poderes políticos descentralizados encarnados por los señores feudales que gozaban de considerable autonomía en ciertos territorios. En dicha época los individuos resolvían sus pleitos entre sí, porque no existía el poder jurisdiccional propiamente dicho. Ante un crimen los sujetos implicados se sometían a un proceso en el cual solo ellos tenían participación y culminaba generalmente en un duelo. No existía la indagación de la verdad por parte de un árbitro externo como el Estado. El sistema de la prueba feudal o del duelo era una tradición del antiguo derecho germánico. Además, “no intervenía un tercero por una sencilla razón: porque solo correspondía resolver el conflicto a quien había sufrido el daño, es decir la víctima, quien pedía ajustar cuentas con el infractor, con quien había lesionado su vida o su honor”.<sup>6</sup>

Desde el siglo X se viene originando un lento proceso de cambio, con vaivenes y contramarchas, en el cual las dinastías mo-

---

<sup>6</sup> Foucault, Michel; *“La verdad y las formas jurídicas”*, Gedisa Editorial, págs. 67-70, Barcelona; 2003.

nárquicas van a ir concentrando el poder antes delegado en los señores feudales. Tal cambio en la esfera política se va a ver reflejado en la forma de resolver los conflictos en las sociedades europeas. Los soberanos en pos de ganar hegemonía y control social sobre plebeyos, nobles, comerciantes y religiosos, van a instaurar la idea de lesión y desafío a la autoridad en los casos en que una persona cometa un hecho considerado delito. Para lograrlo, se van a recuperar algunas formas de indagación de la verdad que ya se habían ensayado en las civilizaciones griega y romana. En adelante, el lesionado no es la única víctima, también lo es el soberano. El soberano concentra el poder político por delegación divina, a él le corresponde la tarea de castigar.

En el siglo XII aparece la figura del procurador, representante real que en nombre del monarca se hace presente cuando hay una disputa para averiguar la verdad del hecho y en consecuencia, para castigar.<sup>7</sup> El efecto simbólico del monopolio del poder castigar es importante, como así también lo son los bienes confiscados a las partes que pasan a engrosar las arcas de las nacientes monarquías absolutas. La Baja Edad Media (siglos XI al XV) representó un momento en el cual las monarquías hicieron uso de su facultad de castigar mediante dos formas fundamentales que se tradujeron en las penas corporales y pecuniarias. Las penas corporales eran aplicadas sobre los plebeyos y las pecuniarias sobre los sectores económicos acomodados. Esta desigualdad señalaba en forma explícita, la naturaleza del nuevo sistema penal para el cual la pena corporal se encontraba dirigida primordialmente contra las clases bajas a las cuales buscaba disciplinar. Las ejecuciones, las mutilaciones y los azotes han sido una práctica corriente en pos de consolidar el control social sobre las clases inferiores y reafirmar la hegemonía de las clases superiores. En lo que respecta a los sectores acomodados de la sociedad, ante la comisión de un hecho ilícito, solo se contentaba con cobrarle

---

<sup>7</sup> Foucault, Michel; “*La verdad y...*”, Pag 79.

una multa, resguardando de tal forma su honor y reafirmando las jerarquías sociales.<sup>8</sup>

En los tiempos en los cuales la corona española fue conquistando los territorios americanos, sometiendo a las poblaciones nativas se decretó que el derecho vigente en estos nuevos dominios debía ser aquel que regía en Castilla. ¿En qué consistía este derecho? ¿Cuáles eran sus principales características? Para el siglo XVI el *Ius Puniendi* real castellano llevaba una larga lucha contra una serie de obstáculos, sobre los que se había logrado imponer, aunque no sin esfuerzo. Los reyes católicos –Fernando e Isabel– desplegaron una tarea legislativa inmensa en pos de regular todos los órdenes de la vida en sociedad y reducir una multiplicidad de órdenes normativos a su voluntad de poder. Así fue que se arremetió contra los fueros municipales y contra ciertas prácticas bien establecidas entre la población: como los duelos privados con los que se zanjaban los conflictos personales.

La delincuencia pasó a ser considerada un delito de Estado y perseguida incansablemente. Pero el largo brazo estatal dejó algunas reminiscencias de la vieja potestad particular para dirimir conflictos. Por ejemplo, cuando reservó a los maridos el derecho a asesinar a las esposas cuando éstas eran sorprendidas in fraganti con un amante. De más está decir que el amante podía correr igual suerte que la mujer. Sin embargo, sacando estas raras excepciones, el *Ius Puniendi* real no dejó de fortalecerse y ensancharse al momento en que se traslada a los dominios americanos y se impone sobre las poblaciones conquistadas, pese a la persistencia relativa de ciertas prácticas como la venganza privada en algunas regiones.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Rusche, George, Kirchheimer, Otto; “*Pena y Estructura Social*”, Editorial Temis, págs.7-20; Bogotá, 2004.

<sup>9</sup> Tomás y Valiente, Francisco; “*El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*”, Editorial Tecnos, págs. 46-84, 1969.

En la época moderna (Siglos XV al XVIII) se encontraba consolidado un modelo de proceso penal fuertemente inquisitivo, cuyo rasgo fundamental era la falta de imparcialidad del juez, dado que éste era quien dirigía la investigación y quien además disponía de un amplio arbitrio para dictar penas que no estuvieran previstas en las leyes. La orientación en el sistema de apreciación de la prueba era coherente con un sistema que facilitaba la condena de los sospechosos. Se destaca además la inexistencia de la presunción de inocencia. Otro rasgo era la inferioridad procesal de los justiciables, quienes no siempre tenían garantizado un derecho de defensa. Tampoco existían garantías procesales y mucho menos una estructuración coherente de las instituciones encargadas de administrar justicia.<sup>10</sup>

Es llamativo el adjetivo “inquisitivo” que posee el Proceso Penal característico a esta época de la historia. Deriva de una de las instituciones que ganó notoriedad por su atribución de castigar con la muerte en la hoguera a una serie de conductas consideradas como ofensas a la religión oficial: La Inquisición o Tribunal del Santo Oficio. Si bien fue fundada en 1184 en el concilio de Verona y reformulada y fortalecida en el Concilio de Letrán de 1215, en España se estableció en 1478 por los reyes católicos. Los inquisidores eran nombrados por los monarcas pero además debían ser confirmados por el Papa. La presencia de la Inquisición no se restringió a España, sino que estuvo presente en otros países europeos como Francia, Portugal y Alemania. Esta institución era un tribunal eclesiástico que tenía competencia sobre todos los actos de herejía de los súbditos y entre sus víctimas se contaron los judíos, judeoconversos, protestantes, moriscos, supuestas “brujas”. No solo practicar otra religión era una falta que merecía la muerte más espantosa en manos de inquisidores, sino que también eran perseguidos los bigamos, blasfemos, supersticiosos, homosexuales y herejes. Ante tales prácticas y en este contexto, resulta razonable imaginarse que los detenidos por la Inquisición carecían de derecho a defensa y de un letrado que

---

<sup>10</sup> Tomás y Valiente; *“El Derecho Penal...”*, págs. 199-200.

los asesorara, con lo cual, toda la indagación estaba dirigida a que el acusado confiese mediante torturas su pecado y en consecuencia, admita su supuesta culpabilidad.

La instrucción de la investigación era totalmente secreta, lo que aumentaba la indefensión de los acusados. Una vez condenados a muerte, los reos eran entregados a la justicia secular encargada de ejecutar la sentencia. En este contexto jurídico es que han muerto miles de personas. La Inquisición recién sería abolida a principios del siglo XIX.

Volviendo a los tribunales ordinarios, cabe destacar que el poder de quienes impartían justicia en nombre del rey se veía acrecentado por ciertas características del sistema jurídico. En definitiva, al no estar claramente diferenciados los tres poderes del estado, casi todas las autoridades poseían *iusdictio*, la cual incluía la facultad de gobernar, legislar y decir el derecho. Por ello, la legislación no era dictada por representantes de la voluntad popular, sino por funcionarios del rey, quienes para legitimar tal poder interpelaban a un orden preestablecido compuesto por el Derecho Divino, el Derecho Natural y el Derecho de Gentes.<sup>11</sup> Para ilustrar esta afirmación podemos ver qué significaba en la época la palabra derecho: “Derecho es el que dicta la naturaleza; es el ordenado por la Divinidad; es el definido por la Iglesia; es el que constituyeron las gentes; es el establecido por el Príncipe supremo legislador en sus dominios; es el que ordena la ciudad o el pueblo para su gobierno privado; es el que introduce la costumbre.”<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Garriga, Carlos; “*Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen*”, Editorial Istor, N° 16, págs.13-44, marzo de 2004, [www.istor.cide.edu/archivos/num\\_16/dossier1.pdf](http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier1.pdf).

<sup>12</sup>Tau Anzoátegui, Víctor; “*Órdenes normativos y prácticas socio-jurídicas. La justicia, Nueva Historia de la Nación Argentina, Tomo II Período español (1600-1810)*”, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1999.

Primaba una concepción casuista del derecho, donde hacer justicia era dar a cada uno lo suyo, no según reglas fijas e imprescriptibles, sino acudiendo a una variedad de fuentes normativas y evaluando la singularidad del caso.<sup>13</sup> Ejemplo de ello es la tipificación de los delitos que estaban equiparados a los pecados,<sup>14</sup> siendo que además la legislación no tenía efecto derogatorio sobre las normas anteriores. Esto se traducía en que las autoridades hispanoamericanas para resolver un litigio podían acudir a cuerpos normativas tan dispares como Las Siete partidas de Alfonso el Sabio, La Nueva Recopilación Castellana, La Nueva Recopilación de leyes de los reinos de Indias o la Novísima Recopilación Castellana, además de otras normas que no estaban contenidas en estas recopilaciones.

El modelo de proceso penal se correspondía con tal visión de la sociedad. No existía la igualdad de las personas ante la ley como es concebida en la actualidad, teniendo plena vigencia la tortura como método para obtener la verdad. A estos elementos se les sumaban un conjunto de penas atroces que se aplicaban sobre todo al cuerpo de los reos y que tenían como fin castigar al delincuente, reformarlo y aterrorizar al resto de la población para prevenir nuevos crímenes. Las penas corporales más comunes eran los azotes o los trabajos forzados en presidio y la más grave de todas era la pena capital, que estaba prevista para numerosos delitos.

Algo interesante que han notado varios autores, ha sido que la justicia del antiguo régimen no se caracterizaba por la aplicación irrestricta de las penas previstas en las leyes en todos los casos. Ello obedecía principalmente a dos razones: En primer lugar la ley escrita no era fuente dominante del Derecho. Por el contra-

---

<sup>13</sup> Tau Anzoátegui, Víctor; *“Casuismo y Sistema”*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.

<sup>14</sup> Ver: Clavero, Bartolomé; *“Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones”*; Tomás y Valiente, F.; Clavero, B.; Bermejo, J. L.; Gacto, E.; Hespanha, A. M.; Álvarez Alonso, C., *“Sexo barroco y otras transgresiones premodernas”*; Editorial Alianza, págs.57-90 Madrid, 1990.

rio, la ley tenía igual peso que otras fuentes del derecho como la costumbre, la doctrina de los autores, el saber teológico y la jurisprudencia. No regía el “imperio de la ley”. Muchas normas dictadas por el rey no se cumplían en América producto de las grandes distancias que separaban a la metrópolis de sus colonias. Al no concebirse el derecho como una esfera completamente separada de otros órdenes normativos como la Religión o la Moral, en ocasiones algunos principios se inmiscuían y atenuaban el *Ius Puniendi* real, en pos de fortalecer aún más la autoridad monárquica.

Muchos delincuentes cuya sentencia debiera haber sido la pena capital, eran perdonados por el monarca, quien mostraba de esta forma que era piadoso y que tenía contemplación para con sus súbditos. En definitiva, el rey como un “buen padre” buscaba hacerse obedecer no solo castigando para que le temieran, sino perdonando para que lo amen. El derecho penal pre contemporáneo combinaba unas pocas ejecuciones que se convertían en actos públicos ejemplificadores para imponer el terror y un perdón generalizado para mostrar la clemencia del soberano, tanto en Europa como en América.<sup>15</sup>

En la época moderna, el *Ius Puniendi* real estaba lejos de agotarse en los procesos penales destinados a juzgar a distintos tipos de delincuentes mediante un proceso eminentemente inquisitivo. El Estado extendió su tutela también a toda una población marginal como los huérfanos, los locos, los pobres, las mujeres que desafiaban los ideales de la época, etc. Es la llamada época del “gran encierro” por usar nuevamente una expresión de Foucault, donde cantidades indigentes de sujetos empezaron a ser perseguidos

---

<sup>15</sup>Para Europa ver Mantecón, Tomás; “*La justicia y el castigo del cuerpo en la Castilla Moderna*” (España); Bonaudo, Marta; Reguera, Andrea y Zeberio, Blanca (coords.); “*Las escalas de la historia comparada*”. Tomo 1: “*Dinámicas sociales, poderes políticos y sistemas jurídicos*”, Buenos Aires, Miño y Dávila; págs.207-228;208. Para el Río de la Plata Levaggi, Abelardo; “*Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense*”. Primera parte; en *Revista de Historia del Derecho*, 3; págs..81-164; Buenos Aires; 1975.

y reclusos en grandes instituciones como casas de trabajo forzado, manicomios, casas de corrección e instituciones afines.<sup>16</sup> La causa de esta reclusión forzosa radicaba en que estos sectores, al igual que los delincuentes, eran vistos como una amenaza al orden social.

Todas estas tendencias europeas tuvieron su correlato en las colonias americanas, las cuales durante la época moderna estuvieron integradas a la monarquía católica española. La voluntad de la dinastía reinante en la península se expresó en América en la fundación de instituciones propias para hacer prevalecer un sistema jurídico particular. Este sistema incluía ya hemos dicho el Derecho Castellano, pero también un derecho que ha sido llamado Indiano por los exponentes más destacados que cultivan la historia del Derecho. Incluía no solo las normas de la península que tenían vigencia en América sino las leyes específicas que eran dictadas para los nuevos dominios de la corona, agrupadas en la Recopilación de leyes de los Reinos de Indias. Las instituciones establecidas en América para administrar justicia e imponer el *Ius Puniendi* se encontraban representadas por los Virreyes y las Reales Audiencias, como autoridades máximas e instancias donde se resolvían las apelaciones que se realizaban sobre las sentencias de la justicia inferior. No existía la actual división de poderes y casi todas las autoridades tenían atribuciones que hoy llamaríamos ejecutivas, legislativas y judiciales. La justicia inferior se encontraba constituida por los alcaldes de 1º y 2º voto de los cabildos quienes administraban justicia en todas las causas civiles y criminales de una ciudad y la campaña circundante. No eran funcionarios en el sentido estricto de la palabra en virtud de que no cobraban un sueldo por su labor, sino que eran vecinos distinguidos que administraban justicia como una carga pública. Eran auxiliados por otras figuras con atribuciones

---

<sup>16</sup> Foucault, Michel; *Historia de la locura en la época clásica*, Editorial Fondo de Cultura Económica, págs. 75-125. México, 1990.

policiales como los alcaldes de hermandad en el ámbito rural y los alcaldes de barrio en el ámbito urbano.<sup>17</sup>

Algunos fueros escapaban a la jurisdicción ordinaria, como el fuero mercantil y el eclesiástico. Las distintas corporaciones que componían la sociedad resultaban ser un engranaje más de la justicia colonial –familias, gremios artesanales, cofradías religiosas– las cuales conservaban importantes cuotas de poder y las cabezas de estos cuerpos tenían poder sobre sus miembros. Ejemplo de ello son las familias donde ejercía el poder “de corrección” sobre los miembros considerados menores como hijos, esclavos, esposas, aprendices o criados.

Entre las penas impuestas por la justicia durante la época colonial, la cárcel no figuraba como una de las más frecuentes. La cárcel era concebida como un lugar de custodia de los detenidos mientras eran juzgados para que no se dieran a la fuga. Es decir que no se consideraba una pena, sino que constituía una especie de “prisión preventiva” extendida a todos los sospechosos de haber cometido un delito. Ello muestra a las claras la inexistencia de una presunción de inocencia que garantizara los derechos y las garantías individuales más elementales.

Sin embargo no debemos quedarnos con la letra de las leyes y los argumentos de los juristas en torno a una institución como era la cárcel, sino que es necesario que confrontemos estos planos de análisis con lo que sucedía en la realidad. La criminología crítica, en oposición a la criminología positivista, hace tiempo ha formulado conceptos muy útiles como son los de criminalización primaria y los de criminalización secundaria. Mientras que la primera es desempeñada por las autoridades legislativas mediante el

---

<sup>17</sup> Sobre las particularidades del derecho indiano durante la época colonial ver Rebagliati, Lucas; “*La administración de justicia en Buenos Aires: del período virreinal a la sanción de la constitución nacional (1776-1853)*”, en Bauché, Eduardo Germán, Prada, Mariela I., *Teoría General del Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas, págs., 47-94, Buenos Aires, 2011.

acto de sancionar leyes y criminalizar conductas, la segunda consiste en el acto de detener sujetos concretos de acuerdo a la normativa sancionada previamente. Esta última recae o se ejerce solo sobre un grupo reducido de sujetos, ya que nunca logra extender su dominio sobre todas las conductas criminalizadas de una sociedad determinada.

En Buenos Aires a fines de la época colonial, la cárcel entendida como lugar de custodia, se encontraba en el edificio del cabildo. Algunos estudios han demostrado que las condiciones de vida en estos calabozos eran paupérrimas ya que en las últimas décadas de dominio colonial el hacinamiento, las pésimas condiciones de higiene y salubridad, la escasa alimentación y vestuario y la violencia intramuros eran una realidad constante.<sup>18</sup> Algunas políticas públicas han sido ensayadas para corregir esta situación. Entre ellas se encontraron casos de perdones del soberano que al liberar a los reos acusados de delitos leves permitía descomprimir, al menos en parte, la situación de hacinamiento de la población carcelaria. Otra medida frecuente en alivio de los encarcelados lo proporcionó una práctica peculiar que era la “visita de cárcel”. La misma consistía en una visita que realizaban las autoridades al interior de la cárcel para hacer un recuento de los presos existentes en los calabozos, tomar nota de sus causas y, en casos excepcionales, tomar alguna determinación—ya sea la liberación del reo o condenándolo en el acto—.<sup>19</sup> Por último, existía un regidor del Cabildo especialmente designado para atender los reclamos de los reos y peticionar a favor de una mejora de sus condiciones de

---

<sup>18</sup> Sobre la cárcel de Buenos Aires ver Mallo, Silvia; “*La experiencia del castigo institucional: las condiciones de vida en nuestras cárceles en la segunda mitad del siglo XVIII*”, “La sociedad rioplatense ante la justicia; la transición del siglo XVIII al XIX”, Buenos Aires; Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires; Dr. Ricardo Levene, 2004.; Un panorama de conjunto de las cárceles coloniales en Levaggi, Abelardo; *Las cárceles argentinas de antaño (Siglos XVIII y XIX)* Teoría y realidad; Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires; 2002.

<sup>19</sup> Levaggi, Abelardo; “*Las instituciones de clemencia en el Derecho penal rioplaten*”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XXVI ;págs 246-298; México, 1976,

vida o en pos de acelerar la conclusión de los procesos judiciales en los que estaban inmersos. Este oficio era el de “Defensor General de Pobres” que existía en Buenos Aires desde 1722, aunque en otras ciudades del Virreinato del Río de la Plata apareció recién a fines del siglo XVIII.

Los perdones reales, las visitas de cárcel y el desempeño de los Defensores de pobres no alcanzaron para modificar estructuralmente las condiciones de vida de los detenidos. Solo paliaron las situaciones más urgentes. Ello provocó que los reos desplegaran una serie de prácticas en pos de aliviar su situación, conscientes de que una mejora significativa de sus condiciones de vida no sería producto del accionar de las autoridades sino de la intervención activa de ellos mismos. Algunas de estas prácticas se enmarcaban dentro de la ley y se mostraban respetuosas con el orden vigente. Otras, por el contrario, eran un desafío al sistema. Entre las primeras podemos mencionar los numerosos memoriales que los reos escribían al Virrey contándoles sus penurias para que la máxima autoridad del Virreinato tomara alguna determinación. No siempre los sospechosos o reos se mostraban respetuosos de la ley y la autoridad. Así es que, sabiendo el destino que les esperaba en caso de ser juzgados y condenados, muchos se resistían cuando eran aprehendidos por las autoridades. Otros, una vez ya atrapados y encarcelados, protagonizaban numerosas fugas individuales y colectivas.<sup>20</sup>

Evidentemente, pese a lo que establecían las leyes y los tratados, la cárcel del cabildo funcionaba como verdadera pena si definimos a ésta como “una coerción que priva de derechos o infiere un dolor”.<sup>21</sup> Los historiadores que han estudiado los expedientes de juicios criminales y los libros de visitas de cárceles, han nota-

---

<sup>20</sup> Mallo, Silvia, “*Fugas y sublevaciones: El peligro latente y la realidad en las cárceles coloniales, La sociedad rioplatense ante la justicia, la transición del siglo XVIII al XIX*”, Buenos Aires; Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires; Dr. Ricardo Levene; 2004.

<sup>21</sup> Zaffaroni; Alagia, Slokar; “*Derecho Penal*”, pág. 37.

do que las autoridades frecuentemente a la hora de dictar sentencia aminoraban la pena que les correspondía a los reos, en virtud de considerar el largo tiempo que habían pasado hacinados en los calabozos del cabildo. Es decir que finalmente una vez dictada la sentencia definitiva, el tiempo de detención sufrido era computado como parte de la pena impuesta.

La cárcel amontonaba sin distinción sujetos que no necesariamente eran delincuentes o sospechados de haber cometido delitos. Había también mujeres que desafiaban los ideales que las oprimían, esclavos castigados por sus amos, sujetos catalogados de “*vagos y mal entretenidos*”, personas que no seguían al pie de la letra la moral sexual de la época, e indígenas enviados de otras regiones del Virreinato.

En Europa la situación de las cárceles no era distinta a lo que acontecía en Buenos Aires. La crisis del Antiguo Régimen provocado por las revoluciones inglesa y francesa fundamentalmente, fue minando poco a poco las bases del sistema monárquico. La obediencia ciega que los súbditos tenían que tener hacia unos reyes considerados como enviados de Dios empezó a ser cuestionada. Y el cuestionamiento de las monarquías absolutas europeas fue seguido del repudio hacia los sistemas penales que sustentaban a dichos sistemas políticos. Por ello, no fue extraño que hacia fines del siglo XIX se alzarán voces de crítica a los derechos penales del antiguo régimen.

La voz más destacada fue la de César Beccaria, quien con su obra “*De los delitos y de las penas*” se transformó en la bandera de la crítica iluminista al derecho penal de la monarquía absoluta.

Beccaria criticó uno a uno los pilares de este sistema y propuso una reforma sustancial. El autor veía como una aberración las penas desproporcionadas y arbitrarias, el amplio poder de los jueces, las torturas, el estado lamentable de las cárceles, la legislación confusa y poco clara, etc.<sup>22</sup> Propuso en cambio limitar la

---

<sup>22</sup> Beccaria, César; “*De los delitos y de las penas*”, Editorial Losada; Buenos Aires, 2004.

potestad del Estado para imponer penas, reducir sensiblemente el arbitrio y el margen de maniobra de los jueces, convirtiéndolos en esclavos de las leyes, acrecentar en consecuencia el rol de los legisladores como portavoces de la voluntad popular, hacer que la legislación sea clara e igualitaria para todos, eliminar la tortura como método de indagación de la verdad, etc. Su obra fue publicada en 1764 e inmediatamente inspiró reformas penales como las que llevaron a cabo Catalina de Rusia en 1766, María Teresa de Austria en 1776, Luis XVI en 1780 y las reformas de las constituciones francesas de 1789 y 1793.<sup>23</sup>

El *Ius Puniendi* era cuestionado severamente. Pero no se cuestionaba su existencia, sino sus formas y sus modos. No se ponía en duda la facultad exclusiva del Estado para castigar a sus súbditos, solo los métodos empleados para hacerlo.

Lo cierto es que a una nueva legitimidad política le correspondían otros modos de castigar, de establecer lo justo y lo injusto, de afianzar el control social sobre las mayorías. La indeterminación jurídica de los delitos y las penas, el amplio margen de los jueces, los castigos atroces y excepcionales, la inobservancia de las normas como expresión de la magnanimidad del soberano, se correspondían muy bien con la hegemonía social de la nobleza y la creencia de que el rey era el garante de un orden natural y religioso inmodificable.

Pero qué sucedía si la teoría del origen divino del poder era sustituida por el incuestionable dogma de la soberanía popular expresada en un sistema republicano y representativo?

Una vez iniciado este proceso era necesario elaborar nuevas teorías que justificaran la existencia del *Ius Puniendi*, no como atribución de un rey enviado por Dios, sino en manos de un representante que encarna la voluntad popular. Si la idea que el

---

<sup>23</sup> Beccaria, César; *“De los delitos...”*, *Un buen contexto histórico y recuento de las repercusiones de la obra de Beccaria* en Tomás y Valiente, Francisco, *“Derecho y proceso penal a finales del siglo XVIII: la crítica de Beccaria”*, Tomás y Valiente, Francisco, *La tortura judicial en España*, Barcelona, Crítica; págs 143-20; 2000.

poder del rey era de origen divino resultaba una ficción, la concepción de que la clase política encarna en forma fiel y absoluta algo llamado “voluntad popular” también lo es. La idea descansa en el hecho que la sociedad está compuesta de individuos aislados –sin intereses contrapuestos– que tienen una única voluntad y que sus intereses son representados por los nuevos políticos republicanos. En definitiva existían desigualdades importantes entre las personas –étnicas, económicas, edades, géneros, poderes y religiones– y a su vez la sociedad, lejos de ser algo homogéneo, estaba dividida en distintos grupos sociales con intereses a menudo contrapuestos. La clase política representa solamente intereses propios de algunos grupos sociales privilegiados. Por ello el paso de la ficción monárquica a la ficción republicana fue traumático en todos los países y en especial en Inglaterra y Estados Unidos donde las elites dirigentes que gobernaban en nombre de Dios fueron las mismas que luego pasaron a hacerlo en nombre del “pueblo”.<sup>24</sup>

En síntesis, el *Ius Puniendi* había pasado de manos de “Dios” –y el rey en su nombre– a manos del “pueblo” –en realidad a los gobiernos que dicen representar al pueblo–.

¿Qué influencia tendría el discurso ilustrado sobre los delitos y las penas específicamente en Buenos Aires?

En primer lugar cabe destacar que el proceso revolucionario impulsó decididamente el intento de poner en práctica muchos de estos principios, aunque hubo limitaciones muy evidentes. Empecemos viendo los cambios más importantes que se sucedieron.

La Revolución de Mayo provocó tanto rupturas como continuidades de las prácticas, saberes y tradiciones heredados de la época colonial. Lo primero que hicieron las autoridades revolucionarias fue destituir a los miembros peninsulares de la Real Audien-

---

<sup>24</sup> Morgan, Edmund S; “*La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*”; Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2006.

cia siendo reemplazados por jueces que habían demostrado su lealtad a la causa independentista.

El Triunvirato dictó un reglamento de justicia novedoso y abolió la Audiencia, reemplazándola por una Cámara de Apelaciones. Pero el nuevo poder ejecutivo: juntas, triunviratos y directorios, se reservó una atribución judicial que antes desempeñaba el mismo rey, la cual era revisar todas las sentencias de los juzgados inferiores. Este fenómeno es una muestra cabal de que la división de poderes, tan proclamada en los discursos revolucionarios, no tuvo una aplicación estricta sino que estuvo subordinada a las necesidades planteadas por un contexto revolucionario signado por la guerra, las intrigas reaccionarias, los complots, la movilización popular y un incremento de la delincuencia.<sup>25</sup>

Una mirada de conjunto permite aseverar que con la Revolución de Mayo, el sistema jurídico fue uno de los aspectos menos modificados, en comparación con las transformaciones políticas, sociales y económicas realizadas por la nueva dirigencia. Más allá de la creación de comisiones y juzgados extraordinarios para juzgar ciertos delitos que tuvieron corta existencia, las leyes coloniales no fueron abolidas. El Reglamento Provisional sancionado en 1817 estableció la vigencia del entramado jurídico colonial hasta la sanción de una futura constitución.

Otra continuidad la constituye la supervivencia del Cabildo hasta 1821, el cual siguió cumpliendo en lo esencial las mismas funciones que en la época colonial. Sin embargo, pudieron notarse ciertos cambios producto de la introducción de discursos ilustrados en el debate político de la época. Algunas nociones liberales relacionadas con las garantías y los derechos de los imputados empezaron a circular en la prensa y en los discursos jurídicos,

---

<sup>25</sup> Barreneche, Osvaldo; *“Dentro de la Ley, Todo. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina”*, Editorial Al Margen, pág. 82; La Plata, 2001. Según Marcela Ternavasio luego de 1810 la división de poderes era restringida en Buenos Aires y se limitaba solo a un número de autoridades. Ver *Gobernar la revolución. Poderes en disputa en el Río de la Plata*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, en particular el Epílogo.

pero no fueron efectivamente cumplidos en aras de mantener el control social sobre la población. Un ejemplo de este hecho es el decreto de seguridades individuales sancionado en 1811, que establecía que sus preceptos podían ser suspendidos en casos de caos y desorden social.<sup>26</sup>

¿Qué sucedía en Europa mientras tanto? ¿Qué procesos había desencadenado la crítica ilustrada del derecho penal del Antiguo Régimen? ¿Cuáles fueron los nuevos rostros del Ius Puniendi?

Michel Foucault en “Vigilar y Castigar” ha relatado las transformaciones experimentadas por el derecho penal. El castigo deja de tener como objeto al cuerpo y apunta directo al alma. Ello implica que el acto de castigar deje de ser un ritual público y pase a ejercerse en las sombras de los calabozos. La prisión finalmente coloniza todo el sistema penal y desplaza a las antiguas penas. El desorden de las viejas cárceles del Antiguo Régimen va a dar paso a una estricta reglamentación de la rutina de los presos, de la estructura edilicia de los nuevos establecimientos para recluir y castigar. Un estricto control del tiempo de los reclusos busca disciplinar los cuerpos y las voluntades y afianzar el control social sobre las clases bajas.

Es el nacimiento de una nueva microfísica del poder que se puede denominar celular y que alumbra a un nuevo tipo de sociedad: La sociedad disciplinaria. Los dispositivos disciplinarios se encuentran en las nuevas penitenciarías, en la escuela, el ejército, los reformatorios, las fábricas, etc.<sup>27</sup> Se aspira a crear individuos dóciles y obedientes del orden establecido y se busca penar preferentemente los delitos contra la propiedad. Ello es coherente con la transformación del Estado, sus principios de legitimidad y sus modos para castigar precedidos, acompañados e impulsados por el ascenso de una nueva clase social: la burguesía.

---

<sup>26</sup> Barreneche, Osvaldo; “Dentro de la...”, págs. 84-85.

<sup>27</sup> Foucault, Michel; “*Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*”, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2002.

La base sobre la cual se asienta el iluminismo penal de fines del siglo XVIII que va a encontrar concreción a lo largo del siglo XIX en Europa y América Latina, es un curioso proyecto arquitectónico diseñado por Jeremy Bentham: El panóptico. Este filósofo inglés, considerado el padre del utilitarismo, preocupado por el desorden existente en las cárceles en 1791 publicó un tratado con sus principales ideas para reformar las prisiones de toda Europa. Su propósito era buscar un medio de inducir conductas en los encarcelados y someterlos a un estricto control social. El autor empezaba su obra diciendo:

*“Si fuéramos capaces de encontrar el modo de controlar todo lo que a cierto número de hombres les puede suceder; de disponer de todo lo que los rodea a fin de causar en cada uno de ellos la impresión que quisiéramos producir, de cerciorarnos de sus movimientos, de sus relaciones, de todas las circunstancias de su vida, de modo que nada pudiera escapar ni entorpecer el efecto deseado, es indudable que un medio de esta índole sería un instrumento muy potente y ventajoso, que los gobiernos podrían aplicar a diferentes propósitos, según su trascendencia.”*<sup>28</sup>

El diseño arquitectónico propuesto consistía en una torre de control en el medio del establecimiento y alrededor una construcción en forma de anillo donde se encuentran las celdas en sus extremos. Cada una de estas celdas tendría una ventana al exterior por donde pase la luz y una ventana hacia su lado interior para permitir la vigilancia de quien se ubique en la torre central. La finalidad era que los presos tuvieran la impresión de que estaban siendo vigilados todo el tiempo, aunque ello no ocurra efectivamente. Esta sensación haría que los mismos reclusos repriman sus conductas sin necesidad de que sean aleccionados por una autoridad. En EE.UU. y Europa Occidental desde la primera mitad del siglo XIX todos los proyectos arquitectónicos retomaron esta idea y la llevaron a la práctica, aunque con ligeras variaciones. En Estados Unidos cobraron notoriedad la penitenciaría

---

<sup>28</sup> Bentham, Jeremy; *“El Panóptico”*; Editorial Quadratta, pág. 15 Buenos Aires, 2004.

de Filadelfia y la de Auburn, basadas en un estricto encierro celular y en la imposición del silencio a los penados. Algunos autores de inspiración marxista han querido ver en estos sistemas penitenciarios una íntima conexión con el sistema capitalista en plena consolidación, ya que la mayoría de los penados serían sujetos provenientes de las clases bajas. De esta forma la reclusión y el aislamiento tendrían un rol protagónico en la construcción del proletariado moderno.<sup>29</sup>

Todo este proceso tuvo su correlato en América Latina y específicamente en nuestro país, aunque con retraso. La secuela de inestabilidad institucional y caudillismo impidieron que la cuestión de la modernización del castigo estuviera entre las prioridades de las autoridades. En particular en nuestro país, se evidenció el fracaso de los proyectos centralistas que se querían imponer desde Buenos Aires, los cuales se derrumbaron en 1820 dando comienzo a la etapa de las autonomías provinciales. Las provincias se agruparían, aunque en forma muy tenue, en torno a una Confederación Argentina liderada por el gobernador de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, quien estaría al frente de esta provincia hasta 1852.

Su caída propiciaría el comienzo de la organización nacional encabezada por el gobernador de Entre Ríos, Justo José de Urquiza. Un año más tarde se sancionaría la Constitución Nacional de 1853, pero Buenos Aires, temerosa de perder sus privilegios, recién adheriría a dicha carta magna en 1860. Esta constitución, que a lo largo de 150 años de historia sufriría sensibles modificaciones, reglamentó el poder judicial, diferenciando claramente una corte suprema de justicia en la esfera superior y ciertos tribunales inferiores.

Consagrada la Ley como la fuente fundamental del derecho vigente, mostraba la derrota de otras fuentes jurídicas tan importantes en siglos anteriores como el arbitrio judicial o la costum-

---

<sup>29</sup> Melossi, Darío, Pavarini, Massimo; *“Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)”*, Editorial Siglo Veintiuno, México, 1980.

bre. Una justicia letrada y rentada por el Estado era condición necesaria para imponer esta primacía de la ley en el campo del derecho.<sup>30</sup>

Con la unificación política de las distintas provincias en un mismo Estado Nacional se debían consolidar las bases para la puesta en práctica de las nuevas ideas penales. El castigo debía modernizarse en consonancia con las transformaciones económicas, políticas y sociales. Varios países latinoamericanos habían iniciado este camino, construyendo penitenciarías modernas siguiendo el modelo de Jeremy Bentham: Brasil en 1834, Chile en 1843, Perú en 1862 y Colombia en 1876.<sup>31</sup>

En 1877 se produciría en Buenos Aires un hito en la historia del castigo institucional: la construcción de la penitenciaría. El régimen disciplinario se basaría en modelos ensayados en las penitenciarías norteamericanas. Los mismos incluían la imposición del silencio a los reos, el aislamiento nocturno y el trabajo diurno en grupos como estrategia terapéutica. Por supuesto, esta estricta regimentación de la vida de los reclusos ha mostrado sus falencias varios años después. Esta penitenciaría fue construida de forma radial en consonancia con el dibujo del panóptico. De la misma época data otro proyecto de una cárcel moderna y de máxima seguridad, el penal de Ushuaia, situado en el extremo austral de nuestro país, en la isla de Tierra del Fuego.

El otro hito importante en la modernización del *Ius Puniendi* en nuestro país fue la sanción del primer Código Penal. Lo distintivo es que los modernos códigos del siglo XIX surgen en todo el mundo, a diferencia de las viejas recopilaciones de leyes que ocasionalmente realizaban los monarcas, con una serie de características particulares:

Es una colección escrita de reglas jurídicas claras.

---

<sup>30</sup> Rebagliati, Lucas; “*La administración de...*”, págs. 47-94.

<sup>31</sup> Caimari, Lila; “*Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina*”, 1880-1955, Editorial Siglo Veintiuno, pág.31, 2004.

Aspira a ser completa o constituirse en la fuente jurídica más preeminente del sistema jurídico.

Las normas poseen un elevado grado de abstracción, en pos de poder ser aplicables a varios casos particulares que pueden ser encuadrados bajo dichas normas.<sup>32</sup>

En el caso argentino la codificación penal ha evidenciado muchos vaivenes. Existió un primer proyecto redactado por Carlos Tejedor en 1864, el cual aún sin llegar a tener vigencia nacional, ha sido aplicado en algunas provincias. El siguiente fue elaborado en 1881, siendo obra de Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García pero tampoco fue aceptado.

El primer Código Nacional Argentino fue sancionado en 1886.

Así estarían sentadas en nuestro país las piezas maestras de la punición moderna, por un lado un código que establecía claramente los delitos penados por la ley y por el otro, una red de instituciones penitenciarias que se extendían a lo largo y ancho del territorio. Este sistema sería un engranaje fundamental del Ius Puniendi moderno, aunque no agotaría todos los mecanismos tendientes a afianzar el control social sobre los perdedores del sistema. De todos modos el poder punitivo del estado muy a menudo sobrepasaría las leyes y las instituciones penitenciarias en aras de afianzar su dominio ante amenazas.

Pero antes de desarrollar algunas consideraciones sobre la evolución del ius puniendi en el Siglo XX, es necesario conceptualizar qué entendemos por “control social”.

Nos pareció adecuada la definición dada por Pedro Oliver Olmo.<sup>33</sup> El concepto se torna útil cuando se orienta al estudio de

---

<sup>32</sup> Caroni, Pio; “Lecciones de historia de la codificación”, Universidad Carlos III, págs. 27-37. Madrid, 2013.

<sup>33</sup> Su trabajo más importante se titula *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal*. Director Dr. Antonio Rivera Blanco, Universidad del país Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1999.

los mecanismos de control mediante los cuales el estado ensaya una respuesta a: “...la desviación, el crimen, la trasgresión y el desorden social, y siempre definiendo esas expresiones, no como señales de disfunciones o patologías sociales sino por su relación conflictiva con procesos sociales, económicos, políticos o culturales que a su vez pueden estar relacionados entre sí, como por ejemplo, la pobreza marginal o el empobrecimiento y la pauperización, la delincuencia o la trasgresión de las normas y los ilegalismos populares, la violencia política o la protesta social y las resistencias colectivas, las heterodoxias religiosas o las disidencias políticas e ideológicas, el delito pecado contra el modelo familiar y las rupturas del orden sexual. Sin olvidar el amplio y complejo fenómeno de la prostitución”.<sup>34</sup>

El ideario liberal penal ya plenamente triunfante a fines del siglo XIX no tardaría en entrar en crisis en el siglo XX. Y lo haría repetidas veces, tanto en las principales potencias como en los países periféricos. En realidad el credo liberal en su conjunto sería atacado por ideologías totalitaristas que planteaban una ampliación de la capacidad punitiva del Estado por sobre las leyes e instituciones republicanas. Lo que sucedía es que el capitalismo con su tremenda crisis en la década del “30” había hecho perder la fe a muchas personas que buscaban cobijo en ideas corporativistas. Estas señalaban como causa de todos los males a los extranjeros, exaltando un nacionalismo xenófobo extremo. En realidad, estas nuevas ideologías triunfaron fácilmente en aquellos países europeos que habían llegado tarde al reparto del mundo y recelaban del rol predominante que tenían las grandes potencias occidentales como EE.UU., Francia e Inglaterra, quienes ya se habían repartido las zonas geográficas de África, Asia y América sobre las cuales ejercían influencia colonial directa o indirecta.

De esta forma el Nazismo se afianzó en Alemania, así como el Fascismo lo hizo en Italia y el Franquismo en España. Se puede tomar como ejemplo paradigmático aunque extremo el caso del

---

<sup>34</sup> Oliver Olmo, Pedro, “El concepto de control social en la historia social: estructuración del orden y respuestas al desorden”, en revista.pensamiento penal, pág. 19, Edición 149, 2012.

régimen hitleriano en Alemania, ya que el poder punitivo se descargó sobre los judíos como también contra los gitanos, los homosexuales y los disidentes políticos. La ampliación del *Ius Punniendi* a expensas de todo tipo de control institucional y legal se hacía en nombre de la pureza nacional y el combate a los extranjeros y a los diferentes.

En América Latina estas ideas totalitarias también encontrarían eco, aunque en este caso no se trataba de países que aspiraban a ser potencias y deseaban colonias para su engrandecimiento como nación. La fragilidad institucional latinoamericana y la consecuente secuela de golpes militares que afectaron su vida democrática –aumentando el ejercicio de la violencia institucional sobre la población civil– provinieron de la incapacidad de un capitalismo dependiente de satisfacer las necesidades más apremiantes de la población. Esta presencia militar alcanzó su apogeo en la década del “70” cuando, en nombre del combate a la subversión, la violencia estatal contra la población dejó miles de desaparecidos.

Chile, Uruguay, Brasil, Argentina y Paraguay sufrieron sendas dictaduras cívico-militares que desplegaron una violencia equiparable a un genocidio si se considera la cantidad de víctimas. Esta violencia virulenta ejercida desde el Estado se continuaría en la década del “80” en los países centroamericanos.

El retorno de la democracia en América se hizo bajo el signo de la derrota de los movimientos populares y revolucionarios. Los sucesivos gobiernos surgidos en elecciones pudieron imponer sobre una población extenuada por los años vividos, el ideario neoliberal en materia económica. De hecho en las décadas del “80 y “90” el neoliberalismo triunfó como ideología económica a lo largo y ancho del mundo, en países periféricos y en grandes potencias. La norma predominante fue la disminución de la inversión en salud y educación, la extrema concentración del ingreso, la libertad descontrolada de grandes multinacionales y capitales especulativos y el consiguiente aumento de la desocupación, la pobreza y la indigencia.

¿Qué impacto sobre el poder punitivo estatal iba a tener este doble proceso de restauración política democrática y consolidación del neoliberalismo económico? Básicamente el *Ius Puniendi* iba a tener que asumir nuevas formas. La secuela de miseria, desocupación y hambre iba a acrecentar el segmento de excluidos, que pasaron a ser objeto de control social por parte de las agencias e instituciones policiales y penitenciarias.

Loïc Wacquant ha estudiado muy bien este proceso en los países del primer mundo, donde la retracción del Estado social se ve acompañada por una ampliación del estado penal que criminaliza la miseria y encierra en las cárceles a un número cada vez mayor de individuos que son sometidos a condiciones de vida degradantes e inhumanas.

En este extenso recorrido histórico hemos querido destacar el origen, las formas, los métodos, saberes y tradiciones de un *Ius Puniendi* que pese a los distintos ropajes que ha sabido vestir en distintas épocas históricas, aún goza de plena vigencia. Estas críticas nunca llegaron a poner en cuestión la institucionalidad de la pena privativa de la libertad y sostuvieron la lógica del Derecho Penal copiada del pensamiento escolástico y de la potestad del Estado de excluir de sus vidas a determinadas personas.

Repensar el origen del poder punitivo y sus vaivenes a lo largo del tiempo, nos permite observar sus fracasos y proyectar la mirada hacia nuevos horizontes que reinstauren sistemas de resolución de conflictos más pacíficos, que no necesariamente se encuentren en manos exclusivas del poder público y permitan a los afectados buscar fórmulas de solución que modifiquen la relación con los demás y dentro de la sociedad, para de esta manera resituarse rompiendo el estigma que pesa sobre ellos.

BORRADOR PARA MUESTRA 3

## CAPÍTULO IV

### SOBRE EL SISTEMA PENAL Y CARCELARIO

#### 1. POSIBLES ALTERNATIVAS. INTRODUCCIÓN

A lo largo del capítulo anterior dedicado a analizar y describir el origen del *Ius Puniendi* y su evolución en el tiempo, ha aparecido la idea del sistema penal como una cuestión signada de condicionamientos sociales, culturales, económicos, ligado siempre a utilidades dadas en una sociedad en un momento histórico determinado. Pero fundamentalmente plasmado de un interés público, si lo analizamos a la luz de la prevención de los delitos y los mecanismos de control de la sociedad en términos sociológicos. Hemos hecho alusión a la circunstancia que siempre que se trate de un modelo punitivo, independientemente del que se adopte, nos encontraremos con rasgos de similares características en términos de la resolución del conflicto penal.

Se adopte un sistema inquisitorial o uno adversarial en el plano del proceso penal, el sistema punitivo y la acción pública del Estado por su propia naturaleza represiva, torna ineficaz la posibilidad de resolver los conflictos que el delito ha generado. El fin último que persigue, no es justamente la satisfacción de la víctima, sino la aplicación de una pena que el Estado se reserva para sí. Es fácil imaginar cómo persiste en la sociedad la sensación de insatisfacción que deviene de la propia imposibilidad de disponer de los mecanismos de resolución del conflicto penal. No obstante lo cual, ante la existencia de un hecho grave que toma estado público, reaparecen fortalecidas las ideas retributivas.

Es oportuno recordar un párrafo del Zaffaroni: “...*La característica diferencial del poder punitivo es la confiscación del conflicto, o sea, la usurpación del puesto del damnificado o víctima por parte del señor (poder público), degradando a la persona lesionada o víctima a la condición de puro dato para la criminalización. Los paliativos que hoy se ensayan para no victimizar por segunda vez no logran disimular la esencia confiscatoria de la víctima que caracteriza al poder punitivo y menos aún pueden alcanzar su cancelación. Sólo cuando se extrae el conflicto de ese modelo y se lo resuelve conforme a alguno de los otros modelos de decisión de conflictos se llega a una solución, pero en ese supuesto el poder punitivo desaparece, porque por definición nos habremos salido de su modelo.*”<sup>35</sup>

Así llegamos a la conclusión que la forma que propone el derecho penal y su instrumento procesal de encierro a los condenados y de no participación de la víctima en la solución del conflicto, ha demostrado su fracaso tanto para la resocialización del victimario como para satisfacer a la víctima. La expropiación del conflicto tuvo su origen en cuestiones económicas que favorecían la Iglesia primero y los Estados nacientes luego, ya que propiciaba el concepto que la condena traía aparejada la expropiación de los bienes del condenado, expropiación que beneficiaba al que ahora se consideraba ofendido por el pecado o por la violación de la ley, dejando a la víctima recluida al espacio de mero denunciante.

La confiscación del conflicto se hizo posible en el Derecho Penal gracias a la influencia que tenía en toda la sociedad la Iglesia. Si ahora quisiéramos estar influenciados por el mensaje evangélico, deberíamos atenernos a lo expresado por Mateo 13. 24-30 Parábola del Trigo y la Cizaña: “El reino de los cielos es semejante a un hombre que sembró buena semilla en su campo; pero mientras dormían los hombres, vino su enemigo y sembró cizaña entre el trigo y se fue. Y cuando salió la hierba y dio fruto, entonces apareció también la cizaña. Vinieron entonces los siervos

---

<sup>35</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; “*El Enemigo en el Derecho Penal?*”, Editorial Edia. Pag. 30-31 Buenos Aires 2006.

del padre de familia y le dijeron -Señor, ¿no sembraste buena semilla en tu campo? ¿de dónde, pues, tiene cizaña? Él les dijo: - un enemigo ha hecho esto. Y los siervos le dijeron: - ¿Quieres, pues, que vayamos y la arranquemos? Él les dijo: -No, no sea que al arrancar la cizaña arranquéis con ella el trigo. Dejad crecer juntamente lo uno y lo otro hasta la siega; y al tiempo de la siega yo diré a los segadores: -recoged primero la cizaña y atadla en manojos para quemarla”.

Entendemos necesario hacer mención a ciertas cuestiones actuales del sistema penal que ameritan ser evaluadas específicamente para ensayar estrategias y alternativas superadoras que conformen la paz social. Una de ellas se encuentra en la mediación como una herramienta eficaz, que conjuntamente con la instauración paulatina del juicio por jurados a lo largo y ancho del país, impondrá una nueva mirada de la justicia penal que viene sacudida de antaño por no ser efectiva a la hora de dar respuesta a la sociedad frente al hecho penal.

## **2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS ACTUALES DEL SISTEMA PENAL**

El delito en la actualidad continúa generando enérgicas discusiones en el seno de las sociedades, siendo además uno de los temas centrales a la hora de hablar de la agenda política de los Estados. Mucho de lo que se discute se centra en las causas que originan la existencia de hechos criminales, pero por sobre todo se pone especial atención en los acontecimientos que, a la luz de la sociedad, resultan “violentos”.

La cuestión criminal continúa generando en todos los ámbitos (gubernamentales, académicos, comunicacionales, vecinales, familiares, etc.) posicionamientos que influirán en el razonamiento de las posibles estrategias de prevención del delito y la sanción penal, como respuesta ante la comisión de un hecho delictivo. También resulta ser una temática que atañe a la sociedad en su conjunto y que por tanto, ocupa la atención de los ciudadanos

quienes influidos por experiencias personales o mediáticas toman el conflicto y expresan su disconformidad con el tratamiento que la actividad jurisdiccional del Estado le otorga.

Citando nuevamente a Eugenio Raúl Zaffaroni quien trata la cuestión relacionada con la criminología mediática: “... en la actualidad la criminología no puede agotarse en lo académico, pues es también fundamental ocuparse de la construcción de la realidad llevada a cabo por los medios masivos de comunicación social, lo que en modo alguno puede ignorarse en este momento, dado que se trata de un discurso mundial con versiones locales, todas condicionantes de reacciones políticas traducidas en leyes y acciones. Esta es la palabra de los medios masivos. Es la palabra que construye otra criminología, que opone a la criminología académica una criminología mediática, que pese a estar plagada de prejuicios, falsedades e inexactitudes, es la que configura las actitudes del común de las personas y sobre la que suelen montarse las decisiones políticas que se traducen en leyes penales...”<sup>36</sup>

En los diferentes ámbitos continúa apareciendo la sanción penal, el encarcelamiento preventivo y el aumento excesivo de penas como el remedio óptimo ante el delito, a pesar de haber sido intenso el tratamiento respecto de los fines de la pena y el fracaso de ésta para tratar la problemática que genera.

“La criminología académica procura acercarse a la realidad social por vía de un saber más depurado... la criminología mediática construye la realidad por lo general desentendiéndose de esos esfuerzos y a ella es a la que accede el gran público, aunque quizá sería más exacto decir que es la que se inyecta al común de las personas. Por otra parte es la criminología que el discurso único de los medios impone a los políticos.”<sup>37</sup>

En la sociedad actual año tras año se observa un incremento de episodios de violencia. Ahora bien, tal “incremento” no puede dejar de observarse sin considerarse el crecimiento demográfico,

---

<sup>36</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; “La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar”, Editorial Ediar, Pág 4, Buenos Aires, 2011

<sup>37</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; “La palabra de...”, Pág. 4.

como así también los efectos que genera en esa sociedad que el delito se torne “mediático”, casi concomitantemente, a través de las diferentes redes sociales disponibles. Los que magnificados infunden un temor (en ocasiones injustificado) a nuestros ciudadanos que proponen más violencia como respuesta y forma de solución.

El dolor ajeno, a través de los diferentes medios de comunicación se vuelve propio. Haciendo participe a la sociedad se logra hacerla perder la imparcialidad provocando un espiral ascendente del conflicto que lejos de dar efectiva respuesta a la comunidad “víctima” opera en sentido reverso, generando una escalada de ahogo que el Estado no logra satisfacer. Máxime si se considera que en la actualidad las marchas y su masiva convocatoria son el condicionamiento social.

Es claro que el delito tiene relación directa con áreas importantes que cruzan varias esferas (educativas, sociales, culturales, económicas, etc.), aunque es imposible soslayar que ante la existencia de un delito aparece un común denominador: traumáticas consecuencias para todos los protagonistas del conflicto, al que el Derecho Penal moderno no logra dar respuesta.

A la luz de los acontecimientos aparece imperiosa la necesidad de contar con una alternativa que avance sobre los fracasos y deficiencias del sistema penal. Todo se pretende solucionar acudiendo al Derecho Penal en su sentido clásico y consecuente con ello, se observa una falsa creencia en el hecho que el endurecimiento de las penas y el rigor punitivo son la solución a los problemas que una sociedad mercantilizada posee en relación a los conflictos penales.

Falsamente se cree que por la vía de los tribunales van a ser posibles soluciones más satisfactorias y a pesar de sus reiterados fracasos, la instancia de la denuncia penal continúa siendo el único camino que encuentran los ciudadanos para satisfacer su reclamo.

Es habitual observar como el castigo al culpable se vuelve una obsesión y la pena un fin en sí mismo para dar respuesta al daño causado por el hecho penal. En este marco se han teorizado diferentes fines de la pena como prevención especial y general.

No ha de dejarse de lado la alta tasa de reincidencia existente en quienes han transitado por un proceso penal tradicional y han sido penados a través de éste. De esta manera la inflación del sistema penal no va acompañada de una disminución de la criminalidad, ni de una verdadera reinserción social, como tampoco da respuesta al daño que a la víctima se le ha causado.

Para solucionar los conflictos se incrementa el alejamiento de la convivencia pacífica, aumentando la violencia en las relaciones interpersonales, sobre todo en áreas en las que permea la pobreza, sin perjuicio de que en muchos casos el proceso operará como la única vía posible.

Al otro lado del proceso penal se encuentran las metodologías o procedimientos en los cuales los propios protagonistas del conflicto son artífices de la solución de sus desavenencias, donde los organismos se limitan a aproximar a los justiciables, proporcionando los medios para que cumplan su cometido, que al fin del camino es la solución pacífica del conflicto.

Afortunadamente comenzaron a afluir movimientos que incorporan institutos como la mediación penal que permite en lo esencial, tramitar el hecho penal de un modo diferente. Procedimiento que en el marco de las ideas fundamentales de la justicia restaurativa (a la cual haremos referencia en las páginas que siguen) consiste en apaciguar a la sociedad brindando una respuesta sanadora y procurando la pacificación.

Existen casos en que el proceso penal resulta ser la única salida posible en respuesta al ilícito penal. Cabría preguntarnos cuáles son los que resultan no susceptibles de ser tramitados por la mediación.

Podemos identificar al menos cuatro variables. Las taxativamente hoy impedidas por la ley (esto en tanto y en cuanto el derecho cambia temporoespacialmente). Otra, se daría en aquellos casos donde falta uno de los requisitos indispensables para abordar el conflicto a través de la mediación, que consiste en contar con la voluntariedad de las partes o que ésta se encuentre viciada. La tercera imposibilidad deviene cuando en el objetivo análisis del hecho, las circunstancias resultan de una notoria gravedad que impiden u obstaculizan la autocomposición de las partes. La cuarta variable se centra en la subjetividad de los participantes. Aquí la imposibilidad se da cuando alguno de los protagonistas no se encuentra psíquicamente en condiciones de establecer acuerdos.

Por fortuna hoy se están ensayando en nuestro país herramientas más efectivas para colocar la resolución del conflicto penal en la propia sociedad. Hacemos referencia al juicio por jurados el cual ya se venía imponiendo en algunas provincias de la República Argentina como Córdoba, Neuquén, entre otras. Este ha sido incorporado recientemente al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, habiendo ya arrojado ciertos resultados positivos.

Los Códigos de Procedimientos Penales están incorporando el juicio por jurados como herramienta eficaz para hacer partícipe a la sociedad en las decisiones que atañen al derecho penal. Tales institutos ameritan ser cuidadosamente estudiados y aplicados, en pos de lograr su implementación efectiva y eficiente, evitando efectos contrarios. Basta ver como ciertos cambios de paradigmas jurídicos, al ser aplicados de forma incorrecta o no generarse los recursos humanos y económicos necesarios, se tornan en un efecto negativo que termina echando por tierra su inspiración y desechando la posibilidad de haber sido una realidad afortunada.

Pensar en una justicia participativa y pacificadora que devuelva a la víctima el conflicto otrora expropiado, nos obliga a atender con mecanismos eficaces los reclamos de la sociedad. Como lo

venimos sosteniendo, ello es posible a través de institutos como la mediación penal y en ciertos casos, el juicio por jurados.

En lo que atañe específicamente a la justicia penal de la provincia de Buenos Aires, desde el año 1998 contamos con un modelo de proceso penal adversarial, acusatorio y oral. Tal modelo ha instaurado diferentes salidas alternas al juicio oral como mecanismos de finalización del proceso, entre los que se encuentran el principio de oportunidad del Fiscal, suspensión del juicio a prueba y juicio abreviado, además del debate oral y público clásico.

Sin perjuicio de las bondades que ofrece el modelo penal vigente en comparación con el anterior, es más que conocida la desconfianza que en torno al órgano jurisdiccional penal impera, sobre todo en el conurbano bonaerense. A veces exacerbada por los medios de comunicación, lo cierto es que la insatisfacción pareciera ser el tapete de la discusión criminal.

Nos atrevemos a inferir que una verdadera inclusión de la sociedad y la víctima en particular, implica y necesariamente requiere, de una justicia penal en la que se respeten los derechos de los protagonistas del drama.

Nos referimos tanto al sujeto pasivo como al sujeto activo del conflicto penal. Tanto la víctima en el hecho delictual como el sospechoso que ha sido atrapado por el sistema, resultan finalmente abrumados por el proceso penal. Respetar los derechos de los protagonistas, sencillamente implica dar participación a la sociedad ser oídos en público por un tribunal revestido de plena independencia y objetividad, prevaleciendo en todo momento y hasta que se demuestre lo contrario, el principio de presunción de inocencia respecto del imputado en un contexto donde se goce de manera efectiva de una defensa adecuada.

Hablar entonces de una justicia penal que se aparte de sus propios fracasos implica incorporar a la sociedad en la administración de justicia y hacer prevalecer los principios restaurativos en desmedro de los retributivos.

Es necesario retomar la preocupación ciudadana, por la cuestión que sobre la criminalidad se tiene y sobre el proceso penal como respuesta.

El ciudadano lego siente al proceso penal como un padecer lento y tortuoso al transitar una serie procedimental que le es ajena en el entendimiento y no le suministra respuesta. Lejos está de entender las motivaciones colocándose así en duda sus ventajas. A su vez, el indiscriminado uso de las salidas alternas al juicio oral que en la mayoría de los casos opera a través de procedimientos escritos, ha colocado la percepción de impunidad en la ciudadanía.

Debe sumársele también la alta tasa de reincidencia delictual que opera luego de transitado un tradicional proceso penal. El objetivo consiste en repensar el sistema penal actual, e introducirnos en una alternativa distinta para procesar el conflicto penal.

Para comenzar con la aproximación a la mediación penal (que en la mayoría de los ordenamientos solo encuentra aplicabilidad en algunos tipos penales concretos) adherimos al concepto de Virginia Domingo de la Fuente quien de manera abarcativa define la mediación penal como: *“... el procedimiento alternativo o complementario al proceso penal que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a favor del ofendido o la víctima y cuando no sea posible realizarlo ante el ofendido se llevará a cabo ante la comunidad. Es un proceso de diálogo y comunicación voluntario entre víctima e infractor conducido por un mediador imparcial y neutral con el objetivo de llegar a unos acuerdos reparadores satisfactorios y libremente aceptados por las partes. Se intenta, a través de esta mediación, rescatar la confianza, credibilidad y eficacia basado en la apertura hacia la diversidad, conscientes de que la justicia y la paz social se pueden alcanzar por vías complementarias a la contienda judicial o*

*litigio, en el entendido de que la garantía de impartición de justicia no se limita a la emisión de sentencias, como quizá muchos ciudadanos creen.”*<sup>38</sup>

Tal como lo venimos sosteniendo, en el actual estado de cosas, acaecido un conflicto penal, la víctima permanece en la mayoría de los casos ajena al proceso por cuanto éste estará en manos del “representante de la vindicta pública” que se personifica en la figura del acusador: el fiscal. Por el contrario, la mediación del conflicto penal aparece como una alternativa que supera tal insolencia. Y cuando ella no es posible, el juicio por jurados será una opción constitucionalmente válida.

### **3. CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA PENAL Y CARCELARIO. GIRO HACIA LA JUSTICIA RESTAURATIVA<sup>39</sup>**

Actualmente nos encontramos transitando tiempos de cambio en el ámbito penal en el territorio argentino, habiéndose comenzado a discutir sobre la necesidad de impulsar una reforma de la ley penal de fondo. La pretensión de sentar las bases para la creación de un Código Penal uniforme y coherente que logre en un solo texto normativo el sistema de sanciones, priorizando penas alternativas a la prisión, no parece tener frutos positivos si pensamos que al otro lado del camino se encuentran muy arraigadas en el sector político -producto del clamor popular-, las medidas que tienden a diagramar la “mano dura en procura de disminuir la criminalidad”. Algunas campañas políticas incluso se sostienen en la promesa de cambios que aseguren políticas públicas que tiendan al incremento de policías, endurecimiento de sanciones, creación de más cárceles, baja en la edad de imputabilidad, etc.

---

<sup>38</sup> Domingo de la Fuente, Virginia; “*Justicia Restaurativa y Mediación Penal*”, Revista de derecho penal. Editorial Lex Nova, Número 23/2008.

<sup>39</sup> El desarrollo del presente apartado intenta realizar una breve reseña respecto de las ideas desarrolladas en un trabajo consumado con motivo del proyecto de reforma del Código Penal de Costa Rica, cuyas autoras son Rosaura Chinchilla Calderón y Erika Linares Orozco.

Ante tal disyuntiva aparece el interrogante respecto de la efectividad que podría tener el catálogo de penas alternativas ante el expreso pedido de la sociedad de imponer castigos más duros. Es claro que detrás del discurso acorde con las mandas constitucionales e internacionales respetuosas de los derechos humanos, existe una incipiente escalada del Estado de ampliar los aparatos de control social represivos y limitantes de los derechos fundamentales. Cualquier intento de reforma que no respete los principios de proporcionalidad, racionalidad, justicia pro libertate, pro homine, derecho penal mínimo y reprochabilidad, configurará una ampliación del poder punitivo del Estado en desmedro de los derechos individuales.

En la mayoría de los casos detrás de una persona imputada penalmente que infringe el derecho de otra, existen la vulneración de derechos fundamentales, violación sistemática, carencia integral, pobreza estructural, entre otros. Todos ellos propios de los actuales sistemas económicos y de las sociedades de consumo.

Hoy la pena de prisión resulta la medida utilizada con mayor frecuencia. Ha aparecido como el surgimiento de un proceso de humanización de la sanción que otrora se manifestaba con penas aún más crueles como la tortura, la muerte con suplicio, las amputaciones, el destierro, entre otras. La situación de nuestras cárceles, el trato inhumano, degradante y la violación sistemática de los derechos humanos, distan mucho de la “humanización de las penas de prisión” y de los fines que el derecho penal pregona. Como lo menciona Foucault en su clásica obra *Vigilar y Castigar*, *"La prisión se convirtió oficialmente en la principal sanción penal a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, por cuanto en ese momento histórico se hizo necesario para la burguesía, que empezaba a detentar el poder político en toda su extensión, diferenciar sus comportamientos contra la propiedad de las conductas análogas desarrolladas por los sectores populares, pues unos y otras no son diferenciables cualitativamente, y como parte de esa separación se adoptó la privación de libertad porque ésta, mucho mejor que las demás penas posibles, permite poner en práctica los procedimientos de*

*control político-disciplinario que la misma burguesía ya había impuesto en otros ámbitos de la vida social, tales como la escuela, la fábrica y el cuartel”.*

Posteriormente se le atribuyó a la prisión fines resocializadores y de prevención general y especial, que a la luz de la realidad, tampoco ha cumplido. El fundamento resocializador se ha impuesto como el discurso dominante para justificar las penas de prisión durante el siglo XIX. Se ha instaurado el “tratamiento” como método para readaptar a la persona. Esto se basa en el convencimiento de que lo desviado o indeseable se centra en el individuo y no en las causales que lo condicionaron a delinquir.

Por tanto las acciones o “tratamientos” deben dirigirse a la persona.

En un interesante trabajo realizado por Rosaura Chinchilla Calderón y Erika Linares Orozco luego de reflexionar sobre estas cuestiones se concluye que: “la pena de prisión no resulta al final, la sanción humanizante y salvadora de la delincuencia que se pregonaba cuando se instauró. No es posible que se deshaga de su carácter correccionalista y vindicativo. De tal forma comienzan a aparecer cuestionamientos a la prisión, como respuesta del sistema penal, ya que si no cumple con su objetivo resocializador entonces es una venganza del Estado ante el que ha cometido un delito; es un castigo con consecuencias mucho más serias de lo que se imaginó. Así es como empiezan a aparecer las críticas a la pena de prisión como sanción ante el delito”.

Entre las críticas se destacan:

\* No logra la readaptación del condenado, sino que en muchos casos significa la reafirmación de conductas delictivas.

\* No es eficaz para prevenir la comisión de futuros delitos.

\* El hacinamiento, la ausencia de asistencia médica, la violencia, maltratos, arbitrariedad, aplicación de sanciones administrativas sin contralor jurisdiccional, entre otras, atentan contra los derechos humanos y el trato digno y además, configuran un plus de pena ajena a la sanción dictada por el magistrado competente.

\* Es una institución de control, omnidisciplinaria, vigilando todo lo que allí sucede: horas de sueño, de trabajo, ración de comida, uso de la palabra, etc.

\* Forma una especie de subcultura específica: el lenguaje, costumbres, reglas, vestimenta, lejos está de acercarse a la vida del común de la gente en libertad. Por tanto la cárcel dista mucho de ser óptima para el logro de fines resocializadores.

\* Estigmatiza a las personas que han sido encarceladas.

Otra fuerte crítica que puede aducirse a las expuestas, se relaciona con la forma en que opera el sistema penal, siendo selectiva, clasista y racista “...selectiva porque no todas las personas que infringen la ley son captadas y condenadas por el sistema penal: existe una cierta clientela a la que el sistema llega y que está constituida por las clases más desposeídas. La cárcel es también, especialmente racista”. Christie Nils lo señala afirmando que: “...para 1993, en los Estados Unidos casi la mitad de la población carcelaria era negra (pese que se trata de un grupo racial minoritario en ese país) y que esta etnia se convierte en el “blanco” por excelencia de la política criminal de ese país.”<sup>40</sup>

“En este momento, medio millón de hombres negros está encarcelado, esto significa que 3.4% de la población masculina negra está encarcelada (...) Pero permítanme agregar: las cárceles europeas también se han vuelto más oscuras; y si la pobreza tuviera color, estarían todavía más oscuras. No hay razón para el chauvinismo europeo frente a Estados Unidos. La clase y la raza no están ausentes del número de presos negros de ese país. Pero también tanto en Australia como en Canadá hay una proporción desmedida de minorías étnicas entre rejas.”<sup>41</sup>

La prisión se vuelve una instrumentación de los seres humanos ya que la pena sirve como ejemplo a toda la sociedad de lo que

---

<sup>40</sup> Calderón, Rosaura Chinchilla y Linares Orozco, Erika; “*Penas Alternativas a la Prisión ¿Menos cárcel o más control social?*” (análisis del proyecto de Código Penal).

<sup>41</sup> Christie, Nils; “*La industria del control del delito ¿la nueva forma del holocausto?*”, Revista de Ciencias Penales de Costa Rica 83 Págs.127-130. Editores del Puerto, 2º edición, Buenos Aires, 1993.

les puede ocurrir a quienes delinquen. Se pretende, a través de la intimidación, mantener el control social. El hombre es por su naturaleza un ser social y se pretende socializarlo aislándolo de la sociedad misma. Por tal razón de forma sustitutiva o paralela y complementaria a la aplicación cada vez menor de penas privativas de la libertad, se deberá pensar en procedimientos restaurativos que tiendan a sanar el tejido social afectado por el delito.

Lejos de plantear una postura abolicionista del derecho penal, en algunos casos y de ser efectivo el resultado restaurativo, debería desaparecer la persecución penal por cuanto se torna desprovista de sentido. Lo que se pretende con la implementación de la justicia restaurativa son efectos sanadores a fin que la respuesta clásica del derecho penal no sea la única opción posible.

De hecho en las definiciones de justicia restaurativa se sostiene que es una manifestación del derecho penal de mínima intervención. Los mecanismos restaurativos son los que nos permitirán un acercamiento real de la sociedad al conflicto penal, devolviendo el mismo a la víctima y la comunidad a efectos que éstas puedan ser partícipes de la respuesta que tomarán ante el hecho disvalioso.

## CAPÍTULO V

### LA MEDIACIÓN EN EL ÁREA PENAL: ALTERNATIVA SUPERADORA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

#### 1. MEDIACIÓN PENAL COMO EXPRESIÓN DE JUSTICIA RESTAURATIVA

“La Justicia Restaurativa, la mediación y la conciliación, no producen ganadores y perdedores, son procesos cooperativos y de colaboración, donde no se busca la individualización de un culpable, sino la recuperación de un sujeto para la sociedad”. (Bañol y Bañol, 2006).

Para quienes pregonamos la búsqueda de la pacificación social, el conflicto penal resulta ser un “compromiso a resolver” a partir de la escucha y el acuerdo.

Esa búsqueda no está dirigida a la completa satisfacción de las partes. Si tratáramos de posicionarnos mentalmente en un extremo del conflicto, la única satisfacción completa sería para la víctima, que el hecho disvalioso sufrido nunca hubiera existido y para el autor del acto infractor, probablemente, no haberse visto condicionado a delinquir o no ser descubierto.

Es común que quien comete actos violentos contra otra persona o sus bienes, ha visto condicionados ciertos aspectos básicos de su vida (salud, educación, trabajo, vivienda, etc.). Resulta necesario para un proceso transformador la existencia de un alto compromiso y comprensión, a efectos de lograr “ponerse en el lugar del otro”. La búsqueda de tal objetivo en el marco de un pensamiento transformativo implicaría básicamente lograr el más alto

grado de satisfacción de las necesidades de cada parte. La obtención de un resultado favorable pretende alcanzar que las partes participen con capacidad de superación.

Una vez lograda la capacidad de superación, el conflicto deja de ser un simple problema a resolver para ser una fecunda ocasión para ayudar a la transformación de los individuos de sentir y expresar cierto grado de comprensión y preocupación por un semejante. El objetivo se logra a través de la revalorización y el reconocimiento.

La revalorización supone realizar y fortalecer la propia capacidad como individuo de enfrentar y luchar con las circunstancias adversas y problemas. El reconocimiento, en cambio, supone realizar y fortalecer la propia capacidad como individuo, es decir, alcanzar algún grado de revalorización para experimentar y expresar preocupación y consideración por los otros, especialmente si estos están en una situación diferente de la propia.

*“En muchos países, a raíz de la insatisfacción y la frustración con el sistema de justicia formal, o de un interés que resurge para preservar y fortalecer las prácticas del derecho consuetudinario y las prácticas tradicionales de justicia, se han planteado respuestas alternativas al delito y a los desórdenes sociales. Muchas de estas alternativas proporcionan a las partes involucradas, y a menudo también a la comunidad cercana, la oportunidad de participar en la resolución de los conflictos y de abordar sus consecuencias. Los programas de justicia restaurativa se basan en la creencia de que las partes de un conflicto deben estar activamente involucradas para resolver y mitigar sus consecuencias negativas. También se basan, en algunas instancias, en la intención de regresar a la toma de decisiones local y a la construcción de la comunidad. Estas metodologías también se consideran un medio de motivar la expresión pacífica de los conflictos, promover la tolerancia y la inclusión, construir el respeto por la diversidad y promover prácticas comunitarias responsables. Tanto las formas de justicia restaurativa ya establecidas como las nuevas ofrecen a las comunidades algunas medidas deseables para la resolución de los conflictos. Involucran a los individuos no ajenos al incidente, sino directamente involucrados o afectados por él. La participación de la comunidad en el proceso ya no es abstracta, sino muy directa y concreta. Estos procesos se*

*adaptan particularmente a situaciones en que las partes participan de manera voluntaria y en que cada una de ellas tiene la posibilidad de comprometerse completamente y de manera segura en un proceso de diálogo y negociación.*

*La justicia restaurativa es una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad. Los programas de justicia restaurativa se basan en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino también hiere a las víctimas y a la comunidad. Cualquier esfuerzo para solucionar las consecuencias del comportamiento delictivo deberá, en la medida de lo posible, involucrar tanto al ofensor como a las partes ofendidas, y proporcionar la ayuda y el apoyo que la víctima y el delincuente requieren.*

*La justicia restaurativa es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delinquentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto. La participación de las partes es esencial al proceso y enfatiza la construcción de relaciones y reconciliaciones así como el desarrollo de acuerdos en torno a un resultado deseado por las víctimas y los delinquentes. Los procesos de justicia restaurativa pueden adaptarse a varios contextos culturales y a las necesidades de comunidades diferentes. A través de ellos, el proceso en sí mismo a menudo transforma las relaciones entre la comunidad y el sistema de justicia como un todo.”<sup>42</sup>*

Definimos a la Justicia Restaurativa como una respuesta evolucionada al crimen, que se aparta del modelo retribucionista, respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social mediante la sanación de la víctima, el infractor y la comunidad.

La Justicia Retributiva analiza la violación de la norma, se apropia el conflicto de la víctima, castiga, asume como propio el delito, busca la separación del autor del hecho del resto de la comu-

---

<sup>42</sup> “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa”, Naciones Unidas, Serie de Manuales sobre Justicia Penal, Págs. 5-6, Nueva York, 2006.

nidad mediante la privación de libertad o las diferentes formas de pena, defiende la autoridad de la ley y mide el castigo.

La Justicia Restaurativa abandona como eje central el análisis de la violación de la norma pasando a centrar el tratamiento del hecho penal en la vulneración de las relaciones entre las personas y en el daño causado.

La Justicia Restaurativa defiende a la víctima ya que considera especialmente el daño causado en concreto e intenta la reconciliación y la convivencia humana y pacífica.

El sentido que posee la Justicia Restaurativa es mucho más profundo que lo que persigue el sistema penal y eso justamente radica en que la justicia restaurativa se inserta en lo humano. Se relaciona con la reparación del daño y el tejido social, más aún cuando víctima y victimario son del mismo entorno o contexto socio-cultural.

El eje central está dado por el propósito de fortalecer el poder de una comunidad restaurativa de paz, para erradicar el odio que hoy se tiene, para reducir la violencia y crear procesos de sanación. Siempre que se aplique la justicia restaurativa estaremos trabajando sobre el trauma, porque las metodologías o procedimientos utilizados tienen como fin la búsqueda de la paz. Así los propios protagonistas del conflicto son artífices de la solución de sus desavenencias y los mediadores u operadores se limitan a aproximar a los justiciables, proporcionando los medios para que cumplan su cometido, que al final del camino es la solución pacífica del conflicto.

La justicia restaurativa se encuentra ligada, indefectiblemente, al interés subjetivo de las partes con un profundo trabajo concatenado donde la víctima toma protagonismo ya que se le permite participar del proceso y así recuperarse en lo emocional.

Mediante tal procedimiento se busca constantemente el abordaje de dos espacios bien diferenciados. Por un lado, se trabaja sobre la afectación desde el punto de vista subjetivo (sentimental, emo-

cional, etc.), tanto de la víctima como del imputado (y núcleo familiar de éste); por otro lado, se aborda el aspecto más tangible u objetivo de la conflictiva penal que se relaciona directamente con el daño ocasionado por el hecho disvalioso.

Para desarrollar tal dinámica de trabajo es menester considerar los aspectos positivos y altruistas de los protagonistas del conflicto para lograr un cambio que dé respuesta efectiva a lo que la sociedad hoy demanda, cual es la pacificación social. De esta manera se ve desvirtuada la alternativa de buscar la solución solamente en métodos de tipo represivos y/o retributivos.

Debemos comprender que en principio, los cambios serán graduales y paulatinos, pero este emprendimiento nos permitirá a futuro provocar transformaciones profundas y sustanciales en nuestra sociedad.

El direccionamiento del Estado hacia las instituciones socializadoras y el diseño de políticas públicas destinadas al acercamiento constituyen la principal acción positiva a instrumentar si queremos disminuir drásticamente el fenómeno criminal en todas sus expresiones. Y en tal dirección es necesario implementar también los mecanismos de justicia restaurativa en todo el abanico de conflictos: familiares, escolares y comunitarios.

María Evangelina Trevolle,<sup>43</sup> en consonancia con lo que venimos sosteniendo promueve con énfasis la mediación como una herramienta posible en el ámbito penal. Al respecto analiza “... *ideologías que abogan por la deslegitimación del sistema penal lisa y llanamente, sin proponer medidas concretas, donde la política criminal se inserte dentro de una planificación general que conjuntamente con los esquemas educativo, económico y sanitario operen en forma coherente, constituyendo lo “represivo” una excepción necesaria de “ultima ratio”, tampoco contribuyen a la paz social.*”

---

<sup>43</sup> Trevolle, María Evangelina. Mediadora, especialista en intervenciones en crisis y conflictos penales. Docente, investigadora en nuevas tecnologías. Fundadora del Centro de Mediación Surco. Coordinadora del programa de Mediación del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina.

Restaurar los vínculos con la sociedad dañada mediante la mediación es proyectar en el área penal un camino posible. Al respecto, la mediación del conflicto penal aparece asomando tímidamente en los ordenamientos procesales y ya se están evidenciando resultados exitosos en muchas de las provincias en las que se aplica (Buenos Aires, Neuquén, Río Negro, entre otras).

No debemos desconocer que la mediación despierta dentro de los operadores jurídicos ciertos interrogantes y recelos. Sobre todo en aquellos que tienen fuertemente arraigadas las reglas que se relacionan con el ejercicio de la acción pública, como si éstas fueran inalterables, como si las mismas hubieran existido desde los orígenes de la humanidad.

Ante tal reticencia debemos recordar que la acción pública no nace naturalmente en el derecho penal, sino que ha sido el resultado de un proceso histórico, social, político y económico. Por lo tanto, como operadores jurídicos debemos realizar una amplia mirada respecto de la praxis judicial al momento de procesar el conflicto penal, observando los resultados y abriendo nuevos caminos por cuanto la tradicional respuesta punitiva no surte efectos posibilitadores de cambios sociales sustanciales.

En cambio, la mediación considera las causas reales del conflicto y las consecuencias del mismo, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de la víctima y del infractor. Se intenta evitar en la medida de lo posible la pena, independientemente que sea de prisión o no, porque lo que se procura es no la sanción como castigo sino la reprochabilidad como construcción interior.

Según Clauss Roxin la reparación tiene efectos resocializadores ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias del hecho y a asumir legítimos intereses de la víctima. Tal análisis es impensado en un proceso penal tradicional, donde lo único que se analiza es si una conducta resulta ser típica, antijurídica y culpable, con el fin solamente de aplicar una pena. En tal marco, el

imputado jamás se enfrenta con las reales consecuencias que el hecho le ha acarreado a la víctima.

La utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos penales posee entre otras las siguientes características:

- \* La víctima adquiere un protagonismo. Este protagonismo equivale a decir compromiso, equivale a asumir una nueva postura.
- \* Proporciona descongestión del sistema de justicia y el consecuente ahorro de gastos en el mismo.
- \* Aun cuando el programa de mediación dependa del poder judicial, estos tenderán a una cierta desjudicialización.
- \* La víctima y el victimario y en la medida de lo posible la comunidad, adquieren un papel muy participativo.
- \* La palabra a través del diálogo, tiene una función preponderante.
- \* El acuerdo y la restauración devienen del proceso interno de las partes y no de la voluntad de la autoridad.
- \* La mediación posibilita que la reparación tenga un carácter restaurativo.

La reacción violenta contra el delito provoca más violencia. En cambio la “mediación” provoca un espiral pero en sentido descendente. La mediación en el área penal está ubicada en el contexto de la justicia restaurativa que apuesta a la responsabilidad concreta del infractor, la mínima intervención penal y la reparación del daño. Pensar la solución del conflicto penal de manera participativa se condice con la devolución del protagonismo de la sociedad frente al asunto penal, procurando una efectiva protección y reparación a la víctima, asegurando el derecho a la integración social del infractor.

Los beneficios concretos de la justicia restaurativa son:

\* A la víctima se le permite negociar una solución más contenedora de sus intereses, pudiendo participar en la decisión respecto del modo de resolver el conflicto. Tendrá la posibilidad de recuperar la tranquilidad por lograr superar algunos interrogantes respecto del hecho delictual.

\* La comunidad se involucrará verdaderamente en la administración de justicia, promoviendo y apoyando la seguridad ciudadana y garantizándose para sí la disminución de la reincidencia o reiterancia según la edad del infractor. Se logrará mejorar la imagen social de la justicia, por cuanto la sociedad será parte de ésta. El Estado será encargado entonces de brindar un espacio para que la sociedad participe en la gestión de los conflictos.

\* Respecto del infractor, se logrará la responsabilización por cuanto será enfrentado con la realidad del daño causado de una manera concreta, posicionándolo como agente activo de la causación del daño y como agente obligado a repararlo.

\* Se podrá ver disminuida la reincidencia, contra la cual la justicia retributiva no ha podido luchar. Se logrará un aspecto reeducativo.

La infracción a la ley penal está culturalmente cargada de una connotación negativa. El proceso de mediación es capaz de ofrecer a este tipo de conflictos un aspecto positivo, aunque no querido, brindando oportunidades para modificar conductas disvaliosas por conductas socialmente aceptables, aprender respecto del sentimiento del otro, interpretar su discurso, valorizar su vida y dignidad humana, entre otras cosas. Tal cambio trae aparejado como su natural consecuencia la necesidad de priorizar las respuestas reparadoras o resarcitorias por sobre la sanción o punición.

## **2. CONCEPTO DE MEDIACIÓN PENAL**

A partir de lo expuesto, conceptualizamos a la mediación en el área penal como el procedimiento previo, alternativo o

complementario al proceso penal, que se da en el contexto de la justicia restaurativa, en el que el autor del acto infractor y quien resulta víctima del mismo -con la intervención de un mediador como tercero imparcial- elaboran un acuerdo reparatorio y compensatorio, mediante una prestación voluntaria del autor a favor de la víctima y/o de la comunidad y su compromiso sentido a no realizar hechos que afecten negativamente a otras personas internalizando la idea de la convivencia pacífica. Dicho acuerdo se da entre los protagonistas de la trama penal de forma voluntaria, informada, confidencial y aceptada.

Se intenta a través de la mediación recuperar la confianza, credibilidad, eficacia, respetando la diversidad para dar lugar a que la justicia y la paz social se pueden alcanzar por vías diferentes al litigio penal, en virtud que la garantía de impartición de justicia no se limita a la emisión de sentencias sino a la efectiva resolución del conflicto.

BORRADOR PARA MUESTRA 3

## CAPÍTULO VI

### JUSTICIA RESTAURATIVA,

### PARADIGMA DE PACIFICACIÓN SOCIAL

#### 1. INTRODUCCIÓN

Mucho de lo que se discute se centra en las causas que originan la existencia de hechos criminales, pero por sobre todo se pone especial atención en los acontecimientos que a la luz de la sociedad resultan “violentos”. La cuestión criminal genera en todos los ámbitos (gubernamentales, académicos, comunicacionales, vecinales, familiares, etc.) posiciones que influirán en el razonamiento que se realice respecto de las posibles estrategias de prevención del delito siendo habitual observar cómo desde los diferentes ámbitos continúa apareciendo la sanción penal como el remedio óptimo ante la comisión de un hecho delictivo, a pesar de haber sido intenso el tratamiento respecto de los fines de la pena y su fracaso. Así es que estas usinas al informar con énfasis y en innumerables ocasiones sobre diferentes hechos criminales, hacen que la sociedad toda se apropie del dolor de la víctima y pase a percibir el sentimiento de victimización ocasionando un nivel de angustia y temor, que no permite tener un pensamiento objetivo.

Es imposible soslayar que ante la existencia de un delito aparece un común denominador: traumáticas consecuencias para todos los protagonistas del conflicto, respecto de las cuales no se logra dar respuesta favorable a través de los tradicionales procesos penales.

El fracaso del Estado, muchas veces pasa por querer dar respuestas matemáticas desde lo jurídico a cuestiones que poseen una necesidad social.

## **2. LA CRISIS AL TRADICIONAL SISTEMA DE JUSTICIA:**

La justicia penal de la provincia de Buenos Aires desde el año 1998 cuenta con un modelo de proceso penal adversarial, acusatorio y oral. Tal modelo ha instaurado como validante la aplicación de diferentes salidas alternas al juicio oral como mecanismos de finalización del proceso, entre las que se encuentran el principio de oportunidad reglado en cabeza del fiscal, suspensión del juicio a prueba, juicio abreviado y la posibilidad de invitar a las partes a participar de un procedimiento de mediación.

Una verdadera democratización implica y necesariamente requiere, de una justicia penal en la que se respeten los derechos de los protagonistas del drama vivido. En tal contexto podrá contarse con un procedimiento en el que se priorice el sufrimiento que han padecido.

Ambas partes por antagónicas que sean resultan abrumadas por el proceso penal. Respetar los derechos de los protagonistas sencillamente implica dar participación sentida a la sociedad, implica permitirse oírlos ya sea en público por un tribunal revestido de plena independencia y objetividad, o en un ámbito de privacidad y confidencialidad si es que la solución se estima mediante la implementación del instituto de mediación. En todos los casos prevalecerá hasta que se demuestre lo contrario, el principio de presunción de inocencia respecto del imputado, en un contexto donde se goce de manera efectiva de una defensa adecuada.

Hablar de una justicia respetuosa de los derechos humanos implica a todas luces incorporar a la sociedad en la administración de justicia y ello es imposible en el marco de un proceso donde la víctima resulte confiscada a la decisión del órgano jurisdiccional,

sin opinión alguna y donde prevalezca la justicia retributiva en desmedro de la justicia restaurativa.

No es llamativo que aun habiéndose incorporado la reforma de justicia penal exitosamente, por diversas razones, el procedimiento siga percibido por las partes como lento y poco coherente, colocándose en duda sus ventajas.

A su vez el indiscriminado uso de las salidas alternativas al juicio oral que en la mayoría de los casos opera a través de procedimientos escritos (juicio abreviado y suspensión de juicio a prueba) ha colocado la percepción de impunidad en la ciudadanía. Debe sumársele la alta tasa de reincidencia delictual que opera luego de transitado un tradicional proceso penal.

Es indispensable actuar con prioridad en la construcción de respuestas posibles y visibles a un grupo social determinado por el negativismo para implicarlos en una construcción positiva y posibilitadora de buenas prácticas.

Desde este enfoque constructivo resulta primordial repensar el actual modelo adversarial de la justicia penal y comenzar a trazar directrices que ponderen al ser humano en forma integral, breguen por la sanación espiritual y consideren que la verdadera justicia es permitir solucionar el conflicto para poder insertar ambas partes en el disfrute de la vida en sociedad.

### **3. LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO PARADIGMA DE SANACIÓN**

La Justicia Restaurativa es definida por las Naciones Unidas como una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social mediante la “sanación de la víctima, el infractor y la comunidad”.

El sentido que posee la justicia restaurativa es mucho más profundo que lo que persigue el sistema penal, pues apunta a lo que tenemos de humanos, brindando la posibilidad de solucionar los

conflictos mediante el abordaje de las causas subyacentes. Tiene que ver con la consideración de varios aspectos, entre los que destacamos la búsqueda por reparar el dolor causado, la reflexión y la comprensión del acto disvalioso, la asunción de responsabilidad y la reparación del ejido. entre otros.

El ideal es fomentar el poder de una comunidad restaurativa de paz, reducir el odio que hoy se tiene para aminorar la violencia y crear procesos de sanación, fomentando la participación responsable en la solución de los conflictos.

Para que la respuesta a un delito particular sea “restaurativa” se abordan un conjunto de objetivos amplios que proporcionan la base común para la participación de las partes involucradas y de la comunidad:

1. Participación activa de las víctimas: El sistema penal ordinario tiende habitualmente a aplicar una pena con un sentido retributivo, desentendiéndose de la víctima. El juez penal juzga la conducta del autor y en caso de corresponder aplica una pena, pero el conflicto que subyace en la sustanciación del proceso no solamente no se ha resuelto, sino que en ocasiones se acrecienta, produciéndose la revictimización: ser víctima del evento disvalioso y también del propio proceso penal.

El proceso de justicia restaurativa coloca a las víctimas en situación de protagonismo permitiéndoles participar del proceso de resolución del conflicto de manera activa expresando el impacto y las consecuencias que le produjo el evento disvalioso. Sus puntos de vista e intereses son tenidos en cuenta para determinar el acuerdo que reparará el daño sufrido. Asimismo, por voluntad propia, tendrán la oportunidad de recomponer su relación con el autor del acto infractor.

2. Reparar las relaciones que han sido dañadas por el evento disvalioso: Un factor clave de la justicia restaurativa es que parte de principios que tienen por eje la restauración de las relaciones entre los protagonistas del conflicto penal y la comunidad. Se busca no solo reparar el daño ocasionado por el evento sino

también reparar las relaciones afectadas entre las partes, a fin de construir una relación a futuro.

En lo que respecta a los intereses de la comunidad, se intenta restaurar el orden y la paz, considerando el evento disvalioso como inaceptable para reafirmar los valores positivos.

3. Motivar la responsabilidad de las partes: particularmente la que surge del autor del evento disvalioso: En el proceso de justicia restaurativa se cambia la mera evaluación legal de la culpabilidad por el de responsabilidad. Pero lo significativo de esto es que no solo se trabaja con los protagonistas en asumir la responsabilidad, sino también con todos aquellos que participaron en las circunstancias que motivaron dicho comportamiento y procesalmente no aparecen como implicados.

4. Crear la conciencia de responsabilidad: para que provoque acciones particulares y únicas en las partes y sean capaces de establecerlas en el proceso transformativo, sin sujeción a reglas impuestas legalmente. Esta posibilidad de toma de conciencia, suele aplicarse no solo a la resolución favorable del conflicto sino a futuras conductas con la sociedad toda.

5. Trabajar la reprochabilidad: no solo con el autor del acto infractor sino con los progenitores o responsables directos, asumiendo como familia el “error” resultado de significados no resueltos. Cuando los padres son capaces de reflexionar sobre lo disvalioso el compromiso familiar promueve las buenas prácticas.

6. Reducción de reincidencia y reiterancia: Podríamos decir que el objetivo de mayor relevancia de la justicia restaurativa es justamente éste, por cuanto muestra los alcances a futuro que brinda un camino de conciencia y transformación interna, reflejando un modelo de hombre que vincula con el otro desde lo profundo de su ser.

#### 4. MEDIDAS QUE AUMENTAN LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL

Desde otro punto de vista, no ha de dejarse de lado la alta tasa de reincidencia existente en quienes han transitado por un proceso penal tradicional y han sido penados a través de éste. De esta manera la inflación del sistema penal no va acompañada de una disminución de la criminalidad, ni de una verdadera reinserción social, como así tampoco da respuesta al daño que a la víctima se le ha causado.

Por qué se insiste entonces en la aplicación de este modelo? Por qué se hacen cambios siguiendo la misma lógica del pensamiento penal nacido con la modernidad? Porque a lo largo de la historia la aplicación de modelos de estructuras sistemáticas tienden a resultar útiles y favorables a los detentores del poder político y económico. Sistemas represores suelen ser funcionales a los gobiernos que solo intentan mantener su lugar de privilegio.

A través del proceso penal tradicional contribuimos a incrementar el alejamiento de la convivencia pacífica aumentando la violencia en las relaciones interpersonales y el aislamiento personal que conlleva a la no tolerancia del otro, la no visualización del semejante y la pérdida de valores humanizantes. Todo ello sin perjuicio que en muchos casos el proceso operará como la única vía posible.

#### 5. LA CONTRACARA DEL PROCESO PENAL

Si consideramos el origen de la Justicia Restaurativa desde la implicancia de la víctima, es preciso mencionar a Albert Eglash, quien en el año 1958 establece el concepto de restitución creativa, íntimamente ligado al de Justicia Restaurativa. Es él quien en el año 1977 establece el término justicia restaurativa distinguiendo tres tipos de justicia penal: la retributiva, la distributiva y la reparadora.

De tal importancia es el rol de la víctima en el proceso penal, que operó como generadora del cambio de la justicia retributiva por la restauradora, centrada en la reparación y no en el castigo.

La nueva justicia contiene metodologías o procedimientos en los cuales los propios protagonistas del conflicto son artífices de la solución. Los tribunales se limitan a aproximar a los justiciables, proporcionando los medios.

Esta justicia reconoce al delito como hecho específico y concreto, basado en la afectación de ciertos y determinados sujetos que se encuentran en la búsqueda de la reconciliación, de la construcción y de la sanación. Se liga con un trabajo concatenado al interés subjetivo de las partes donde la víctima toma protagonismo ya que se le permite participar del proceso y así recuperarse emocionalmente.

Para el Dr. Jorge Pesqueira Leal el interés para disminuir la comisión de delitos, está directamente relacionado con la aproximación de las instituciones socializadoras a su misión, con la erradicación de la corrupción y con el marco normativo que garantice que sólo los culpables sufrirán las consecuencias de su accionar. Por otra parte que se disponga de vías en las que los protagonistas del conflicto penal podrán, en un ambiente estructurado, abordarlo priorizando las necesidades de la víctima, del infractor y de la comunidad.

El direccionamiento del Estado hacia las instituciones socializadoras y el diseño de políticas públicas destinadas al acercamiento constituyen la principal acción a instrumentar si queremos disminuir drásticamente el fenómeno criminal en todas sus expresiones.

Programas de Justicia Restaurativa en todos los espacios sociales (familiares, escolares, comunitarios, judiciales, etc.) operados por los sistemas de seguridad pública y de justicia con el fin de atender los conflictos cuando se manifiestan en el lugar donde surgen, constituyen una eficaz estrategia para que los ciudadanos

encuentren metodologías democráticas en los que ellos mismos se conviertan en los constructores de la solución.

Para que una sociedad avance y supere las deficiencias del sistema penal se deberá hacer un giro en la gestión de los propios conflictos. El sistema estaría basado en la mínima intervención penal. La justicia restaurativa y dentro de ella la mediación penal, serían los resortes eficaces para complementar la justicia penal.

## **6. EL ORIGEN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA APLICADA EN JÓVENES**

Resulta difícil poder determinar en qué momento surge la justicia restaurativa. En sus orígenes, en las formas tradicionales y autóctonas de implementación del sistema de justicia, se proclamaba como fundamento que el delito era un daño que se realizaba a las personas, siendo la Justicia quien tenía la función de restablecer la armonía social cooperando con las víctimas, los delincuentes y las comunidades para cicatrizar las heridas.

Fueron los pueblos indígenas y aborígenes de países como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá los pioneros en la práctica de ciertos modos de justicia restaurativa. Métodos que se fueron adaptando a las necesidades de los locales acorde a su formación cultural y apertura social. Mencionamos entre ellos, los Tratados de Paz y Círculos de Sentencia, ejemplo de la esencia tradicional de estos pueblos nativos.

La primera Corte que dictó una sentencia de justicia restaurativa fue en Kitchener, Ontario, en el año 1974. El origen del conflicto fue producido por dos jóvenes, que en una acción vandálica dañaron 22 propiedades vecinas. Los jóvenes realizaron un compromiso de disculpa y reparación y tras la escucha de las víctimas, fueron capaces, por su propia voluntad, de restituir el daño que habían causado aún antes de lo que se había estipulado como plazo para hacerlo.

El éxito de este primer caso originó la formación del primer programa de justicia restaurativa, en la ciudad de Kitchener. Fue conocido como programa de reconciliación entre víctima y ofensores (Howard Zehr padre de la Justicia Restaurativa Universidad Menonita).

A partir de entonces se comenzó a repensar el ideal de justicia. Surgieron nuevas organizaciones tales como "el centro para justicia comunitaria". Funcionaron programas de similares características en Alemania, Inglaterra y diversos países europeos teniendo en cuenta sus particularidades y especificaciones propias.

Finalmente es Estados Unidos de América quien mediante la Asociación de Mediación víctima/ofensor de los Estados Unidos unificó los programas que se encontraban vigentes.

Nueva Zelanda comenzó a aplicar la justicia restaurativa en el año 1989. Se la conoce como Conferencia de Grupos Familiares en la comunidad indígena Maorí, donde se introdujo esta modalidad de respuesta al sistema de Justicia Juvenil.

## **7. LOS PILARES Y BENEFICIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

Se fijan como pilares restaurativos:

- \* La sanación (cambiando el concepto de delito por el de conflicto).
- \* Protección integral.
- \* Proporcionalidad.
- \* La compensación.
- \* La reintegración de las partes al ejido social.
- \* El encuentro dialogado.
- \* La construcción futura de buenas prácticas.

\* El trabajo conjunto con los padres y/o referentes del victimario.

Los beneficios concretos de la justicia restaurativa son:

\* El logro de la sensibilidad entre las partes.

\* La posibilidad de apertura.

\* La confianza mutua.

\* La esperanza en el cambio.

\* La sanación de los aspectos subjetivos del ser.

\* La estrechez de los lazos familiares del ofensor.

Si consideramos los pilares y los beneficios podemos afirmar que:

1. A la víctima se le permite negociar una solución más contenedora de sus intereses, pudiendo participar en la decisión respecto del modo de resolver el conflicto. En tal mecanismo de solución, será escuchada y puesta frente al infractor. De tal manera obtendrá respuestas que a través de un proceso penal no conseguirá. Tendrá la posibilidad de recuperar la tranquilidad por lograr superar algunos interrogantes respecto del hecho delictual.

Pero sobre todo, podrá ponerle nombre al infractor, podrá ponerle cara, podrá convertir al infractor en un ser semejante.

2. A través de los procesos restaurativos, la comunidad se involucrará en la administración de justicia, promoviendo y apoyando la seguridad ciudadana. Se logrará mejorar la imagen social de la justicia, por cuanto la sociedad será parte. El Estado será encargado de brindar un espacio para que la sociedad participe en la gestión de los conflictos, accediendo verdaderamente a la justicia de una manera en extremo protagónica. Con una sociedad que participa se logra una sociedad que educa en valores y forma a su imagen a aquel que ha cometido un error.

3. Respecto del joven infractor, se logrará la reprochabilidad por cuanto será enfrentado con la realidad del daño causado de una manera concreta, posicionándolo como agente activo de la causación del evento disvalioso y como agente obligado a repararlo. Será capaz de dejar de cosificar al otro para posicionarlo como una persona. Es desde este paradigma que la responsabilidad se construye. Participando de la mediación junto a su familia y de la reparación del daño, va a poder ver reducida la repercusión negativa del proceso penal en su realidad concreta.

4. A nivel del sistema en general, tanto la justicia restaurativa como la mediación específicamente incorporan una herramienta útil para dar respuestas eficaces y rápidas. Se podrá ver disminuida la reincidencia contra la cual la justicia retributiva no ha podido luchar. De manera que no solo se logrará un aspecto reeducativo y resocializador sino que además se trabajará preventivamente concientizando a la sociedad en la vivencia de experimentar ante el otro el amor al semejante.

## **8. LA MEDIACIÓN PENAL JUVENIL: UNA MIRADA DIGNIFICANTE**

A diferencia del proceso penal que gestiona el conflicto a través del análisis de la conducta típica, antijurídica y culpable para llegar finalmente a la aplicación de una pena, la mediación considera las causas reales del conflicto y las consecuencias que éste ha causado en los protagonistas. La mediación es esa sal que hace sentir el verdadero sabor de la vida, el sabor de la vida sin amargura, sin dolor constante, el sabor de la sanación. Por eso afirmamos que mediante este proceso, se aleja lo impersonal, tan común en el sistema de justicia ortodoxo, donde los participantes del conflicto son identificados por un número de causa que responde a un organigrama que lejos está del pensar y sentir de un joven infractor.

Con la mediación se intenta evitar siempre la estigmatización de los protagonistas. Se parte de la concepción que a través de la pena la víctima no resulta escuchada, acompañada y reparada. Al

otro extremo de la pena como mecanismo retributivo posicionamos a la justicia restaurativa, por cuanto obliga al “autor” a enfrentarse con las consecuencias del hecho y a asumir legítimos intereses de las víctimas.

BORRADOR PARA MUESTRA 3

## CAPITULO VII

### **MEDIACIÓN DEL CONFLICTO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL, DENTRO DEL CONTEXTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

#### **1. BUSCANDO DEFINIR CONCEPTOS**

Para el Dr. Jorge Pesqueira Leal, la Mediación Asociativa es un nuevo paradigma en la Mediación que respeta la dignidad y los derechos fundamentales de todas las personas y para lograr cambios cualitativos en los mediados, enfatiza las cualidades positivas del Ser y sus habilidades sociocognitivas. Asimismo, el mediador asociativo avanza en la comprensión de la bondad, la paz, la concordia, el auto conocimiento y el egocentrismo positivo, así como en el desarrollo de habilidades, tales como, el auto-control, la metacognición, la asertividad, la empatía, la compasión, el pensamiento creativo, el razonamiento crítico y el control de las emociones

Como ya lo hemos expresado en el Capítulo V punto 2, la mediación en el área penal es el proceso alternativo o complementario al procedimiento penal, dado o no en el contexto de la justicia restaurativa, donde el autor del acto infractor y quien resulta víctima del mismo -con la intervención de un mediador como tercero imparcial- elaboran un acuerdo reparatorio y/o compensatorio, mediante una prestación voluntaria del autor a favor de la víctima y/o de la comunidad. Dicho acuerdo se da entre los protagonistas de la trama penal de forma voluntaria, informada, confidencial y aceptada.

Reiteramos que se intenta a través de la mediación recuperar la confianza, credibilidad y eficacia, respetando la diversidad para dar lugar a que la justicia y la paz social se pueden alcanzar por vías complementarias o alternativas al litigio penal.

El conflicto es comprendido como el detonante que da lugar a un procedimiento en el cual se alcanzan nuevas actitudes para cubrir las necesidades de las partes. Se busca lograr valores positivos vinculados con el cambio, tanto por parte del autor del acto infractor como de la víctima. Podemos afirmar que esta transformación gradual será la que nos permita a futuro provocar cambios profundos y sustanciales en las nuevas generaciones de argentinos y latinoamericanos.

En la sociedad actual se registran gran cantidad de episodios de violencia en forma casi cotidiana, en base a hechos delictivos que toman estado público, en virtud de llegar a cada uno de los hogares por los medios de comunicación, infundiendo temor a nuestros ciudadanos y proponiendo más violencia como forma de solución, provocando así una espiral ascendente de conflictividad. El beneficio primordial de este instituto tiende a aminorar los efectos negativos de los hechos disvaliosos, encontrando un sentido transformador donde la pacificación es el medio de resolución de conflictos que provoca una espiral pero en sentido descendente.

La infracción a la ley penal está culturalmente cargada de una connotación negativa. El proceso de mediación aporta a la resolución de este tipo de conflictos una dimensión positiva, con oportunidades para modificar conductas punitivas por conductas aceptables, aprender respecto al sentimiento del otro y crecer como persona. Siempre priorizando por sobre la sanción, las respuestas reparadoras donde podría formar parte tanto la posibilidad de responsabilización como la de inocenciabilidad.

## 2. ¿POR QUÉ LA URGENCIA?

Se impone la urgente necesidad de ofrecer a nuestros jóvenes un nuevo marco de relaciones con la justicia institucional, como forma de dar respuestas que motiven la consecución de objetivos tan significativos como la posibilidad de responsabilización y la de resocialización. Para esto es menester tener en cuenta que educación y socialización son procesos que, por definición, deben darse en el seno de la sociedad, con todos los actores sociales participando, incluidos aquellos que históricamente estuvieron marginados.

Tomando en cuenta las posiciones e intereses de las partes y considerando especialmente los valores que las separan, se intentará que víctima y autor del acto infractor puedan escuchar el relato desde la vivencia del otro, tomar conciencia del sentir del otro posicionándose en su lugar, para finalmente llegar al objeto mediato del procedimiento, que podrá ser la restitución del daño producido o la reparación social y pacífica del evento dañoso.

La participación de los involucrados propicia el diálogo, negociación y compromiso, a partir de una toma de conciencia del imputado de lo negativo que fue su accionar y de su necesidad de reparar el daño causado. La idea de una solución alternativa de conflictos es una mirada a la solución privada y a la búsqueda de una respuesta superadora. Se trata pues, de un procedimiento distinto en el que participa la víctima, el victimario y la comunidad. Se posibilita así que la víctima que acepte mediar pueda avocarse a su problemática y su solución en forma independiente de la acción pública.

Así la mediación no solo conviene a la pacificación en cuanto intenta disolver el conflicto de manera no adversarial, sino que también se convierte en un instrumento valioso para diversos resortes del sistema penal. Este método reparador agiliza y ofrece soluciones, procurando un mecanismo de control social donde los justiciables encuentran respuestas sin dilaciones, evitando la estigmatización social de los jóvenes, abordando la situación

particular y fundamentalmente, acompañándolo en el proceso de mediación a través de una metodología de seguimiento.

Pretendemos que los conflictos se intenten disolver por intervención de las partes y referentes sociales y no por el dictado de una sentencia heterocompositiva.

### **3. LA MEDIACIÓN COMO PROTAGONISTA DEL CAMBIO**

El ideal para incorporarse al procedimiento de mediación debiera ser de manera previa al proceso con el fin de evitar la judicialización, no obstante aun cuando el joven resulta imputado en un proceso, su incorporación indefectiblemente cobra una posición más responsable y activa respecto del hecho que diera origen a su imputación, constituyéndose como “sujeto activo” que le permite internalizar la norma de una manera mucho más acabada que la abordada mediante los tradicionales sistemas de finalización del proceso. Es importante destacar que se intenta cumplir por otros medios llegar a la finalidad que debería tener la pena, que es la resocialización del condenado (Artículo 18 de la Constitución Nacional).

Con el acuerdo se le garantiza al ofendido, un alto porcentaje de protagonismo perdido con la consolidación del sistema de enjuiciamiento como un problema solo estatal. No cabe duda que la instancia de la mediación dignifica en mayor medida el rol del sujeto pasivo del ilícito. Se busca una absoluta retracción del poder penal del Estado en pos de ofrecer un modelo de tratamiento del conflicto que lo procese de modo sustantivo obteniendo soluciones autocompositivas.

El paradigma social sustenta el modelo de un menor responsable que lo considera con total conciencia de sus actos y petitiona al Estado una penalización más severa. Se reproducen así aquellas teorías que justifican la imposición de pena. Las estadísticas demuestran no obstante, que a mayor castigo no se le corresponde necesariamente la baja de índice delictivo o la no reincidencia en

hechos disvaliosos. Corolario de lo expuesto resulta afirmar: la pena no educa. En contrapartida no se puede vislumbrar que a ese joven muchas veces no se le ha enseñado el alcance disvalioso de su accionar, intentando la represión sin educación, remedio obsoleto ya que no logra insertar a el medio a quien ha infringido los valores éticos de la convivencia.

En la mediación, la víctima encuentra satisfechos sus intereses, más allá de la reparación económica. El Estado como orden absoluto, sale entonces del rol protagónico y en su lugar la ley le da validez al compromiso reparatorio del joven infractor.

Además, la mediación se ajusta al principio de proporcionalidad. En el caso de tener que establecer medidas las mismas guardarán relación con el injusto provocado, evitando sanciones punitivas que excedan la gravedad del hecho cometido. Queda asegurado, que la respuesta frente a los delitos cometidos por adolescentes será la óptima y no la que se radique en la adecuación típica prevista por el ordenamiento legal, o lo que es lo mismo no se medirá con la vara del catálogo de las penas.

#### **4. EL PROCESO DE OPERATORIA EN LA PSIQUIS DE LOS PARTICIPANTES**

El procedimiento de mediación permite a los jóvenes infractores pensar en el significado y los problemas que comporta el hecho delictivo, acercándolos al problema concreto. El mediador va a guiarlos a tomar conciencia de la experiencia que han tenido para que la elaboren y la reutilicen a futuro a partir de las conclusiones que ellos mismos han sacado o sacarán. Los autores del hecho tienen la posibilidad de entender que se han comportado de manera contraria a lo esperado por su comunidad. El mediador es quien introduce elementos de reflexión para un cambio de actitud.

El cambio de actitud es una forma eficaz de satisfacer las necesidades de la sociedad, en cuanto a su demanda de una justicia más

humanizadora. Repersonaliza los conflictos consolidando el valor justicia a través del orden y la paz social.

La idea reconciliatoria parte de que debe darse un peso igual a los intereses y necesidades de las víctimas, de los victimarios y de la comunidad y que deben reafirmarse y reconstruirse las relaciones. Es fundamental el logro de un acuerdo que sea susceptible de cumplimiento, se prepare a las partes a aceptar las consecuencias de sus propias decisiones, se busque reducir la ansiedad y los efectos negativos del conflicto.

### **5. LA VÍCTIMA COMO SUJETO ACTIVO DEL PROCESO PENAL**

La mediación y la reparación son un ejemplo claro de las nuevas políticas criminales teniendo en cuenta a la víctima de delitos desde otro lugar: el sujeto protagonista.

Tradicionalmente la víctima suele sentirse abandonada e incomprendida por la justicia, a tal punto que pocos saben la relación existente entre el fiscal, como representante de la vindicta pública y el proceso. Quien ha sufrido un hecho delictivo carga con las consecuencias psíquicas que implica el momento vivenciado, pero además padece otro tipo de daños (como ser: morales, sociales) al verse atemorizado por represalias considerando que muchos delitos se dan con infractores y víctimas residentes en el mismo barrio, escuela o municipio. Se genera en el damnificado un estado de alerta, angustia y ansiedad, por la expectativa que implica el posible reencuentro con el victimario. La mediación facilita disipar estos temores. Se trata entonces de abordar el encuentro desde un lugar garantizado por el mediador, idóneo para el tratamiento y previo a trabajar con el joven las consecuencias sociales posteriores a su conducta y el grado de responsabilidad que sobre su actuar impone la sociedad. Es necesario destacar que una característica de los jóvenes, justamente por su inmadurez emocional, radica en que, si bien son capaces de entender la conducta lesiva articulada, no pueden internalizar el grado de reprochabilidad que sobre su conducta la sociedad exi-

ge al Estado, siendo por otra parte fundamental en esta etapa evolutiva que en el caso de ser inocente, tenga peso su palabra y sea escuchada por la víctima.

## **6. UN NUEVO GIRO EN EL PARADIGMA DE LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO**

En el procedimiento de mediación se produce un cambio fundamental en el objeto de la reacción punitiva del Estado, quedando enfocada en el conflicto mismo. Este cambio de objeto permite que el esfuerzo de los intervinientes esté dirigido a restablecer las condiciones entre las partes previas al conflicto, en lugar de la confrontación del sistema penal con el infractor sin más objetivo que arribar a una sentencia.

Es importante para nuestro pensamiento formador del procedimiento de mediación saber que las normas tienen por objeto la regulación de la conducta humana, presuponen que sus destinatarios son personas dotadas de capacidad y de la posibilidad necesaria para percibir su influencia y por consiguiente, susceptible de ser objeto de reproche jurídico por su violación, como culpables de ella. Así lo acepta el Código Penal, que asienta la posibilidad delictiva en la posesión por parte del autor de la conciencia de la criminalidad del acto, en su posibilidad de dirigir su acción y de determinarse con libertad.

Aquí es donde surge la importancia de la toma de conciencia ante un hecho por parte del ofensor. Es un punto de partida para alcanzar la voluntad reparadora y la esperanza de la sociedad en encontrar un sistema judicial que verdaderamente cumpla un rol educativo y formador en su vida, mediante nuevos institutos que logren o, al menos intenten, dar respuesta al equilibrio social deseado, a la expectativa actual de nuestra sociedad que piensa como ideal de justicia el sembrar los principios de la seguridad. Todo esto basado en el cambio de paradigma de la “imputabilidad” por el de “responsabilidad”.

Responsabilidad entendida como la facultad del adolescente de dar cuenta de sí mismo y tener una imagen ante la sociedad. Responsabilidad entendida como un esquema de interacción ante los demás que permita sentimientos de propiedad sobre sus actos y de autoridad sobre sí mismo.

Pensar en un joven condenado implica en nuestra realidad carcelaria, pensarlo en un medio hostil y de exclusión. Para modificar la realidad social que hoy nos aqueja es necesario posibilitar el cambio mediante la integración social.

Lo antedicho merece una reflexión si consideramos que detrás de un niño que vulnera el derecho de una víctima, existe un ser a quien se le ha vulnerado el derecho a crecer con dignidad. En otras palabras, hacer el pase de la exclusión a la inclusión.

## **7. LA MEDIACIÓN EN LA NUEVA LEGISLACIÓN JUVENIL**

La mediación penal es un mecanismo idóneo para dar contenido al principio de oportunidad y con ello, contribuir a materializar las recomendaciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa para promover al máximo la desjudicialización de las causas penales en las que se vean implicados los menores de edad.

La nueva ley de responsabilidad Penal Juvenil otorga una función primordial al Ministerio Público quien sustenta el control y el contrapeso para un equilibrado servicio de justicia. No debemos olvidar que el joven infractor generalmente es fruto de injusticias previas.

En relación a lo expuesto, el fuero juvenil tiene como características la “especificidad” e “individualidad”, situación ésta sostenida por los Tratados Internacionales que remarcan la racionalidad y proporcionalidad. Nuestro país ha contraído una responsabilidad internacional incorporando los Tratados Internacionales a la Carta Magna, conformando un Bloque Constitucional. Estos Tratados sostienen la mediación penal juvenil como medio de

solución alternativa al conflicto con la ley penal, pudiendo abor- darse pese a no encontrarse en una ley provincial y/o nacional.

Así, en el marco Jurídico Internacional de la Directriz N° 57, de las Directrices del RIAD, se recomienda establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administra- ción de la justicia de menores (Reglas de Beijing) n° 5 y 6 y la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40 numeral 1°, 3° inc. b) y 4° se expresan en el mismo sentido.

El procedimiento de mediación es un mecanismo en el que se puede observar el cumplimiento de varios objetivos esenciales que surgen de los diversos instrumentos internacionales, tales como la desjudicialización de los conflictos, el fomento de la dignidad de los adolescentes, el fomento de respeto por los dere- chos propios y de terceros, la importancia de la reintegración del niño y el valor pedagógico al que debe aspirar el derecho penal juvenil.

La ley 14.442 de Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires en su art. 52 alienta la utilización de mecanismos alternati- vos de resolución del conflicto penal, estableciendo que: "...El Ministerio Público Fiscal propiciará y promoverá la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos...".

Su correlato específico en la ley de procedimiento de responsabi- lidad penal juvenil se encuentra plasmado en el art. 33 que esta- blece: "...*Son principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal: la protección integral de los derechos del niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en la comunidad, la míni- ma intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y la participa- ción de la víctima; también que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas....*".

A su vez el art. 86 inc. 1 del Código Procesal Penal, prescribe: “la reparación voluntaria, el arrepentimiento activo, la solución o morigeración del conflicto o la conciliación serán tenidos en cuenta al tiempo de ser ejercida la acción penal”. El art. 33 de la Ley 13.634 hace referencia a la mínima intervención, la solución de conflictos y la participación de la víctima. En su art. 75 menciona la obligación de reparar el daño cuando el mismo sea de contenido patrimonial, compensando el perjuicio de la víctima.

Estas normas que rigen la mediación están en consonancia con los principios Constitucionales que garantizan el debido proceso, el acceso a la justicia, la bilateralidad de la acción y la verdadera defensa en juicio como parte de un sistema garantista.

#### **8. LA ADOLESCENCIA COMO PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD**

Esta etapa implica un período único como posibilitador, potenciador de la inscripción de valores, lazos, goces y deseos. En tanto se transita una reelaboración de los avatares vividos durante la infancia, se consolidan los elementos constitucionales de la subjetividad y se proyecta su “estar en el mundo” de acuerdo al apoderamiento de preceptos, normativas, afectos que el entorno provee.

El sostén social y la contención emocional como rasgo primordial del vínculo humanizante, son los soportes vehiculizadores de la inclusión dentro del lazo social, que habilita a partir del reconocimiento de sí mismo, el reconocimiento de sus semejantes, al amparo de un pacto social que arbitra la interacción. La posibilidad de la responsabilización surge y se nutre de dicho reconocimiento. Se trata de la asunción de una respuesta respecto de sus actos en el seno de esta inscripción vincular que será la proveedora de la identidad.

Es característico encontrar en nuestros jóvenes asistidos una historia común de rechazo, marginalidad, exclusión y anulación

subjetiva. Son niños que crecen entre principios de desamparo, expropiación, maltrato y supervivencia, donde el rol del Estado parece subsumido en discursos prometedores que nunca han llegado a tomar conciencia de una realidad vital.

Sin embargo, pese a la ausencia del Estado, es el poder mismo el que les exige que respondan con contemplación, adecuación, respeto y sumisión. De lo contrario, se los califica como peligrosos, trastornados, antisociales, desconfiados y vengativos. Son jóvenes sin límites ni parámetros, cuestión que justifica y propicia interponer una medida punitiva dando respuesta social al pedido “de pena ejemplificadora”.

Es paradójico que siendo el Estado el que se divide en tres poderes, prometa seguridad y justicia cuando claro está que en muchas ocasiones los hechos cometidos por nuestros jóvenes resultan ser la consecuencia natural e inmediata de las falencias sociales de las que este mismo Estado resulta responsable.

Así sostienen Zannoni y Orquin: “...lo que ocurre es que la conducta de los marginados, de los indigentes, suele presentarse al jurista como irresponsable, cuando en realidad debiera calificarse como irracional. Esa irracionalidad se refleja en todo un contexto aborrecido y temido por la sociedad, que se protagoniza por quienes viven aletargados subculturalmente en un determinado ancestral. Que esas motivaciones no sean admitidas a un nivel cultural y ético medio, que racionaliza pautas de conductas, de vida y de relaciones sociales establecidas, es lógico. Pero de ahí a que se culpe o se impute a quienes racionalmente muestren una lacra que es responsabilidad comunitaria es algo completamente distinto”.

Se constituye un circuito en el que los jóvenes quedan “encerrados afuera”, fuera de un lazo social que nunca ha contemplado su inclusión.

Por más condena ejemplificadora que se imponga, por más baja en la edad de imputabilidad, nuestros jóvenes nunca purgarán una vida de condena. Por el contrario, saldrán a la sociedad aun siendo adultos jóvenes y por desgracia, considerando las actuales condiciones de encierro, saldrán en peores condiciones de inclu-

sión, más apartados del ser social, más lejos de poder ser parte del común colectivo, más marginados, más señalados.

Esta realidad que no es una realidad aislada del resto del mundo hizo posible que entidades internacionales propicien el cambio, propicien el vínculo, propicien la transformación de la sed de venganza por la reconciliación y la pacificación social.

### **9. LA MEDIACIÓN EN EL ÁREA PENAL JUVENIL CON NIÑOS Y JÓVENES NO PUNIBLES**

La nueva ley de Responsabilidad Penal Juvenil N° 13.634 dispone que la edad límite de imputabilidad penal de un joven que se presume que ha infringido las leyes penales, es de 16 años. Todos aquellos niños y adolescentes que se encuentren por debajo de la edad establecida como piso mínimo quedan excluidos del sistema de responsabilidad penal juvenil. Esto encuentra sustento en la necesidad de consagrar una edad límite hasta la cual el Estado puede reprochar de manera sancionatoria la conducta del niño o adolescente, en cumplimiento con lo acordado por los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Carta Magna.

Resulta inconsistente determinar una edad cronológica para someter a un joven a proceso. Edad cronológica que permite o no el ejercicio de sus derechos y garantías. Si velamos por el máximo de garantías no podemos dejar de sostener que por su condición de seres en formación, resulta dificultoso establecer con acierto cuál es el grado de madurez o no que pueden alcanzar los jóvenes a fin de quedar fuera del reproche estatal.

Pareciera entonces que determinar la edad de imputabilidad opera más como una respuesta social que como una garantía al joven que no ha alcanzado la edad mínima de imputación penal. Hoy en la sociedad se vivencia la sensación de impunidad que crece día tras día. Masivamente el ciudadano repite sin sustento legal que los jóvenes no tienen reproche penal y sus conductas delictivas son tan resguardadas por la ley que no son condenados co-

mo merecen, o dicho vulgarmente “entran por una puerta y salen por la otra”. En caso de ser posible la sanción a un joven que no ha alcanzado la edad mínima de imputación penal ¿en qué consistiría? ¿Qué merece? ¿Realmente sirve la aplicación de una pena cuando es netamente retributiva?

Pregonamos que la edad mínima de imputación penal es la que de forma coherente se enmarca en lo dispuesto por los estándares internacionales. Ahora bien, la imposibilidad de formular un reproche penal a un niño que no alcanzó tal edad mínima, no implica sostener sin más ningún tipo de proceder. Es posible realizar una mediación en niños no punibles que dentro del litigio penal van a ser sobreseídos en razón de la edad. De hecho, a tan temprana edad, es muy factible obtener resultados más gratificantes porque nos encontramos con estructuras psíquicas en formación.

La mediación con niños inimputables es capaz de resolver el conflicto haciendo partícipe a las partes y a la familia. Es importante resolverlo aun cuando no tenga la edad mínima de imputación penal, porque en última instancia el fin de la mediación es la verdadera resolución del conflicto y en definitiva, conlleva a la pacificación social.

Aun cuando en el litigio se disponga el sobreseimiento en razón de la edad, teniendo en cuenta los principios que pregonamos sobre la mediación, creemos posible hablar de mediación con jóvenes no punibles.

BORRADOR PARA MUESTRA 3

## CAPÍTULO VIII

### **BUSCANDO REVALORIZAR Y DIGNIFICAR EL FUERO DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL**

#### **1. EL SENTIDO Y LA IMPORTANCIA DEL HACER EN EL FUERO PENAL JUVENIL**

Existen diferencias sustanciales entre el régimen penal de adultos y el de menores:

1. La especialidad del fuero de menores entiende que la privación de la libertad debe ser tomada como medida de última ratio.
2. Desde la toma de conocimiento por parte del defensor oficial del injusto, comienza un trabajo de contacto directo con la familia desentrañando la problemática en que se halla inmersa e indagando en las causas del accionar delictivo del menor infractor. Se busca entablar un entorno de contención familiar, planteando estrategias para colocar límites claros y abrir canales de comunicación paterno filiales que ayuden a elaborar la conflictiva subyacente. Se busca también, en aquellos casos de padres ausentes, la familia ampliada, referentes barriales o escolares que garanticen conductas beneficiosas para la mejora en la estabilidad emocional del joven y signifiquen un modelo positivo a seguir.

Por el contrario, en cada causa pasada al Área de Mediación se produce un cambio de actitud en relación a las familias de los asistidos, ya que lejos de sentirse señaladas, atacadas, juzgadas por lo que generaron (un adolescente con causas delictivas), comienzan a vincularse con la justicia desde otro lado, con el objeto de participar en formular un proyecto productivo para su hijo, nieto, hermano, etc. En muchos casos se hace necesario

encontrar en los barrios los referentes directos de nuestros jóvenes, siendo que los mismos por su llegada y participación comunitaria interpretan el ser y sentir de los niños desde otro espacio, desde otro contexto enriqueciendo la tarea del mediador y sumando sostenes positivos.

Muchos de nuestros asistidos son jóvenes vulnerable con una familia que debe reestablecer una vía de vinculación y comunicación para sostener una estrategia que tienda a la recuperación sin reiterancia. Pasa entonces a establecerse un área de aprendizaje compartido “joven-familia” donde se redefinirán roles, acciones y valores de la norma para ambos.

En muchos casos nos hemos encontrado que en el núcleo familiar del joven infractor el delito se minimiza, aun cuando el Código Penal prevea una pena alta. Se trata de familias que conviven con el delito y no pueden comprender el daño provocado a sí mismas, a los demás y a la convivencia social.

Esta reflexión nos lleva a pensar: Qué rol podría cumplir la pena en este tipo de familias que no sienten haber cometido algo para recibirla? Qué valor se le da a la privación de libertad cuando los hijos repiten las conductas de los padres y hasta la superan en relación al grado de peligrosidad? ¿Qué utilidad tienen esas penas privativas de libertad?

## **2. PANORAMA PRÁCTICO EN EL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL. MEDIACIÓN PENAL COMO ALTERNATIVA SUPERADORA**

La Provincia de Buenos Aires en el año 2007 promulgó la “Ley 13.634, Responsabilidad Penal Juvenil”, con el objeto de dar respuesta a lo adherido en los distintos Tratados Internacionales, en donde nuestro país se comprometió a dejar de lado el modelo tutelar para afrontar un cambio en el tratamiento de la infancia y la juventud.

En este nuevo modelo de responsabilidad, el Ministerio Público de Defensa del Departamento Judicial de Lomas de Zamora ha desarrollado una investigación cuantitativa y cualitativa en aspectos relevantes en términos socioculturales donde se priorizarán los derechos de los jóvenes que se vieran involucrados en un conflicto con la ley penal.

De la investigación cuantitativa surge que transcurrido el primer año de implementación en este Departamento Judicial se observó un incremento de procesos que aún con plazos más exigüos demoraban considerablemente en resolverse, siendo la Suspensión del Juicio a Prueba, el Juicio Abreviado y en escasas ocasiones el Juicio Oral, las formas comunes de finalización del proceso adoptadas en la mayoría de los casos en la etapa de juicio.

Con el fin de posicionar al joven de manera efectiva e instalarlo en el proceso, los actos procedimentales fundamentales del proceso penal que tienden a impulsar la acción penal (declaración del imputado, prisión preventiva, elevación a juicio, ofrecimiento de prueba y juicio) deben sustanciarse de manera oral, bajo apercibimiento de nulidad del acto. Aun así en numerosos casos se ha registrado que los jóvenes que han sido procesados han reincidido en el delito.

Resulta claro que el significado de la ley formal lejos estuvo de instalarse en la psiquis de los adolescentes. A nuestro parecer mucho influyó que en la gran mayoría de las causas la resolución que finaliza el proceso es arribada mediante la tradicional respuesta del sistema penal, que se caracteriza por ser represiva y adversarial.

En el entendimiento que los operadores del sistema penal deberían utilizar las respuestas restaurativas como herramientas que permitan soluciones más óptimas que las obtenidas a través de la represión, por cuanto la propia ley las menciona como alternativas posibles, es que se promueve desde el ámbito de la defensa pública, la alternatividad de las buenas prácticas pacifistas y reparadoras.

Si el índice de reiteración (reincidencia) persiste el fracaso del nuevo sistema está latente. El objeto de la ley es la modificación de la conducta de quien ha participado de un hecho delictivo. Mientras el proceso de resolución no sirva para concientizar, no se alcanzarán las metas propuestas. Tal posicionamiento es más factible a través del mecanismo de respuestas restaurativas, por cuanto éstas logran la implicancia de los verdaderos actores del conflicto penal: víctima y victimario.

Beneficiosamente hemos logrado construir una oficina tripartita de Justicia Restaurativa y Mediación Penal, donde se posiciona a las partes en la solución del conflicto de un modo diferente. Esto resulta indispensable para una óptima interacción de los operadores que articulan en el Fuero Minoril, es decir, no solo la justicia sino los diferentes Ministerios y operadores gubernamentales.

Las soluciones restaurativas brindan a los jóvenes y a la sociedad un nuevo marco de relaciones con la justicia institucional contribuyendo a que las partes puedan responsabilizarse y restauren el vínculo afectado por el hecho delictivo.

La idea de aplicar la mediación penal en jóvenes imputados de un acto infractor, implica dar protagonismo a las partes para que en un contexto distinto al del proceso judicial tradicional, puedan expresar cara a cara el alcance del daño sufrido, tanto material como moral y los sentimientos que acompañaron al acto. El imputado del acto infractor, al transitar el procedimiento de mediación, indefectiblemente cobra una posición responsable y activa respecto del hecho que diera origen a su imputación, accediendo a una alternativa superadora que le permite internalizar la norma de una manera más acabada que la abordada mediante los tradicionales sistemas de finalización del proceso. No solo se ofrece la reparación del daño sino que, mediante un posicionamiento de implicancia distinto, se pueden obtener conductas diferentes a las delictuales. Para la víctima significa además la posibilidad de obtener en el acuerdo un protagonismo que se ve perdido a través del proceso penal tal como habitualmente se concibe.

La justicia restaurativa además, se ajusta al principio de proporcionalidad, necesaria para establecer medidas que tengan relación con el injusto provocado, evitando sanciones punitivas que excedan la gravedad del hecho cometido. Al respecto, no debemos dejar de considerar que represión no es igual a responsabilización, como así tampoco a respuesta efectiva para la sociedad ante los ilícitos que cotidianamente sufre.

La pena no da respuesta a la víctima ya que no restaura el daño, no brinda protagonismo a los afectados, como así tampoco resulta educativa. No sacia a las partes, ni previene a futuro. Reprimir no es concientizar, no es responsabilizar, ni es educar. La mediación permite que la respuesta frente a los delitos cometidos por adolescentes sea la más acorde y no solo se radique en la adecuación típica prevista por el ordenamiento legal y la imposición directa de la pena estipulada.

Algunas críticas que se formulan a la mediación se relacionan con cuestionamientos respecto de la efectiva defensa técnica del imputado. Tal sería el caso por ejemplo, de una estrategia de defensa que se base en demostrar la ajenedad en el hecho investigado. Desde tal hipótesis podríamos cuestionar: ¿Es posible el logro de la estrategia de defensa en el marco de un proceso de mediación? No solo es posible sino que continúa permitiendo que la víctima sea protagonista de la solución. Si un proceso se encamina hacia un archivo, sobreseimiento o absolución, resulta más pacificador que ello ocurra existiendo una solución mediada de manera paralela o alternativa.

De esta manera ante una absolución, sobreseimiento o cualquier forma de desvinculación del imputado con el hecho típico, la víctima se encuentra activa en el proceso y no relegada, tal el caso del proceso tradicional por estar signada a la voluntad de lo decidido por el Representante de la vindicta Pública o juez.

La idea reconciliatoria parte de que debe darse un peso igual a los intereses y necesidades de las víctimas, de los victimarios y de la comunidad y deben reafirmarse y reconstruirse las relaciones.

Pensemos que en muchos de los hechos víctima y victimario se conocen o viven en las cercanías. La judicialización de una causa suele no dar la respuesta que el sujeto pasivo del conflicto espera, ejemplo de esto son los delitos donde por la pena en expectativa los jóvenes no solo transitan el proceso en libertad, sino que el mismo culmina con una suspensión de juicio a prueba o por el instituto de remisión. Tal resolución impuesta por un tercero no es percibida por la víctima como una respuesta óptima y proporcional a su sentir.

La mediación es un complemento de las estrategias de intervención en situaciones de crisis y logra el convencimiento de los protagonistas de haber concluido en un acuerdo justo, lo cual resulta imposible de alcanzar bajo el tradicional sistema de enjuiciamiento penal.

En este sentido, la mediación produce un cambio fundamental en el modo de dar tratamiento a las cuestiones de índole penal respecto de los jóvenes, quedando el procedimiento abocado al conflicto real. Este cambio de objeto permite que el esfuerzo de los actores esté dirigido a restablecer las condiciones entre las partes previas al conflicto, en lugar de la confrontación del sistema penal con el infractor sin más objetivo que arribar a una sentencia.

## **CAPÍTULO IX**

### **EXPERIENCIA DE MEDIACIÓN**

#### **EN EL MINISTERIO PÚBLICO DE DEFENSA**

#### **DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL**

#### **DE LOMAS DE ZAMORA.**

**(PANORAMA HISTÓRICO DE LOS FUEROS CIVIL, PENAL Y DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL)**

#### **1. LA MEDIACIÓN EN EL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE LOMAS DE ZAMORA, UNA MIRADA SIGNIFICANTE**

Desde hace más de una década el Departamento Judicial de Lomas de Zamora de la Provincia de Buenos Aires, ha abordado un proyecto que proporciona al ciudadano medios tendientes al mejor cumplimiento de la garantía constitucional de acceso a la justicia. Se trabaja a partir de una gestión eficaz y eficiente, haciendo hincapié en el firme propósito de velar por todos los asistidos que viesan vulnerados sus derechos.

Genéricamente podemos entender que el acceso a la justicia implica la acción de recurrir a los medios disponibles por el Sistema Judicial de un determinado Estado, a fin de obtener la resolución de conflictos, litigios o controversias, como también la protección procesal frente a la imputación de delitos.

En el afán de buscar estrategias y alternativas consideramos que la aplicación de la mediación para conflictos civiles, familiares y barriales permite al justiciable la búsqueda de soluciones. Con ese

fin se creó por Resolución de la Defensoría General Departamental, una Secretaría de Mediación compuesta por Magistrados, Funcionarios y empleados judiciales, priorizando la celeridad y la autocomposición de conflictos que llevan a la solución del problema garantizando el éxito.

El fundamento de la creación de dicha Secretaría partió de considerar que uno de los roles prioritarios de la justicia en la actualidad, se asienta en brindar solución a los habitantes que encuentran restringido su acceso, ya sea por no contar con los medios económicos necesarios para llegar a la cabecera departamental, o bien por desistir durante la tramitación del proceso, por falta de tiempo y recursos materiales disponibles para realizar la procuración y el traslado a los diferentes órganos jurisdiccionales.

Se suma a lo dicho el alto porcentaje de personas que diariamente solicitan la atención de la Defensa Pública en las Unidades de Defensa Civil y la necesidad de descentralizar la tarea realizada por la Mesa General de Entradas. Posibilitar el acceso a la justicia implica brindar al ciudadano la contingencia de judicializar su conflicto o asumir un procedimiento de mediación para resolverlo autocompositivamente. Si se asume la mediación esta garantía satisface al justiciable desde una óptica bifronte, por cuanto le permite el acceso a un procedimiento que lo acredita para proponer la mejor solución para la consecución de buenos acuerdos y lo engrandece como ciudadano para que encuentre alternativas altruistas basadas en el diálogo, el respeto y la consideración por el otro.

El mecanismo de la mediación supone una cultura de la comunicación, dando instrumentos y alternativas a las partes para facilitar a través de una intervención adecuada que sean capaces de encontrar las posibles soluciones y por ende, hacer sustentable el acuerdo al que ellos mismos llegan.

Enarbolando estos propósitos ante la implementación de la Ley Provincial de Responsabilidad Penal Juvenil, nuestro objetivo

consiste en abordar el litigio desde el contexto de la justicia restaurativa.

El modelo restaurativo se diferencia notoriamente del proceso penal tradicional, el cual solo gestiona el conflicto a través del análisis de la conducta típica, antijurídica y culpable para llegar finalmente a la aplicación de la pena. La justicia restaurativa en todas sus formas y principalmente mediante la mediación, prioriza la voluntad de la víctima y la participación activa del imputado en el resarcimiento del daño causado como consecuencia del acto disvalioso.

Utilizamos el término “disvalioso” al referirnos a un accionar delictivo por cuanto la componen el prefijo “dis”, que significa “privado de” y el adjetivo “valioso”. Justamente se trata de encontrar en el accionar una conducta que pese a no haber sido altruista, puede modificarse sin que la persona se estigmatice negativamente.

En cumplimiento de los Tratados Internacionales y Legislación Nacional se propició la búsqueda de pacificación de un sector de la sociedad que viene a representar una porción del conurbano bonaerense con jurisdicción en el Departamento Judicial de Lomas de Zamora, siempre en pos de ayudar a heterocomponer las situaciones conflictivas vivenciadas por nuestros jóvenes y brindarles las herramientas necesarias para encontrar buenas prácticas, acciones y actitudes destacables frente a hechos disvaliosos, transitando un camino signado por la razón, la no violencia y la construcción en valores y sentimientos.

Fruto de nuestro trabajo, se registra que la víctima de un conflicto acaecido como consecuencia de un delito resulta escuchada, acompañada y reparada por primera vez. Por otra parte, el autor del acto infractor puede posicionarse como sujeto resaltando sus cualidades como persona y dejando de lado la estigmatización que implica llevar el rol de imputado.

Solo cuando alguien se siente persona es capaz de poder repensar su acción cuestionada por la sociedad, dejando de cosificar a

la contraparte e internalizándolo como el prójimo. Esto le permite al “autor” enfrentarse con las consecuencias reales del hecho y asumir legítimos intereses de la víctima.

La mediación penal juvenil posee por un lado, la gracia de centrar la atención en la víctima, quien en la tradicional gestión del conflicto penal se ha visto confiscada, y por otro lado, la asunción por parte del infractor de la responsabilidad por el daño causado.

Pensar la solución del conflicto penal de manera participativa se condice con la devolución del protagonismo de la sociedad frente al asunto penal, procurando una efectiva protección y reparación a la víctima, asegurando el derecho a la integración social del infractor. Ello coincide con un ideal de justicia más democrática y participativa.

## **2. LA EXPERIENCIA DE LA MEDIACIÓN EN EL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE LOMAS DE ZAMORA**

En el nuevo modelo de responsabilidad la ley prioriza los derechos de los jóvenes que se vieran involucrados en un conflicto con la ley penal. Por su condición especial de seres en formación, pretende un abordaje procedimental acorde a la legislación procesal penal de la provincia de Buenos Aires, pero con un plus de garantías que asegure el correcto tratamiento de las cuestiones de índole procesal (mayor celeridad, oralidad desde el inicio del proceso, identidad reservada de los menores, entre otras).

Nuestro afán es continuar una incesante lucha para promover la cultura del amor y cultivar nuevos pensamientos que a futuro procuren la obtención de políticas públicas efectivas en la prevención del delito, priorizando la educación como elemento posibilitador del cambio en la sociedad.

La Secretaría de Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos fue el resultante de un minucioso trabajo realizado de manera

previa en el fuero civil, donde espontáneamente los justiciables, se presentaban con la imperiosa necesidad de resolver problemáticas de índole familiar, vecinal, etc.

La primera manifestación experimental de la mediación tuvo que ver con convenios celebrados en la Mesa General de Entradas de las Defensorías Civiles, donde las partes, en caso de acordar, suscribían un acuerdo firmado por ambos y un funcionario que oficiaba como mediador.

El incremento incesante de convenios hizo necesaria la creación de la Secretaría de Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos, la que continúa funcionando con óptimos resultados desde su creación en el mes de abril del año 2003. En ese momento la misma se encontraba dividida en dos áreas: una civil y otra penal cada una a cargo de una secretaria. Cuando se puso en funcionamiento la Ley que creó la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos O.R.A.C bajo el n° 13.433 se suprimió el área penal de la Secretaría del Ministerio Público, ya que dicha legislación crea la Oficina dependiente del Ministerio Público Fiscal.

En lo que respecta a la mediación civil, la modalidad fue implementada en las distintas Casas de Justicia. La descentralización le posibilita a los ciudadanos de menores recursos optar por este método de resolución de conflictos en los lugares cercanos a su domicilio a fin de poder garantizarse el derecho constitucional de acceso a la justicia. Para la puesta en marcha de la descentralización se celebraron convenios con diversas Municipalidades que se sumaron al proyecto con personal propio, localizando el servicio en el ejido municipal, fomentando la vecindad y construyendo valores ciudadanos.

Para la puesta en marcha de la Secretaría fue necesario conformar un equipo de especialistas en Derecho de Familia con una vasta experiencia en el tema, quienes conjuntamente con el área psico-asistencial de Defensoría General, acompañaron las au-

dencias haciendo aportes de interés tanto para el abordaje como para la toma de decisión y sostenimiento del mismo.

En el año 2010 promoviendo la búsqueda de la pacificación mediante la resolución alternativa de conflictos, creamos un espacio de características propias conforme lo requiere la especificidad del fuero denominado Secretaría de Mediación Penal Juvenil, Resolución Alternativa de Conflictos y Justicia Restaurativa.

En el año 2011 se crea la Defensoría de Mediación Penal Juvenil y Resolución Alternativa de Conflictos, a cargo de un Defensor Penal Juvenil y un secretario, para un trabajo integral con el autor del acto infractor, su núcleo familiar y la víctima o contraparte del conflicto, desentrañando las problemáticas interpersonales y sus causas preexistentes.

En el año 2014, con el impulso de la Defensoría General del Departamento Judicial de Lomas de Zamora se creó el Área de Mediación Penal Juvenil Justicia Restaurativa y Resolución Alternativa de Conflictos en la cual participan el Ministerio Público Fiscal y el Cuerpo Técnico Auxiliar dependiente de la Suprema Corte de Justicia.

## CAPÍTULO X

### EXPERIENCIA PRÁCTICA DE MEDIACIÓN EN EL FUERO DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL <sup>44</sup>

#### 1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del presente capítulo está basado en la actuación letrada realizada por la Defensoría Penal Juvenil n° 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora de la Provincia de Buenos Aires, la que deriva -previa conformidad de la Fiscalía actuante- el litigio penal en pleno proceso de la ley 13.634, a la Área de Mediación, Resolución Alternativa de Conflictos Penales y Justicia Restaurativa del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.

El caso analizado es el de un joven de 16 años de edad imputado de un hecho ilícito calificado en orden al delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego. El Defensor Oficial observa en el proceso circunstancias que tornaban susceptible la tramitación de un procedimiento de mediación y decide derivarlo al Área especializada a efectos que se aborde el conflicto penal en el marco de la Justicia Restaurativa.

La elección de este caso resalta aspectos interesantes si se contrastan con lo que hipotéticamente habría acontecido en un pro-

---

<sup>44</sup> El presente capítulo ha sido desarrollado en base a fuente proveniente del Área de Mediación, Resolución Alternativa de Conflictos Penales y Justicia Restaurativa del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, a cargo de la Dra. Mariela Isabel Prada, en donde se dio inicio al procedimiento de mediación, el cual fue iniciado a instancias del Defensor Oficial Penal Juvenil actuante Dr. Ariel Castro y su actuario Dra. Carolina Degano.

ceso penal tradicional. Situación que permite ser evaluada considerando las dos variantes que en la actualidad contempla nuestra legislación.

Priorizamos la selección del caso considerando la calidad de la muestra y la especificidad del tratamiento, dejando de lado la selección indiscriminada de procedimientos en donde no sea posible mostrar con la claridad pretendida el abordaje restaurativo que se ha realizado.

## 2. CASO FRANCISCO Y LUCAS

### a) *Síntesis del hecho*

*El 10 de noviembre a las 7.30 hs. Francisco se dirige a trabajar junto a la familia, compuesta por su esposa y sus tres hijos menores, uno de los niños era lactante y se encontraba en brazos de su mujer.*

*Francisco es un ciudadano que se desempeña laboralmente como feriante en el barrio donde residen, contando con un puesto propio de venta de productos de granja en el que labora toda la familia.*

*Conducía la camioneta que fue abordada por seis sujetos del sexo masculino. Lo interceptan en forma de abanico, dos portaban armas las que han sido disparadas en dos oportunidades. Un primer disparo al aire y un segundo disparo al suelo. La extrema situación provocó que a Francisco se le detenga el motor de la camioneta quedando todos expuestos a merced de estos jóvenes.*

*Según su declaración testimonial la preocupación de la víctima se centraba en la posibilidad que los sujetos que lo estaban robando lo reconocieran de la feria.*

*Abordan a la esposa por el lado derecho revisándole sus pertenencias. La víctima menciona que los sujetos estaban muy agresivos y que finalmente le sustrajeron su riñonera con la documentación y el dinero que llevaba. Respecto del sujeto que se había posicionado delante de la camioneta lo reconoció por haberlo visto caminar por su lugar de trabajo, “el barrio” y luego se enteró de que resultó ser el hijo de una cliente.*

*En el accionar disvalioso los intervinientes, después de despojarlo del dinero, se dirigieron hacia la caja trasera del rodado, pero no lograron llevarse nada. Finalmente uno de ellos se subió a la camioneta no pudiendo darle marcha y tras este frustrado intento de apoderarse del vehículo se dieron a la fuga a pie. Finalizado el episodio, Francisco junto a su familia a pesar de todo lo vivido, se dirigió a su lugar de trabajo. Ya estando en la feria cuenta lo sucedido a un efectivo policial, quien pasados unos minutos le trajo su riñonera que había sido hallada en un baldío situado a pocas cuadra.*

*Momentos después, la víctima se encuentra en su puesto con una mujer del barrio donde se emplaza la feria, quien menciona que momentos antes había sufrido un robo, siendo los autores seis sujetos del sexo masculino, describiendo además una modalidad en el hecho semejante a la padecida por Francisco y su familia. En tal oportunidad, la vecina informó que uno de los seis sujetos se domiciliaba a 40 metros del lugar donde se encontraban.*

*El personal policial se dirigió a ese domicilio y tras llamar salió un sujeto que fue reconocido de inmediato por Francisco como uno de los autores del hecho. El joven resulta ser Lucas, un adolescente de 16 años, quien ha sido imputado en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en orden a un hecho típico calificado como robo doblemente agravado por el empleo de arma de fuego en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda.*

b) *Actuación hipotética desde el punto de vista de la defensa en el marco de un proceso penal tradicional*

Presentado de tal forma el caso, resulta importante resaltar que habitualmente un defensor (oficial o particular) abordaría el proceso instando la nulidad de la aprehensión y requisita del joven Lucas, quien fuera aprehendido encontrándose en la puerta de su domicilio no existiendo persecución ni orden de autoridad competente (Juez).

Podría haberse cuestionado la inexistencia de una circunstancia de urgencia y peligro en la demora que permita a los funcionarios policiales proceder a la aprehensión del imputado tal como lo establece el art. 153 del C.P.P. Citando a Alejandro D. Carrió: “Cuando la policía procede a aprehender a una persona por exis-

tir indicios vehementes de su culpabilidad es necesaria una orden judicial de allanamiento si la detención debe practicarse en un domicilio particular”.

Desde el trabajo que pudiera realizar el defensor del imputado podría cuestionarse también el reconocimiento de persona efectuado por la víctima, quien de manera inmediata reconoció a Lucas como el agresor que habría participado en el hecho, esto según se menciona en los arts. 257, 258 y 259 del CPP.<sup>45</sup>

Es deber del Ministerio Público Fiscal promover la acción penal ante la comisión de un delito de acción pública, siendo el funcionario quien está facultado para ordenar las diligencias pertinentes para la individualización del/los imputado/s y someterlo/s al proceso penal en carácter de detenido/s o simplemente en libertad.

---

<sup>45</sup>**ARTICULO 257.-Casos.-** El Agente Fiscal podrá ordenar que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la menciona o alude, efectivamente la conoce o la ha visto. El reconocimiento se efectuará por medios técnicos, por testigos o por cualquier otro.

**ARTICULO 258.-Interrogatorio previo.-** Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata y para que diga si antes de ese acto, la ha conocido o visto personalmente o en imagen. El declarante prestará juramento en la etapa de investigación penal preparatoria.

**ARTICULO 259.-Forma.-** La diligencia de reconocimientos se practicará enseguida del interrogatorio, poniendo a la vista del que haya de verificarlo, junto con otras tres (3) o más personas de condiciones exteriores semejantes, a la que deba ser identificada o reconocida, quien elegirá su colocación en la fila. En presencia de todas ellas o desde donde no pueda ser visto, según se estime oportuno, quien deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la fila aquella a que haya hecho referencia, invitándosele a que en caso afirmativo, la indique, clara y precisamente y manifieste las diferencias y semejanzas que observare entre su estado actual y el que presentaba en la época que se refiere en su declaración. La diligencia se hará constar en acta, donde se consignarán todas las circunstancias útiles, incluso el nombre y el domicilio de las que hubieren formado la fila. Cuando la medida se practicare respecto del imputado, se notificará al defensor, bajo sanción de nulidad, con antelación no menor de veinticuatro (24) horas.

Supongamos entonces que el defensor abordara su estrategia de defensa desde la óptica planteada. Una vez resuelto por el Juez, en caso de hacer lugar al planteo defensivo, dispondría la nulidad del procedimiento y todo lo actuado en consecuencia. El proceso se vería imposibilitado de continuar y Lucas sería puesto en libertad (en caso de encontrarse detenido) para ser finalmente archivada la causa.

Ante tal situación: ¿Cuál sería la posición y rol de la víctima en el proceso? ¿Qué sensaciones operarían esta respuesta jurídico penal? Y lo más trascendente: ¿Qué sensación operaría en el joven a quien el proceso de responsabilidad penal juvenil debería serle una oportunidad de resocialización?. ¿Qué análisis podría hacer el joven autor, donde lejos de cuestionársele su responsabilidad se le cierra un proceso por una causal de índole estrictamente procesal? Y tal interrogante adquiere relevancia en cuanto dimensionamos que en muchos casos los jóvenes no logran siquiera comprender la circunstancia procesal que conlleva una nulidad, quedando entrapados en el razonamiento básico de “ante mi accionar, “no pasó nada” o “soy menor”.

A la inversa, si planteada la cuestión procesal por parte del defensor, el Juez no hace lugar y el proceso continúa su trámite culmina a través de una suspensión del juicio a prueba (utilizando el criterio amplio de aplicación) o un juicio abreviado. ¿Cuál sería el rol de las partes?: Claramente, en ambos casos y con diferentes alcances, la víctima permanece ajena a la decisión y el joven circunscribe un proceso simplemente a: “lo que tengo que llevar para donar a una institución de bien público o prestar tareas comunitarias” o simplemente “por este plazo tengo que firmar”. Es decir, la responsabilización en muchos casos no logra instalarse en su psiquismo.

Sentadas las hipótesis que habitualmente surgen en un proceso penal similar -que por supuesto no resultan ser las únicas viables en el caso- hemos de describir lo que ha acontecido a partir de la derivación realizada a la Defensoría de Mediación.

*c) Actuación efectiva del Defensor Penal del Joven quien determinó que el caso sería susceptible de ser mediado*

Es habitual que la Defensoría posea el primer contacto fluido con el joven procesable al momento de llevarse a cabo la entrevista previa a la declaración del imputado en los términos del art. 308 del C.P.P. Se realiza un análisis pormenorizado de la prueba obrante en autos y se asesora al imputado respecto de su derecho de prestar –o no– declaración y se relevan sus circunstancias personales.

Independientemente de lo procedimental, el defensor tiene un acercamiento en lo personal con la parte que permite vislumbrar circunstancias subjetivas que lo motiven a entender como viable la culminación del proceso mediante la implementación de alternativas altruistas.

Desde el punto de vista de la subjetividad del autor, es habitual que cuando un ser humano se predispone a cometer un hecho ilícito, necesite posicionar al otro como objeto y no como sujeto. Esto que solemos denominar “cosificación” resulta trascendente por cuanto permite cometer el acto infractor toda vez que quien delinque se enfrenta a un objeto y no a una persona a la que puede llegar a ver como su semejante.

Es más fácil accionar de manera ilegal despersonalizando que considerándolo persona que siente y sufre. La transgresión es posible, entonces, por cuanto no existe reproche que lo inhabilite a accionar en un sentido dañoso. Por eso el “no me mires, no me hables, baja la vista... no me dejes ver que sos un semejante”.

En la operatoria de la mediación se recorre el camino inverso. Justamente la incorporación al programa consiste en evaluar de manera positiva la hipotetización del autor del acto infractor de enfrentarse con el otro, “la víctima”, como semejante. Aquí aparece la vergüenza, el arrepentimiento, una serie de análisis internos de sus actos, sin perjuicio del tipo de participación penal que se le atribuya.

Se trata de analizar su conducta desde la acción o desde la omisión para evitar que el suceso acontezca. Y aquí hablamos de la particularidad de la I.P.P (Investigación Penal Preparatoria) y de no estandarizar delitos ni participaciones.

d) *Actuación efectiva en el caso Francisco y Lucas desde el área de mediación*

En esta investigación penal preparatoria, el defensor oficial asistió a Lucas (imputado) quien poseía al momento del hecho 16 años. Su primer contacto para hacer la entrevista previa, fue con el joven en libertad en los términos del art. 161 del C.P.P.<sup>46</sup>. El Agente Fiscal imputó el hecho al cual calificó en orden al delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego y por su comisión en lugar poblado y en banda. El joven se negó a hacer uso de su derecho a declarar. Considerando la particularidad del joven y del hecho, la defensa entendió pertinente derivar la I.P.P. el Área de Mediación para abordar el conflicto desde el área específica, dando un tratamiento diferente del que se le podría haber dado en el proceso penal (nulidades, control probatorio, etc.).

El abordaje en el área de mediación se efectúa atendiendo aquellos aspectos que tienen que ver con la posibilidad de responsabilizar subjetivamente en la realidad al sujeto que se encuentra en situaciones que lo incluyen en este marco de conflictos. El trabajo se orienta hacia una simbolización de los actos que en su ma-

---

<sup>46</sup> **ARTICULO 161. (Texto según Ley 13260) Libertad, facultades del Fiscal:** El Fiscal podrá disponer la libertad de quien fuera aprehendido mientras el Juez no hubiere ordenado la detención, cuando estimare que de acuerdo a las circunstancias del caso no solicitará la prisión preventiva. Si el Juez hubiera ordenado la detención, el Fiscal podrá requerirle que disponga la libertad atento que no pedirá la prisión preventiva, en cuyo supuesto se ordenará la soltura. En todos los casos, el imputado deberá denunciar su domicilio real antes de ser puesto en libertad, el que no podrá cambiar sin previa comunicación, comprometiéndose a comparecer a cualquier llamado o citación con motivo del trámite del proceso.

yoría, se presentan sin racionalización o sin implicación afectiva, a modo de una respuesta impulsiva que intenta armar una escena muestreando aquello que queda por fuera de la simbolización. Esto significa que aquello que para los jóvenes se presenta como un conflicto al que no pueden responder de un modo racional, dentro de lo esperable para las expectativas sociales, lo lleva a actuar de un modo impulsivo aún a costa de un perjuicio personal por transgredir la norma social donde el otro queda involucrado. Por lo cual la intervención se orienta a reabrir el camino de la simbolización de aquellos elementos que propiciaron el acto disvalioso para reencausarlo dentro de los elementos del pensamiento, la racionalización, la comprensión y la re-significación que habiliten otra construcción en el marco de la responsabilidad subjetiva.

Este proceso por las características y objetivos mediatos requiere, según el caso, de varios encuentros habilitando, a través del tiempo, la movilización de los recursos internos psicológicos que se requieren para esta re-significación.

Respecto al abordaje realizado en el caso presentado, se mantuvieron entrevistas individuales con cada una de las partes. En el caso del joven, por su condición de menor de edad, también en las entrevistas se contó con la presencia de su progenitora. Se proyectaron objetivos a corto y mediano plazo y se trabajó en brindar información de manera simple y entendible para los asistentes respecto a especificar en qué consiste una mediación en el ámbito de responsabilidad penal juvenil, cuál es el rol de cada uno, beneficios y costos psíquicos y procesales.

Ambos protagonistas consintieron en participar “aunque con criterios distintos” respecto a sus expectativas. La aceptación da lugar al principio de la mediación y es tan importante el compromiso que se rubrica mediante acta firmada por las partes. Sentado esto es el mediador el que traza las estrategias si fuera necesario, que previamente se requieran y que para cada causa son distintas por cuanto en esta nueva construcción se hace necesaria la proyección subjetiva de lo que cada participante necesi-

ta sin perder de vista el principio de especialidad propio de nuestro fuero.

En el caso particular, se trabajó de manera previa con el joven y su progenitora, en la toma de conciencia del actuar disvalioso y la responsabilización de sus actos. Se llegó a que tanto él como su madre pudieran reprocharse la conducta desplegada y sacar conclusiones que subyacen el hecho penal en sí, fortaleciendo aspectos del vínculo. Cabe aclarar que esto no se implementa en todos los casos o de la misma manera, dado que no siempre estamos frente a un hecho donde el imputado se reconoce como el autor del acto infractor. Es fundamental que cada parte pueda exponer su verdad en los hechos y la responsabilización si existiere de su conducta o accionar en el hecho en análisis para la solución del conflicto.

Al momento de celebrarse la audiencia de mediación se le explicó a la víctima en términos claros la significancia de los delitos de acción pública y todo lo referente al juicio oral y la posibilidad de exponer en un ámbito seguro y respetuoso. En el encuentro, Francisco expuso en primer lugar y comenzó por relatar las circunstancias detalladas del hecho, los perjuicios materiales y sobre todo, hizo referencia a los miedos que día a día enfrenta la familia con motivo de un suceso tan violento. Pudo compartir con el joven su historia de vida, haciendo hincapié en el esfuerzo que día a día hace para mantener una estabilidad económica. Tal relato distó mucho del que podría haber realizado en un juicio oral (en caso de haberse celebrado). Lucas se conmueve con el relato de Francisco y en la audiencia necesitó contar qué lo condicionó a pertenecer a un grupo de pares que no lo representan en valores y costumbres. Pudo exponer entre llantos que su hermano se había suicidado y que tras tamaña pérdida su madre se había dedicado durante el último período a concurrir a diferentes organizaciones y grupos del dolor. Nadie en esa familia pudo percibir hasta ese momento que a Lucas también el dolor lo traspasaba y lo oprimía sin saber cómo resolverlo en una etapa tan crucial de la vida como es la adolescencia.

Explicó en qué consistió su participación y sobre todo, se cuestionó el porqué de su accionar. Pidió perdón por lo ocasionado y comenzó a resaltar los valores de la víctima. Así manifestó: “usted es un buen tipo”. Tomó relevancia la participación de la progenitora de Lucas, quien ofreció una reparación económica por el daño causado a la víctima.

Francisco aceptó las disculpas. Respecto a lo económico le da a la familia de Lucas la tranquilidad de reparar en la medida de lo posible. Por último, manifestó su satisfacción con lo acordado y prestó conformidad para que el fiscal -que detenta la acción pública- aplique la mínima intervención penal, los criterios de oportunidad y archivo desistiendo del proceso oportunamente iniciado contra el joven (art. 40 de la ley 13.634).<sup>47</sup>

Francisco, Lucas y su madre regresaban al vecindario en el que conviven. Francisco dice:

“-Están a pie?, los alcanzo en mi camioneta”

Mucho para reflexionar, mucho para copiar, mucho para crecer dejan historias como estas.

### 3. HISTORIAS EMOTIVAS

#### *Mediación con participación de la Escuela*

Este es el conflicto de “Gustavo” un joven de 16 años de edad, que junto a un grupo de adolescentes una tarde veraniega del mes de febrero, ingresó por la fuerza rompiendo una ven-

---

<sup>47</sup> **ARTICULO 40.** Los Agentes Fiscales podrán no iniciar la persecución al niño por la supuesta comisión de un hecho ilícito, o abandonar la ya iniciada, cuando consideren que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del niño. La víctima podrá oponerse a la decisión del Fiscal, ante el Fiscal General Departamental dentro de los diez (10) días de dictada la Resolución. ***Presentado el reclamo, se citará a una audiencia a todos los intervinientes y, previo a resolver el Fiscal General abrirá debate sobre el punto.***

tana, a una escuela primaria de la Ciudad de La Unión, Partido de Ezeiza, Provincia de Buenos Aires, ocasionando daños al establecimiento, rompiendo a su paso puertas, matafuegos, computadoras y demás elementos algunos de los cuales intentaron sustraer.

Cuando el Ministerio Público de la defensa tomó contacto en oportunidad de la entrevista previa, valoró las particularidades y petitionó al Agente Fiscal el pase al Área de Mediación.

Gustavo fue convocado al Área de Mediación y si bien en las primeras entrevistas trasladaba la responsabilidad a terceros, logró reflexionar sobre su accionar, respecto a cómo el daño realizado a la escuela afectaba a una gran cantidad de niños que se veían impedidos de acceder al uso de computadoras por haber sido rotas o sustraídas. Reflexionó en relación a que significaba para el otro algo tan pocopreciado por nuestro código penal pero tan simbólico desde lo subjetivo “la rotura de vidrios” desde la inseguridad, desde el peligro a que otros niños se lastimen, desde la desprotección climática y fundamentalmente desde el esfuerzo económico que una escuela carenciada debía afrontar para repararlos.

Al tomar conciencia de lo provocado, Gustavo tuvo sentimientos varios: apareció la vergüenza y también la angustia. La escuela destruida había sido su escuela en los primeros años de su infancia llegando a recordar en los encuentros muy gratos momentos o como él los describe “los más lindos de su infancia”. Llegó a poner en palabras que en esa escuela había sido elegido como abanderado y eso tras los años lo seguía llenando de felicidad. Gustavo pudo expresar que nunca tuvo la intencionalidad de perjudicar a su escuela y tras evaluar lo producido, mucho menos a los alumnos. Descubrió que su accionar fue a causa de no haber pensado las consecuencias y que solo quería reparar el daño ocasionado.

Roxana en su carácter de inspectora de la escuela fue convocada por el Área de Mediación para trabajar en el caso como referente social. Participó activamente del proceso, transmitiendo las nece-

sidades actuales del establecimiento. Se pensó conjuntamente que el mejor ofrecimiento era la confección por parte del joven de cortinas por los grandes ventanales de la escuela y la molestia del sol en la visión de los alumnos.

A nivel subjetivo, se trabajó en el acercamiento del niño con su padre logrando la revinculación, y un régimen de convivencialidad. Guardamos en el corazón el saber que no solo se afianzaron vínculos, sino que fue el progenitor quien le enseñó a Gustavo a coser las diez cortinas que donó a su escuela

#### *Justicia Restaurativa sin Mediación*

Agustín un joven de 15 años de edad, conducía una motocicleta circulando a alta velocidad, sin contar con la documentación correspondiente ni con licencia de conducir. Como consecuencia de su actitud irresponsable impactó contra la parte trasera de un automóvil que se encontraba estacionado en la banquina con balizas sobre la ruta 205.

El impacto ocasionó el estallido del cristal derecho del rodado y la rotura del paragolpes trasero.

Cuando se comenzó el abordaje desde Área de Mediación, en la primera comunicación con la víctima “Erika” la misma manifestó su deseo de no participar, argumentando que no era de su interés realizar ningún reclamo al joven, que lo haría en su compañía de seguros y fundamentalmente que hablar del tema le producía angustia y prefería olvidarlo. Sin embargo, expresó su deseo de estar de acuerdo con que se lleve adelante un trabajo desde el Area con Agustín a fin de que el joven pueda participar de un proceso de aprendizaje y no reitere su accionar.

Agustín aceptó participar de un proceso restaurativo, y propuso efectuar una reparación simbólica hacia la sociedad por el daño que había causado, realizando donaciones mensuales a una casa de abrigo de su barrio, por la suma de \$XXX, durante el plazo de 3 meses, presentando los correspondientes certificados ante este Area de Mediación y Justicia Restaurativa.

En el trabajo individual se logró que Agustín cumplimentara su propuesta, también se advirtió en las primeras entrevistas la falta de conciencia sobre la gravedad de su accionar, su inicio en el consumo de estupefacientes y la mala convivencia que tenía con sus progenitores originada por sus múltiples actos disvaliosos y la no aceptación de límites que ellos querían sostener. Todas estas problemáticas se trabajaron desde la justicia restaurativa. En el transcurso del proceso pudo identificar y corregir aquellas conductas que lo alejaban de una vida ordenada, advirtió que su grupo de pares lo llevaron a realizar conductas antisociales por lo que tomó la decisión de alejarse de su barrio, mudarse a la casa de su abuela, y cerrar su cuenta de Facebook ya que era la manera con la cual se vinculaba con dichas amistades. Su abuela concurrió junto a él a las entrevistas y se convirtió en un verdadero referente, logrando la puesta de límites y la toma de responsabilidades. El niño se inscribió por su propia voluntad en la Escuela Secundaria y comenzó un tratamiento de adicciones. Agustín encontró en el Área de Mediación un espacio donde reflexionar sobre sus conductas disvaliosas y sus consecuencias lo que le despertó el interés de querer modificarlas, no reiterarlas, crecer y superarse humanamente. La satisfacción de los logros obtenidos y la confianza generada con quienes trabajaron junto a él motivó a solicitar un nuevo procedimiento de mediación para recuperar esta vez la relación con sus padres de los cuales estaba distanciado.

#### *Mediación con uso del Ubuntu*

Al llegar este caso al Área de mediación, se consideraron como relevantes los siguientes aspectos:

Lorena había denunciado una situación observada desde su casa por su hija Estrella, donde era amenazado y agredido físicamente su hijo Israel por parte de Denise (sobrina segunda de su marido “Alberto”).

El conflicto se centraba entre dos grupos familiares surgido a partir de una denuncia en contra de Matías (hermano de Denise) realizada por Margarita (cuñada de Lorena) quien, si bien mante-

nía relación estrecha con este grupo familiar, no es integrante del mismo.

Según dichos de Lorena, Matías delinquía en muchas formas y cada vez que tenía la oportunidad, agredía y amenaza a su grupo familiar.

Al comenzar a trabajar con ambas familias, la realidad resultaba más complicada que lo que surgía de la causa.

Denise concurre a la entrevista acompañada de su madre “Carina”. Relatando en su percepción que el conflicto que tenía no era con todo el grupo familiar, sino con el primo de Israel apodado “Luna”, un joven que vive en casa de su primo por tener su padre preso.

Se advirtió del diálogo la existencia de sentimientos negativos de la joven hacia este chico, debido a celos que incluía cuestiones referentes a compañeras de su escuela.

Manifestando que, si bien había discutido con Israel, no lo agredió físicamente, considerando lo expuesto por Lorena una mentira.

Denise asoció los dichos a un episodio sucedido un año anterior, en el cual Matías se tomó a los golpes con Estrella, Juan, Pablo y Lorena. Interviniendo Denis en pos de defender a Matías.

Carina, su progenitora, mencionó que su hija era violenta para con los otros y que reaccionaba mal ante determinadas situaciones. Expuso que le gustaría que su hija volviera a la escuela y a la Iglesia Evangélica que resultaba ser un lugar de descarga emocional y de reflexión. Su hija vio esto último con buenos ojos.

Ambas estaban deseosas de hablar con David y Lorena para explicar que nunca tuvieron problema con ellos. También se advirtió que Denise no se responsabilizaba de sus actos, sino que culpaba a otros de provocarla.

Israel vino al Área acompañado de su madre “Lorena”. Del diálogo surgieron cuestiones no tratadas hasta el momento:

La progenitora fue quien tomó la iniciativa del diálogo desde el principio, no permitiendo a su hijo expresarse, siendo necesaria una entrevista individual con ella para advertir una angustia muy grande por lo sucedido. Mencionó una serie de situaciones que llevó a que el conflicto se disemine a gran parte de su familia, asumiendo la responsabilidad por todos y cada uno de esos efectos en el afán de querer proteger a sus integrantes

Cuando se habló con Israel, se advirtió que había transferido su conflicto a Denise por familiaridad, pero que en realidad la problemática se centraba en Matías, quien lo invitaba a pelear, aunque él nunca le respondía la agresión.

Israel desconocía el origen del conflicto que tenían con su persona, difícil realidad barrial en el que había tenido que dejar la escuela nocturna por temor, ya que sufrió junto a un amigo un intento de apuñalamiento.

Apareció la necesidad de Israel de volver a la escuela y la negativa de su madre, por temor a que le hagan daño.

Finalmente, de las entrevistas surgió una relación familiar entre Gustavo y Alberto (padres de ambos jóvenes) quienes son primos, y mantenían buen vínculo entre ellos pero se negaban a interceder en el conflicto existente entre el resto de sus grupos familiares por las razones que se detallan:

Alberto, padre de Israel, es responsable de una Iglesia Evangélica, dedicaba su vida a intentar solucionar conflictos barriales y encausar la vida de jóvenes perdidos.

En su rol de “Hijo de Dios”, como él se llamaba, siempre intentaba solucionar controversias a través del diálogo. Hacía un tiempo había hablado con su primo y ambos, como referentes de sus grupos familiares, acordaron poner en línea a sus hijos, no lográndolo. Desde entonces decidió no vincularse para evitar que tal conflicto afectara la imagen de su Iglesia. También contó que en su casa daban refugio a aquel que lo necesitara. Entre esas personas estaba el joven Luna, un chico muy conflictivo pero

que no querían echar para que no quedara en situación de calle, siendo carente de madre y tener el padre privado de la libertad.

Y luego vino Gustavo, padre de Denise:

Trabajador y padre de familia, también Evangelista -aunque no iba a la Iglesia-. Mencionó la falta de contención que tenía Alberto para con sus hijos y la personalidad conflictiva y violenta de Lorena, aunque aceptó el hecho de que él creyó siempre que sus intenciones no eran malas, pero que le daban demasiada importancia a los conflictos de las personas que refugiaban. Gustavo nunca quiso meterse para no tener problemas con su primo, a quien respetaba.

De ese modo se descubrió los dos referentes necesarios para una mediación pacífica y fructífera, y para que los cambios propuestos en ella pudieran ser sostenidos. Se logró entonces empoderar a ambos referentes sobre su rol necesario en éste proceso.

Sin embargo, surgieron nuevos desafíos:

Debimos poder encausar el diálogo hacia el conflicto entre Denise e Israel, ya que se corría el riesgo de que todos los otros conflictos influyeran en la resolución del caso. También debíamos poder contener posibles arrebatos emocionales y dar la posibilidad a todos de poder expresarse.

Recurrimos entonces la existencia de un objeto particular: el Ubuntu, un objeto de gran significado religioso, que había servido en algunas sociedades antiguas para conducir diálogos. Consideramos apropiado su uso debido a los sentimientos religiosos presentes en todos los protagonistas del conflicto.

Vinieron a la audiencia de mediación conjunta Israel y Denise, junto a sus respectivos padres y madres.

Durante el diálogo, el Ubuntu fue respetado con dichosa religiosidad, quien tenía el objeto era quien hablaba, se expresaba y solicitaba lo que consideraba, mientras el resto esperaba su turno para hablar. Pudieron todos expresar su angustia por la distancia que el conflicto había generado, por las miradas, las discrimina-

ciones y los insultos que cada uno había recibido. Pudieron sacarse prejuicios y aclarar malos entendidos. El diálogo en un primer momento fue muy difícil debido al enojo que había, pero gracias al respeto del Ubuntu, poco a poco, todos pudieron ponerse en el lugar de los otros, hubo lágrimas, pedidos de disculpas mutuas, toma de responsabilidad de cada uno por lo que habían hecho u omitido hacer. Los jóvenes se comprometieron a hablar cuando hubiera alguna diferencia, entre ellos o cualquier otro, y en caso de no poder por su cuenta, a acudir a sus padres (Alberto y Gustavo) para que los ayuden a solucionar sus conflictos. Ambas familias ofrecieron abrir las puertas de su casa para dialogar entre toda la familia cuando lo necesitaran, y también a buscar un lugar neutral (el Área de Mediación) en caso de ser necesario.

Luego de redactado el Acuerdo, todos manifestaron el cambio que este diálogo les produjo: Los jóvenes volverían a la escuela. Denise tomó conciencia de su necesidad de resolver los conflictos de otro modo. Israel pudo resolver muchos de sus miedos y tomó la decisión de volver a estudiar pese a no estar su madre de acuerdo. Alberto comentó haber adquirido muchos recursos en las entrevistas y en la audiencia conjunta que llevaría a la Iglesia para dar lugar a espacios de diálogo barrial (Incluyendo el Ubuntu, con el que quedó muy satisfecho y mencionó que usaría). Carina y Gustavo transmitirían al resto de sus hijos lo que se habló durante la mediación para que ellos puedan comprender la posición de los otros. Finalmente Lorena aceptó de buena manera el Acuerdo alcanzado.

Antes de irse, agradecieron a los mediadores por la oportunidad y el espacio que se les brindó, mencionando la importancia de que éste trabajo se reproduzca en otros ámbitos.

#### 4. ESTADÍSTICA DE CAUSAS ÁREA DE MEDIACIÓN PENAL JUVENIL Y JUSTICIA RESTAURATIVA

##### ÁREA DE MEDIACIÓN, RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS PENALES Y JUSTICIA RESTAURATIVA.

AÑO 2014

Bien Jurídico protegido	Delito	Total Procesos iniciados	Resultado no satisfactorio	Resultado Satisfactorio			Porcentaje
				Mediación	Justicia Restaurativa	Total	
Contra las personas	Lesiones leves	4	1	2	1	3	57,1 %
	Lesiones graves y gravísimas	2	1	1	-	1	
	Lesiones culposas	1	1	-	-	-	
Contra la libertad	Amenazas	2	1	1	-	1	50 %
	Impedimento de contacto	2	1	1	-	1	
Contra la propiedad	Robo agravado	4	2	2	-	2	50 %
Otros delitos	Denuncia	1	-	1	-	1	100 %
Conflicto intra-familiar		1	-	1	-	1	100 %
Extra Judicial		1	1	-	-	-	100 %
<b>TOTAL GENERAL</b>		<b>18</b>	<b>8</b>	<b>9</b>	<b>1</b>	<b>10</b>	<b>55,5 %</b>

2 causas acordadas no homologadas (Homicidio en tentativa; Abuso sexual agravado)

## AÑO 2015

Bien Jurídico protegido	Delito	Total Procesos iniciados	Resultado no satisfactorio	Resultado Satisfactorio			
				Mediación	Justicia Restaurativa	Total	Porcentaje
Contra las personas	Lesiones leves	8	4	4	-	4	42,9 %
	Lesiones graves y gravísimas	3	1	1	1	2	
	Lesiones culposas	3	3	-	-	-	
Contra la libertad	Amenazas	13	6	5	2	7	53,8 %
Contra la propiedad	Robo	2	-	2	-	2	77,8 %
	Robo agravado	6	1	4	1	5	
	Hurto agravado	1	1	-	-	-	
Contra la integridad sexual	Abuso sexual simple	1	-	1	-	1	100 %
Otros delitos	Averiguación de ilícito	3	2	-	1	1	40 %
	Denuncia	2	1	1	-	1	
Conflicto intra-familiar		4	-	4	-	-	100 %
<b>TOTAL GENERAL</b>		<b>46</b>	<b>19</b>	<b>22</b>	<b>5</b>	<b>27</b>	<b>58,7 %</b>

**4 causas devueltas para que se individualice a las partes.**  
(Denuncia (2); Lesiones leves (2))

## AÑO 2016

Bien Jurídico protegido	Delito	Total Procesos iniciados	Resultado no satisfactorio	Resultado Satisfactorio			
				Mediación	Justicia Restaurativa	Total	Porcentaje
Contra las personas	Lesiones leves	19	10	5	4	9	50 %
	Lesiones graves y gravísimas	3	-	2	1	3	
	Lesiones culposas	1	1	-	-	-	
	Abuso de armas agravado	1	1	-	-	-	
Contra la libertad	Amenazas	10	1	8	1	9	90,9 %
	Privación ileg. de la libertad	1	-	-	1	1	
Contra la propiedad	Robo	6	3	3	-	3	33,3 %
	Robo agravado	2	1	1	-	1	
	Hurto	5	4	-	1	1	
	Dañó	4	3	-	1	1	
	Usurpación	1	1	-	-	-	
Contra la integridad sexual	Abuso sexual simple	1	-	-	1	1	100 %
Otros delitos	Averiguación de ilícito	1	1	-	-	-	37,5 %
	Denuncia	7	4	2	1	3	
Conflicto intra-familiar		2	1	1			50 %
Extra Judicial		2	1	-	1	1	50 %
<b>TOTAL GENERAL</b>		<b>65</b>	<b>32</b>	<b>22</b>	<b>11</b>	<b>33</b>	<b>50,8 %</b>

**2 causas devuelta para que se individualice a las partes.**  
(Lesiones leves; Denuncia)

## AÑO 2017

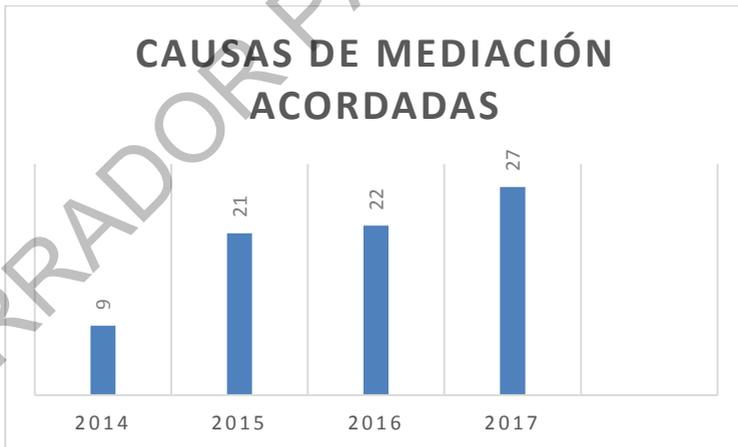
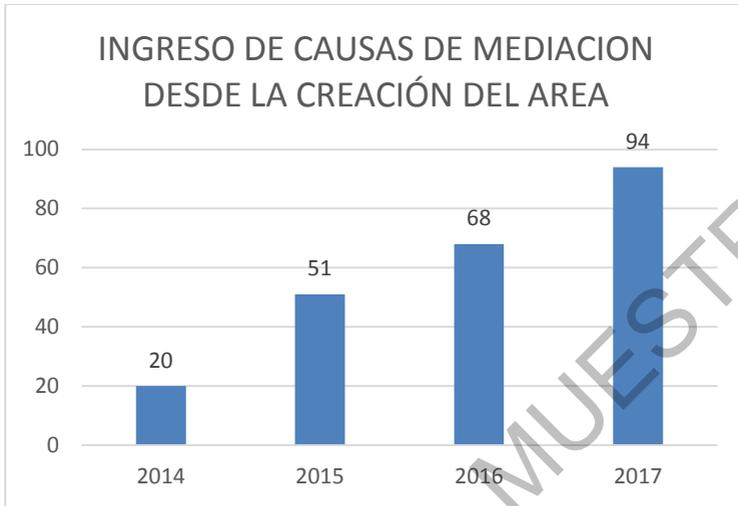
Bien Jurídico protegido	Delito	Total Procesos iniciados	Resultado no satisfactorio	Resultado Satisfactorio			Porcentaje
				Mediación	Justicia Restaurativa	Total R.S.	
Contra las personas	Lesiones leves	22	7	12	3	15	71,4 %
	Lesiones culposas	4	1	1	2	3	
	Homicidio en tentativa	1	-	-	1	1	
	Abuso agravado de arma de fuego	1	-	1	-	1	
Contra la libertad	Amenazas	15	11	2	2	4	31,3 %
	Amenazas agravadas	1	-	-	1	1	
Contra la propiedad	Robo	12	5	3	4	7	46,2 %
	Robo agravado	4	2	1	1	2	
	Hurto	1	1	-	-	-	
	Daño	9	6	-	4	3	
Otros delitos	Comisión de delito de acción pública	1	-	1	-	1	100 %
	Denuncia	5	-	4	1	5	
	Resistencia a la autoridad	1	-	-	1	1	
Conflicto intra-familiar		1	-	1			100 %
Extra Judicial		4	2	1	1	2	50 %
<b>TOTAL GENERAL</b>		<b>82</b>	<b>35</b>	<b>27</b>	<b>20</b>	<b>47</b>	<b>57,32 %</b>

**6 causas devueltas para que se individualice las partes.**

(Lesiones leves (4), Amenazas; Hurto)

**4 causas en trámite:**

- Amenazas (2)
- Lesiones culposas (1)
- Intra-familiar (1)



## CAPÍTULO XI

### LA MEDIACIÓN DEL CONFLICTO PENAL

#### EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

##### CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

#### 1. SISTEMA DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS PENALES EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. GENERALIDADES

Dentro del conjunto de normas que regulan el procedimiento penal en la Provincia de Buenos Aires se encuentra establecido un sistema que posibilita la aplicación de resoluciones alternativas al juicio y dentro de éstas la mediación penal como especie.

Es necesario recordar que la esencia de los sistemas penales se nutre de los virulentos gérmenes de la cultura inquisitiva que históricamente, ha colocado a la víctima en una posición en la que queda alejada de su conflicto. Creemos imprescindible comenzar a repensar alternativas menos violentas, más efectivas y reparadoras que las que se dan en el proceso penal donde solo prevalece la voluntad represiva del Estado encabezada por el Agente Fiscal. Para el logro de tales mecanismos será menester afianzar en el operador jurídico penal la idea de la mediación como método, más altruista y efectivo que la sanción penal, siempre que se encuentren dadas las condiciones objetivas y subjetivas.

## 2. LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE MEDIACIÓN EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

a) *Ley 13.433 Resolución Alternativa de Conflictos Penales (Provincia de Buenos Aires)*

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires se encuentra vigente desde el año 2006 la ley 13.433 que instaura el sistema de Resolución Alternativa de Conflictos Penales, modificada por la Ley 13.943 (promulgada el 15/1/2009). La ley mencionada plantea un sistema que posibilita la solución del conflicto jurídico penal por medio de vías alternativas al sistema penal tradicional. En el primero de los artículos, la ley establece que el Régimen de Resolución Alternativa de Conflictos Penales se implementará en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, disponiéndose su tramitación a través de los criterios especiales de archivo cuya posibilidad está otorgada al Ministerio Público Fiscal (artículos 56 bis, 86 y 87 de la ley 11.922 C.P.P.B.A).

Es decir que, a través de la ley 13.433, se crea la posibilidad de aplicar, en determinados casos y en el ámbito del Ministerio Público Fiscal la gama de resoluciones alternativas al juicio otorgando al Fiscal la facultad de disponer de los criterios especiales de archivo que prevé la ley procesal penal de la Provincia de Buenos Aires.

b) *Ley del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.*

El régimen que implementa la O.R.A.C. (Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos) concreta formalmente una serie de principios que ya tenían recepción en nuestro ordenamiento procesal penal (C.P.P.B.A ley 11.922) y en particular, lo establecido de manera genérica por la ley 12.061, hoy derogada por la ley 14.442 que regula el funcionamiento del Ministerio Público Fiscal y la Defensa.

La reciente ley provincial 14.442 recepta los principios que sostienen la resolución pacífica de los conflictos penales. Así en su art. 49 dispone que: "...El Ministerio Público Fiscal atenderá y

asesorará a la víctima, garantizando sus derechos y facultades establecidos en el Código Procesal Penal, suministrándole la información que le posibilite ser asistida como tal por el Centro de Asistencia a la Víctima. El Ministerio Público de la Defensa podrá entrevistar a la víctima, a fin de evaluar con ella la posibilidad de arribar a los métodos alternativos de canalización del conflicto, autorizados por la legislación, y escucharla en torno del hecho, debiendo dar especial atención, respeto y consideración”. Posteriormente dispone en su art. 52 con respecto a los mecanismos de resolución de conflictos: “... El Ministerio Público Fiscal propiciará y promoverá la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos”.

La actual ley del Ministerio Público vuelve a hacer hincapié en la importancia de utilizar soluciones autocompositivas para resolver el conflicto penal pudiéndose entrevistar a la víctima, disponer de la utilización de métodos alternativos de solución del conflicto diferentes del juicio y por último, archivar poniendo fin al proceso penal.

Dentro de la Sección III esta norma (De la asistencia y protección a la víctima y testigos) establece que la Defensa también puede entrevistar a la víctima a fin de evaluar con ella la posibilidad de arribar a los métodos alternativos de canalización del conflicto autorizados por la legislación y escucharla en torno del hecho, debiendo dar especial atención, respeto y consideración. Cuestión que se encontraba exclusivamente en manos del Fiscal en la anterior ley 12.061.

c) *Ley 13.634 (Responsabilidad Penal Juvenil)*

Con la llegada de la reforma procesal en el ámbito del Derecho de los Jóvenes en conflicto con la ley penal en la Provincia de Buenos Aires, surge también la posibilidad de iniciar procesos restaurativos juveniles, aunque la ley de mediación penal provincial a la que hicimos referencia establece que no será aplicable

cuando las víctimas sean personas menores de edad con las excepciones de las leyes 13.944 y 24.270.

En lo que respecta a los procesos de responsabilidad penal juvenil, la propia legislación establece el principio de remisión, aplicando en consonancia el derecho penal mínimo y los demás tratados internacionales que ponderan el mejor interés del niño (Interés Superior del Niño), cuando dice en su artículo 40: *“Los Agentes Fiscales podrán no iniciar la persecución al niño por la supuesta comisión de un hecho ilícito, o abandonar la ya iniciada, cuando consideren que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del niño. La víctima podrá oponerse a la decisión del Fiscal, ante el Fiscal General Departamental dentro de los diez (10) días de dictada la Resolución”*.

Se establece expresamente la posibilidad de iniciar el procedimiento de mediación (Art. 43 in fine de la ley 13.634), que da lugar a un tratamiento restaurativo en causas graves, si así lo considera necesario.

### **3. CASOS EN QUE PROCEDE LA MEDIACIÓN SEGÚN LO ESTABLECE LA LEY DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS (LEY 13.433)**

La ley taxativamente enumera los casos que pueden ser resueltos mediante las vías conciliadoras. En su art. 6 establece que: *“La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental deberá tomar intervención en cada caso en que los Agentes Fiscales deriven una Investigación Penal Preparatoria, siempre que se trate de causas correccionales. Sin perjuicio de lo anterior, se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento al presente régimen: a) Causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad. b) Causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial. En caso de causas en las que concurren delitos, podrán tramitarse por el presente procedimiento, siempre que la pena máxima no excediese de seis años”*.

Al respecto, la norma pareciera instarnos a utilizar una solución pacífica ante el hecho penal que en abstracto encuadrara en un

delito correccional. Y luego continúa: “*Sin perjuicio de lo anterior, se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento al presente régimen...*” Y en tal punto enumera hechos suscitados con motivo de familia, convivencia o vecindad y los de contenido patrimonial.

Es necesario recordar el concepto dado para definir mediación penal: “*...proceso alternativo o complementario al procedimiento penal, que se da en el contexto de la justicia restaurativa, en el que el autor del acto infractor y quien resulta víctima del mismo -con la intervención de un mediador como tercero imparcial- elaboran un acuerdo reparatorio y compensatorio; mediante una prestación voluntaria del autor a favor de la víctima y/o de la comunidad. Dicho acuerdo se da entre los protagonistas de la trama penal de forma voluntaria, informada, confidencial y aceptada...*”.

Pregonando esto, la mediación penal es susceptible de ser aplicada de forma alternativa o complementaria. De instrumentarse la misma de manera complementaria acompañaría el procedimiento penal sin lograr ponerle fin.

Si analizamos lo que establece la ley de resolución alternativa de conflictos, podemos observar cómo tímidamente nos invita a instrumentar la mediación en aquellos casos donde “sin perjuicio de no ser correccionales”, su origen se da con motivo de familia, convivencia o vecindad o de contenido patrimonial. La idea de estas líneas es pensar en la mediación de forma tal que sea una respuesta presente, aun cuando se llegue a una sanción penal.

Creemos que la norma establece como mediables a priori los delitos correccionales, dando la posibilidad de aplicar la mediación penal de forma complementaria (o alternativa si las partes y el Fiscal así lo decidieran) al proceso cuando la motivación del hecho en análisis se suscite en las circunstancias descriptas.

También hemos hecho referencia a la finalidad que se asienta en el intento de “... recuperar la confianza, credibilidad, eficacia, respetando la diversidad para dar lugar a que la justicia y la paz social se pueden alcanzar por vías complementarias o alternativas al litigio penal, en virtud que la garantía de impartición de justicia

no se limita a la emisión de sentencias sino a la efectiva resolución del conflicto”.

Pensamos que en los casos en que los lazos sociales (vecinales, familiares, patrimoniales) se encuentren rotos por el delito y cuando el hecho no encuadre en los llamados correccionales, podrá aplicarse de manera suplementaria al proceso penal el instituto de mediación.

#### 4. CASOS EN LOS QUE NO PROCEDE

La norma establece expresamente los casos en los que se encuentra vedada la posibilidad de mediar el conflicto, quedando entonces como única respuesta posible el proceso penal:

*“En caso de causas en las que concurran delitos, podrán tramitarse por el presente procedimiento, siempre que la pena máxima no excediese de seis años”.*

En cuanto a este primer supuesto de imposibilidad la norma remite a lo dispuesto por el Código Penal en materia de concurso de delitos, plasmado en el título IX de dicho cuerpo normativo.

Artículo 54: *“Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor”.*

Artículo 55: *“Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos”.*

La ley 13.433 en este sentido resulta clara: *“...En caso de causas en las que concurran delitos, podrán tramitarse por el presente procedimiento, siempre que la pena máxima no excediese de seis años...”.* Es decir que, tanto cuando una única conducta típica encuadre en más de un tipo penal (concurso ideal), como cuando concurran varios hechos independientes entre sí (concurso real) podrá aplicarse el procedimiento de mediación siempre y cuando la pena máxima

(o suma de los máximos en el caso del concurso real) no exceda los 6 años de prisión.

Finalmente la ley de resolución alternativa de conflictos penales establece: “...no procede la mediación penal en aquellas causas que:

a) La o las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las Leyes 13.944 y 24.270.

b) Los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública.

c) Causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 – Delitos contra la vida), Título 3 (Delitos contra la integridad sexual), Título 6 (Capítulo 2 – Robo).

d) Título 10 (Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional): “...No se admitirá una nueva medición penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en un trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de cinco años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflictos penal en otra investigación.”

Sin perjuicio de la procedencia de la mediación conforme se encuentra previsto la ley invita al Ministerio Público a unificar los criterios, estableciendo: “...A los fines de garantizar la igualdad ante la ley, el Ministerio Público deberá arbitrar mecanismos tendientes a unificar el criterio de aplicación del presente régimen”.

##### 5. ¿QUIÉN PUEDE PETICIONAR LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL?

La ley 13.433 establece que el sistema de resolución alternativa de conflictos se implementará en el ámbito del Ministerio Público, siendo el Fiscal el encargado de derivar el caso que será abordado por el procedimiento de mediación. Considerando el proceso como el medio de debate entre partes iguales frente a un tercero imparcial, la postura legislativa adoptada sería un tan-

to objetable por cuanto continúa vigente la primacía del Fiscal por sobre la Defensa.

Es necesario distinguir que, con posterioridad al momento de elevar los fundamentos que hicieron al proyecto de ley 14.442 que finalmente derogó la ley 12.061 (del Ministerio Público) se han resaltado cuestiones relacionadas con la igualdad de las partes. Así se ha dicho: “... *la dependencia actual del Ministerio Público de la Defensa al Ministerio Público Fiscal, vulnera la estructura democrática y republicana, establecida por los artículos 5, 16, 18, 120 de la Constitución Nacional, los Pactos Internacionales incorporados a ella por su artículo 75 inciso 22 y por nuestra propia Constitución Provincial y su Código de Procedimiento Penal (artículos 1 y concordantes)*”. “... *Resulta inconveniente la situación de subordinación que sufre la Defensa Oficial, agravada porque en un proceso de por sí acusatorio, es el Fiscal el que tiene más facultades que la Defensa. Por lo tanto se pone en riesgo el principio de bilateralidad procesal, pudiendo brindar a la persona que no cuenta con un letrado particular como se puntualizó anteriormente...*”.

Pensemos en formular una reforma dentro de la ley 13.433 de resolución alternativa de conflictos penales, coherente con la actual ley de Ministerio Público, para salvar la desigualdad procedimental de las partes ínsita en la ley actual, estableciendo además que la O.R.A.C. tenga una existencia independiente de las partes que ocupan el rol de la acusación y defensa en el proceso penal.

Conforme el texto de la ley 13.943 el procedimiento de resolución alternativa de conflicto podrá ser requerido por el Agente Fiscal de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes o de la víctima, ante la Unidad Funcional. Es decir que, en caso de procedencia, son las demás partes las que también pueden pedir la mediación, elevando tal pedido al Fiscal quien, si lo entiende apropiado, derivará el caso a la O.R.A.C.

Si bien por ley las demás partes diferentes del Fiscal pueden requerir, la mediación, lo cierto es que conforme el art. 8 de la ley 13.433 es solo el acusador quien evalúa si corresponde la remi-

sión de la causa a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos dependiente del M.P.F. Entendemos necesario resaltar el sentido del último párrafo del art. 6 que dispone: “... a los fines de garantizar la igualdad ante la ley, el Ministerio Público deberá arbitrar mecanismos tendientes a unificar el criterio de aplicación del presente régimen...”

La ley que organiza el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa ha venido a echar luz en la cuestión, salvando la veda que dispone que solamente el Fiscal sea quien puede entrevistar a la víctima.

Con un plexo normativo que, interpretado armónicamente, viabiliza que ambas partes evalúen con la víctima la posibilidad de arribar a un método pacífico de solución del conflicto, es necesario que se alienten mecanismos efectivos para la consolidación de la justicia restaurativa en materia penal. Es ineludible que se implementen e instauren políticas públicas que agilicen estos mecanismos de resolución de conflictos, apostándose a la constante capacitación de los operadores jurídicos ya que de ellos dependerá el éxito de esta forma de administrar justicia.

## 6. CONCLUSIONES FINALES

En la actualidad provincial en materia de mediación y considerando el avance legislativo, creemos que es de vital importancia “escuchar” a la víctima y actuar “preferentemente” conforme su posición, salvaguardando siempre que su decisión sea asumida con total libertad.

La mediación puede no ser la vía óptima para resolver el conflicto penal por las propias características de las partes o del hecho penal en sí. Pero en tal caso, creemos que no debería ser la norma la que limita la posibilidad de arribar a un acuerdo entre las partes, sino que éstas deberían ser las únicas encargadas de decidir intentar arribar a una solución diferente o complementaria de la punición penal.

A las partes les pertenece el conflicto y son éstas las que deben solucionarlo, siempre y cuando posean las características para participar de la mediación. Será necesario, en algunos casos, la implementación de articulaciones interdisciplinarias que permitan evaluar con extremo cuidado las capacidades subjetivas de las personas para participar de este especial procedimiento.

Si la víctima deseara perdonar a su victimario, si le fuere ofrecida una reparación adecuada (pecuniaria o no) y accediese a resolver alternativamente el conflicto por medio de un acuerdo de partes -mucho más racional que la salida punitiva- no encontramos motivo plausible que justifique impedirle disponer de su conflicto en aras de arribar a una solución más gratificante para su persona y por ende, pacificadora.

Asimismo, es necesario recordar que la postura de alentar estos mecanismos pacíficos, no implica excluir el sistema penal, sino que ambos pueden convivir de forma alternativa y/o paralela. Si el proceso de mediación se da de forma complementaria al proceso penal, ¿por qué razón deberíamos limitar en forma radical el catálogo de delitos mediables?

En la provincia de Buenos Aires, tanto dentro de la norma general que regula la actividad del Ministerio Público como la de resolución Alternativa de Conflictos Penales, se promueve un sistema que puede superar con efectividad la deficiencia del sistema penal. Solo será efectivo en tanto y en cuanto los operadores jurídicos dispongan de los mecanismos para que la letra de la ley no sucumba. La ley resulta ser el expreso reconocimiento que nace del hecho de recordar que el sistema penal es incapaz de procesar todos los conflictos que se suscitan en la sociedad de manera efectiva pero que, sin embargo, deben tener alguna respuesta para contribuir a la pacificación y la coexistencia social.

El art. 56 bis del C.P.P.B.A. establece un criterio especial de archivo que impone algunas condiciones similares a los medios conciliatorios -composición con la víctima o la reparación del daño causado- sin perjuicio de lo cual no se trata de una mediación ni de una conciliación en sentido estricto, sino de un "crite-

rio de oportunidad” que depende más de la discrecionalidad del representante del Ministerio Público que de la actividad de las partes.

El Instituto de Mediación ha sido engendrado con un positivo espíritu de pacificación social y altruista, que caracteriza a los medios conciliatorios de resolución del conflicto.

BORRADOR PARA MUESTRA 3

BORRADOR PARA MUESTRA 3

## CAPÍTULO XII

### MEDIACIÓN EN EL ÁREA PENAL

#### PANORAMA LEGISLATIVO NACIONAL

##### 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los capítulos precedentes, se ha abordado la justicia penal incorporando en su desarrollo conceptos íntimamente vinculados con la idea de justicia restaurativa, incluyendo dentro de la restauración a la mediación en el área penal, por entender que siendo la máxima expresión que la compone por su función propedéutica es capaz de incluir no solo a las partes sino a la comunidad toda.

Aunque quizás con una casuística acotada, la legislación nacional y provincial ha ido incorporando poco a poco la mediación como una respuesta alternativa al tradicional proceso penal. Es necesario profundizar los conocimientos sobre la materia, intercambiar las experiencias que son fruto de la justicia restaurativa y la mediación del conflicto penal apostando de manera certera y entusiasta al cambio de paradigma en pos de ir sustituyendo en la medida de lo posible, una justicia que peca por la poca participación de los contendientes, en favor de una justicia más democrática, ejemplificadora y resocializadora.

El presente capítulo dará un panorama de la situación legislativa en materia de mediación del conflicto penal a nivel nacional. Como fuente principal para su desarrollo se ha utilizado el mapa elaborado por la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia, en el

cual a través de la página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se publica la actualización de la legislación vigente.

Al momento de presentar el mapa on line de situación sobre los diversos métodos de acceso a la justicia implementados en el ámbito del Poder Judicial de la República Argentina elaborado por la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia, la Dra. Elena Highton de Nolasco ha hecho hincapié en la necesidad de evitar la sinonimia entre conflicto y litigio. De esta manera, acceso a justicia no implica acceso a una sentencia, significa acceso a una resolución del conflicto en forma rápida y poco costosa, no solo en dinero sino también en tiempo, esfuerzos y energías.

Dicho mapa fue elaborado por la Comisión Nacional de Acceso a Justicia que presidió la doctora Highton e integraron jueces nacionales, federales y provinciales de todo el país. Una política de justicia debe brindar a todos los ciudadanos la posibilidad de protección de sus propios derechos, pero no necesariamente a través de la vía jurisdiccional.<sup>48</sup>

*“Es necesario diseñar y alentar una protección accesible, plural y heterogénea, y no es menester —a veces ni siquiera conveniente— que sea a través del Poder Judicial como tal. Los jueces deben asumir y cumplir un rol central y protagónico en la promoción del acceso a justicia. El hecho de que se esté hablando de métodos alternativos de resolución de conflictos no significa que los jueces queden al margen de esta tarea. Es imprescindible que desde el Poder Judicial se promuevan programas que brinden la posibilidad a todas las personas por igual de acceder al conocimiento, al ejercicio y la defensa de sus derechos. El principal objetivo de la Comisión es la implementación de políticas públicas para promover e incentivar el acceso a justicia, con el fin de disminuir la litigiosidad judicial y mejorar el servicio de justicia profundizando la inserción de métodos alternativos de resolución de conflictos”.*

---

<sup>48</sup> Disponible on line <http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/mapa.do>

## 2. SITUACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE MEDIACIÓN EN EL ÁREA PENAL EN LA REPUBLICA ARGENTINA

### 2.1. JUSTICIA NACIONAL

El Código Penal Nacional estipula dos tipos de procedimientos que comprenden la posibilidad de aplicación del sistema restaurativo posibilitando la extinción de la acción penal. El primer supuesto se corresponde con la Suspensión del Juicio a Prueba previsto por el art. 76 *bis, ter y quáter* del C.P. En dicho texto resulta imprescindible convocar a la víctima quien tendrá la posibilidad de ser oída respecto al resarcimiento del daño. Para el caso de aceptar el ofrecimiento que hiciera el imputado, se considera vedado el ejercicio de la acción civil que justamente nace como consecuencia del injusto penal. El art. 293 del C.P.P.N., dispone que la suspensión del juicio a prueba se habrá de ventilar en una audiencia a la que convocarán a las partes, las que podrán expresar sus pretensiones.

La conciliación aparece con el reclamo respecto de la acción privada donde el Código Procesal Penal de la Nación dispone la citación judicial obligatoria a una audiencia (art. 424 del C.P.P.N.) pudiendo entablarse la conciliación entre las partes. De manera paralela ha existido una experiencia piloto, aplicando el instituto de mediación en el área penal. Se inició un trabajo por parte de juzgados en lo correccional de la Capital Federal donde fueron sometidos ciertos procesos a la mediación que llevaban adelante los mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación. Una acordada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal impidió la prosecución de esta experiencia. En la actualidad la normativa interna ha sido modificada, pero la decisión de proponer a las partes la vía de la mediación queda librada de manera exclusiva al arbitrio del juez de la causa.

## 2.2. CIUDAD DE BUENOS AIRES

Por Resolución de Presidencia N° 105/2013, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha creado el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos que depende del plenario de Consejeros. Dicha resolución creó también el Cuerpo de Abogados Mediadores y el Equipo Interdisciplinario, ambos dependientes de dicho centro. La estructura organizativa que lleva adelante la gestión cuenta con un Presidente Coordinador quien es elegido por el plenario, una Dirección y tres Departamentos. Con la creación de este centro el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires se ha propuesto dar un nuevo impulso a la Mediación como también a los Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos, jerarquizando la prestación de estos servicios al ciudadano como así también la tarea de los equipos de trabajo antes mencionados. Presta servicios a Fiscalías y Juzgados del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires.

La Normativa con que cuenta la Ciudad de Buenos Aires en lo concerniente a mediación es la que se detalla:

Código Contravencional y de Faltas; ley 1.472, art. 41.

Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; ley 2.303, Título IX,

Capítulo 1, art. 204 (texto según art. 1° de la ley 2.452).

Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; ley 2.451; Título VIII; Capítulo I, arts. 54 a 74.

### 2.3. PROVINCIA DE BUENOS AIRES <sup>49</sup>

La Constitución Provincial en su artículo 174 prevé el establecimiento para causas vecinales y de menor cuantía de un procedimiento predominantemente oral, que garantice inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad y economía procesal. Tal intención constitucional fue atendida por la ley 11.922 dando soporte normativo a experiencias de mediación penal que sirvió de antecedente a la sanción de la ley 13.433 que instaura el régimen de resolución alternativa de conflictos penales en el ámbito del Ministerio Público, a través de dos procedimientos: la mediación y la conciliación.

Instaurada la reforma procesal en el ámbito del Derecho de los Jóvenes en conflicto con la Ley penal, la Provincia de Buenos Aires se alinea con los tratados internacionales con rango constitucional, surgiendo la posibilidad de iniciar Procesos Restaurativos Juveniles.

La propia legislación específica del fuero en la ley 13.634 establece el principio de remisión, en consonancia con el principio rector, al establecer el derecho penal mínimo y el mejor interés del niño (Interés Superior del Niño), cuando dice: art. 40:“Los Agentes Fiscales podrán no iniciar la persecución al niño por la supuesta comisión de un hecho ilícito, o abandonar la ya iniciada, cuando consideren que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del niño. La víctima podrá oponerse a la decisión del Fiscal, ante el Fiscal General Departamental dentro de los diez (10) días de dictada la Resolución.”

Dotando asimismo la posibilidad planteada por el art. 43, que da lugar a un proceso de mediación penal, aún en causas donde devendría la posibilidad de aplicar la prisión preventiva si se siguiera un proceso ordinario.

---

<sup>49</sup> El análisis más acabado de la situación sobre la materia en la provincia de Buenos Aires ha sido tratado en el capítulo anterior.

## 2.4. CATAMARCA

En el año 2009 tomó estado parlamentario un proyecto de ley del Frente Cívico y Social, el cual buscaba instaurar en la provincia el procedimiento de la mediación para resolver ciertos tipos de conflictos en el ámbito penal.

En Octubre del 2014 se instituyó en todo el ámbito de la Provincia de Catamarca la utilización, promoción y desarrollo de la instancia de mediación con carácter voluntario, como método no adversarial y de justicia participativa, para la resolución de conflictos cuyo objeto sea materia disponible por los particulares en el ámbito judicial en los fueros Civil, Comercial y de Familia y de Mediación Penal, declarándose de interés público provincial. El fundamento sostiene entre sus argumentos: *"El presente Instituto tiene como objetivo inmediato generar un clima de paz, mitigar la litigiosidad, y atenuar los efectos de la mora judicial"*.

## 2.5. CÓRDOBA

La provincia de Córdoba no cuenta con la regulación para la mediación penal en la totalidad de los delitos, sino solo en los de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, impedimento de contacto y delitos privados (por remisión judicial).

Su abordaje se realiza en el ámbito del Centro Judicial de Mediación, sin intervención del funcionario o magistrado actuante. En materia procesal penal no existe la aplicación por parte del ministerio Público Fiscal del principio de oportunidad, resultando un impedimento para la aplicación de la mediación en todos los casos penales por delitos de menor entidad.

Son regulados expresamente los casos de acciones civiles en el proceso penal, donde si se realiza un acuerdo, se remite al magistrado quien da por concluida la acción civil. En cuanto a la penal, generalmente la somete a "probation".

La provincia cuenta con un Programa de Mediación que se encuentra coordinado por la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia (Senaf), trabajando con niños y jóvenes en causas derivadas por los Juzgados de Menores en lo Correccional.

## 2.6. CORRIENTES

A mediados de la década del '90 en la provincia de Corrientes se ha dado una experiencia piloto y habiéndose comprobado los beneficios de la misma se ha decretado en el año 1996 (Dec. 1301) la creación del Centro de Mediación, el Cuerpo de Mediadores y la Escuela de Mediación (dependientes todos del Poder Ejecutivo), que funcionaron como conexión con los Tribunales de la primera circunscripción judicial. Tan positiva ha resultado la experiencia que el 21 de noviembre de 2002 se sancionó la ley de Mediación 5.487, que crea el Centro Judicial de Mediación en el ámbito de la provincia, con dependencia del Superior Tribunal de Justicia, para las cuestiones civiles y comerciales.

Con posterioridad se sancionó la ley 5.931 que incorporó al proceso de mediación la posibilidad de incluir voluntariamente las causas penales por delitos de acción privada y delitos de acción pública en los que pudiera resultar aplicable algún criterio de oportunidad.

Se excluyen los delitos de acción pública no alcanzados por criterios de oportunidad y en general, todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o que resulten indisponibles para los particulares (art. 3). Prevé la obligatoriedad de asistencia letrada y la participación de los representantes legales en el caso de menores imputados. Al terminar el proceso de mediación, celebrado o no el acuerdo, se remite lo actuado al expediente. Es el Juez quien controla el cumplimiento de lo pactado, caso contrario la causa penal continúa su curso.

La mediación penal posee carácter voluntario y solo se puede realizar en sede judicial con profesionales inscriptos en el registro de mediadores penales. El Centro de Mediación es parte del Poder Judicial, siendo director del mismo un Ministro del Superior Tribunal de Justicia. Es precisamente por ser un ministro del alto cuerpo quien supervisa la instancia, que se evidencia la responsabilidad y grado de participación en la eficacia de la difusión y aplicación de este método alternativo.

## 2.7. CHACO

La ley 4.989/01 que instaura la mediación penal vigente desde el mes de septiembre del año 2002, establece la posibilidad de aplicación para todos los delitos que prevean una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como así también inhabilitaciones, multas y contravenciones. Se desarrolla en el ámbito del Centro Público de Mediación y sin intervención del funcionario o magistrado actuante.

A pesar de la limitación expresa para ser aplicada la mediación en el resto de los delitos con penas mayores, una vez atribuida la responsabilidad o dictada la sentencia condenatoria, las partes podrán solicitar al tribunal o juez de ejecución, la aplicación de este procedimiento, previa aceptación del fiscal, la víctima o el querellante. El juez remitirá el conflicto a mediación penal.

La limitación a mediar se reserva únicamente al autor que no hubiere celebrado más de dos acuerdos de mediación en hechos cometidos con anterioridad, de los que se excluyen los delitos culposos.

Se requiere para su homologación que sea fundado por auto de juez competente.

## 2.8. CHUBUT

La ley XIII 13 ha sido proyectada por el Superior Tribunal de Justicia ante la Legislatura y se transformó en Ley Provincial de Mediación 4.939, actualmente ley XIII 13, conforme el Digesto Jurídico de la provincia de Chubut. Esta ley establece, en su breve articulado, la creación del Servicio Público de Mediación y el Registro Provincial de Mediadores, ambos bajo dependencia del Poder Judicial.

Los aspectos más trascendentes de esta ley son:

- La creación del Registro Provincial de Mediadores, en el ámbito del Superior Tribunal de Justicia.
- La creación del Servicio Público de Mediación del Poder Judicial.
- La admisión de la interdisciplina (con necesaria participación de un co-mediador abogado en toda mediación que lleve adelante un mediador de otra profesión).
- La reglamentación de la ley mediante acordada y resoluciones del S.T.J.

Con la reglamentación de la ley se creó la Dirección de Mediación del Poder Judicial que tiene a su cargo el Registro Provincial de Mediadores y es responsable del Servicio Público de Mediación. El mismo se presta a través de las Coordinaciones de Mediación existentes en las siguientes localidades: Trelew, Esquel, Puerto Madryn y a partir de 2010, Rawson. Se encuentra al momento de escribir este capítulo prevista la próxima apertura en la ciudad de Comodoro Rivadavia.

Cuando las Oficinas del Servicio Público de Mediación reciben un caso, por derivación o presentación espontánea, se analiza la mediabilidad del asunto y aceptado, se cita a las partes por separado a entrevistas de pre-mediación. A través de ellas, los futuros participantes toman conocimiento de la propuesta para solucionar el conflicto a través de un proceso diferente, dentro del sis-

tema judicial. La inclusión de esta entrevista de pre-mediación singulariza la mediación que se desarrolla en el Poder Judicial de la provincia ya que provee al ciudadano de los elementos para conocer el sistema, lo que le permite decidir sobre su participación y al entrevistador, de los datos que contribuyan a planificar pasos posteriores adecuados a las circunstancias del caso.

De obtenerse la conformidad, se conviene con los participantes el día y la hora de la primera reunión de mediación. El consentimiento informado comienza a manifestarse en la entrevista de pre-mediación. Los encuentros se realizan de acuerdo a las necesidades de los participantes, en el horario corriente de atención, o bien en horario vespertino. A posteriori se convoca a dos mediadores externos al Poder Judicial, uno de los cuales indefectiblemente es abogado. Para esto se recurre al listado que integran los interesados en desarrollar tareas en el Servicio Público de Mediación.

El Servicio Público de Mediación atiende casos que provienen, en su mayoría, de otras dependencias del Poder Judicial: Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa, Juzgados de Paz, Juzgados de Ejecución, Civiles y Comerciales, de Familia, Laborales y Oficinas Judiciales (procesos penales). También es significativa la demanda espontánea.

El Superior Tribunal de Justicia establece los requisitos que deben reunir los aspirantes a inscribirse en el Registro de Mediadores, los impedimentos para la convalidación de la matrícula y su consecuente permanencia, suspensión o separación, como asimismo los deberes que los mediadores deberán observar en su práctica profesional, incluyendo la creación del Tribunal de Ética.

## **2.9. ENTRE RÍOS**

En el marco del nuevo Código Procesal Penal, la provincia de Entre Ríos en el año 2009 inaugura en el Departamen-

to de Concordia la primera Oficina de Mediación Penal perteneciente al Poder Judicial.

De esa manera, pretendiendo adecuar la actual normativa al nuevo sistema penal acusatorio vigente en todo el territorio de la Provincia, Entre Ríos tiene un nuevo marco legal en Mediación Penal, aprobado en Acuerdo General N° 33/14 del 22 de octubre del 2014.

Los casos sometidos a mediación son aquellos donde el Fiscal de la Unidad de Salidas Tempranas evalúa conveniente derivar el legajo a la Oficina de Mediación, considerando solo las causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad y con conflictos patrimoniales.

Se prohíbe la implementación del método en causas de delitos graves o en los que las víctimas resultan ser personas menores de edad (con excepciones explícitamente consignadas). Tampoco se permite en los casos en los que los imputados son funcionarios públicos y han cometido el hecho en ejercicio de su función; en las causas dolosas previstas en el Código Penal y en delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional.

No puede ser parte el autor del acto infractor que haya incumplido un acuerdo anterior. Y en aquellas causas en las que el denunciado ya hubiere sido beneficiado con otro acuerdo relacionado con idéntica índole de conflicto, contra él o los mismos damnificados, será el Agente Fiscal el encargado de merituar si corresponde otorgar nuevamente este tipo de medidas.

La Oficina de Mediación es la que elabora un Registro de Resoluciones Alternativas de Conflictos. Cuando se arriba a un acuerdo antes de la apertura a prueba, las actuaciones se archivan. En tanto que si el imputado ya ha sido citado a declarar, se pide al sobreseimiento al Juez de Garantías. Y en los casos en que se acuerde alguna obligación entre las partes intervinientes, el legajo es reservado para su posterior control y seguimiento. En caso de incumplimiento continúa el proceso ordinario previsto en el nuevo Código.

## **2.10. FORMOSA**

Por resolución del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa -Acordada 2612/10- comenzó a funcionar en la ciudad de Formosa el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos, con el objetivo de brindar un espacio que permita la resolución de conflictos sin recurrir al proceso judicial. La medida pretende optimizar el concepto de "acceso a justicia" a través de la implementación de los llamados "métodos alternativos de solución de conflictos", con la finalidad de ajustar la oferta institucional al requerimiento de la comunidad.

## **2.11. JUJUY**

En noviembre de 2009 se sancionó un nuevo Código Procesal Penal. Contempla el principio de oportunidad y autoriza al fiscal a cerrar una causa luego de una mediación siempre que el delito no encuadre en hechos contra la integridad sexual y la vida y no tenga una pena máxima superior a seis años de prisión.

## **2.12. LA PAMPA**

En la Provincia de La Pampa, el Superior Tribunal de Justicia (Resolución N° 412/12 S.L.), creó la "Oficina de Mediación Penal". En la circunscripción de Santa Rosa se asignó a los Juzgados de Instrucción y Correccional y de la Familia y el Menor tareas complementarias relacionadas con la mediación, las que se han sumado a las funciones inherentes a cada una de las judicaturas. A partir de ello, se ha registrado un importante incremento de derivaciones de casos para ser resueltos a través de la mediación, demostrándose así la necesidad de crear una oficina especializada.

### 2.13. MENDOZA

En febrero de 2008 se inauguró el Area Penal del Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial. El marco teórico de la mediación en el ámbito penal recepta aportes de la justicia restaurativa, la victimología y el derecho penal mínimo. El sustento legal está dado por el principio de oportunidad y el conjunto de derechos reconocidos a las víctimas, plasmados en el Código Procesal Penal de la provincia. Se realizan en el ámbito de toda la provincia mediaciones derivadas de la justicia correccional, contravencional y de jóvenes y adolescentes. Los fiscales y/o jueces, por iniciativa propia o a pedido de parte, derivan los expedientes para ser admitidos en el Area Penal. En caso de ser admitidos, las partes involucradas son invitadas a participar, siendo informadas de las características del dispositivo, especialmente sobre la voluntariedad, reserva e imparcialidad del mismo. Es imprescindible que los participantes presten su consentimiento informado, para lo que resulta indispensable la posibilidad del asesoramiento jurídico. Los equipos de mediación son interdisciplinarios.

### 2.14. MISIONES

El 29 de octubre de 2009, es sancionada la ley provincial XII – 19 “De Resolución Alternativa de Conflictos” que instituye en la provincia de Misiones los métodos de resolución alternativa de conflictos, en los ámbitos extrajudicial, prejudicial e intraprocesal. El servicio de resolución alternativa de conflictos puede ser prestado por instituciones públicas o privadas. La mediación puede implementarse en los siguientes casos: “... *causas derivadas del fuero penal en las que estén involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes cuyo accionar se encuentre en conflicto con la ley penal y en causas contravencionales...*”.

## 2.15. NEUQUÉN

En el marco de la Reforma Procesal Penal, se ha establecido la resolución alternativa de conflictos, como una de las herramientas necesarias para un adecuado manejo de los conflictos penales.

Es por ello que, además de incluirse expresamente la mediación y conciliación en el nuevo C.P.P. ley 2.784, que entró en vigencia en enero de 2014, se dictó una ley complementaria de mediación (Ley 2.789), para comenzar a utilizar el instituto de manera anticipada a la entrada del C.P.P. y brindar pautas generales sobre la misma.

En diciembre de 2000 comenzó a funcionar la justicia penal juvenil prevista en la ley provincial 2.302. La misma determina la plena vigencia de los principios constitucionales y tratados internacionales referidos y crea la Justicia Penal del Niño y el Adolescente para intervenir cuando un joven menor de 18 años de edad infringe la ley penal. Esta ley dispone en materia penal, el funcionamiento de un sistema acusatorio con la investigación a cargo de la fiscalía, en el que la promoción de la acción por parte del Fiscal es condición de validez del proceso penal, facultándose a este funcionario a hacer uso de un criterio de oportunidad (art. 64) y autorizándolo, bajo ciertas condiciones, a optar por promover la acción o solicitar el archivo de las actuaciones, pudiendo invocar el resultado favorable de una mediación que haya logrado una composición del conflicto.

En marzo de 2002, desde la fiscalía de Delitos Juveniles se requirió al fiscal ante el Tribunal Superior de Justicia que se implementara un Programa de Mediación Penal Juvenil, presentándose un proyecto de reglamentación en el que se fundamentaba la necesidad de poner en vigencia ese aspecto de la ley, el que fue aprobado por resolución 6/2002 de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia. En el marco de un acuerdo firmado entre el Tribunal Superior de Justicia y el Ministerio de Gobierno, se inició el programa con mediadores pertenecientes a este organismo del

Poder Ejecutivo, pero que prestan servicios en el ámbito de la Fiscalía de Delitos Juveniles. Actualmente se compone de cuatro mediadores: un docente, una asistente social y dos abogados. “Mediación Penal” es una simplificación, ya que estrictamente en la provincia de Neuquén se utilizan distintas técnicas de resolución alternativa de conflictos, dependiendo de las características del caso y de los involucrados.

Características del programa: Cuando la fiscalía selecciona el caso para mediación, remite los antecedentes al programa requiriendo que se inicie esta instancia y notifica en ese mismo momento al defensor penal del joven. Si la víctima o el imputado desean que su caso pase a una instancia de mediación, podrán presentarse y solicitarlo ante la Agencia Fiscal. Se entiende que si el Fiscal se opone a que el caso vaya a mediación, el afectado puede recurrir al Juez de Garantías para que resuelva sobre la razonabilidad de la decisión adoptada.

El sistema de mediación Penal Juvenil establecido es:

Voluntario: Se invita a la víctima y al imputado a participar. Si no aceptan no hay ninguna consecuencia excepto la continuación del proceso.

Gratuito: Como se señalara, el servicio es brindado por profesionales de la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos que, si bien depende del Poder Ejecutivo, por un convenio firmado con el Poder Judicial funciona anexo a la Agencia Fiscal de Delitos Juveniles, en el edificio de la Justicia Penal del Niño y el Adolescente.

Prejudicial: El sistema vigente en la Justicia Penal de la Niñez y Adolescencia de Neuquén es acusatorio, es el Fiscal quien investiga y quien decide si lleva o no un caso a juicio, encontrándose facultado para aplicar criterios de oportunidad. La decisión del Fiscal de enviar el caso al Programa de Mediación implica que, en principio, el Ministerio Público está dispuesto a renunciar al ejercicio de la acción si el resultado es favorable, facultad que le reconoce el art. 64 de la Ley Provincial 2.302.

Si bien existe una mínima intervención del Ministerio Público, es prejudicial dado que ante el resultado favorable, el caso se archiva antes de que realmente se ejerza la acción.

Multidisciplinario: la mediación es llevada a cabo por un equipo de mediadores que pertenecen a distintas ramas de las ciencias sociales, todos ellos con especialización en mediación.

Aceptar este método no implica asunción de responsabilidad por parte del joven ni reconocimiento alguno de la víctima. Para garantizar esto a los intervinientes, firman un convenio de confidencialidad que impide que lo manifestado pueda ser mencionado fuera del ámbito o que los mediadores puedan ser convocados como testigos en otras instancias de orden civil o penal. El plazo para concluir la mediación es de 30 días a partir de la notificación del joven, prorrogable por otros 30 en caso de que la Oficina así lo solicite. El seguimiento es realizado por el mismo Programa, con control por parte de la víctima y eventualmente, algún agente comunitario (escuela, iglesia, servicio de salud, comisión vecinal) si el caso lo amerita.

## **2.16. RÍO NEGRO**

En el año 2005 se aprobó en la provincia de Río Negro la ley 3.987 que instituyó la mediación penal con carácter voluntario, como método alternativo de resolución de conflictos, en los delitos comprendidos en el artículo 180 ter, incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal, excepto en los dependientes de instancia privada cuyas víctimas sean menores de dieciséis (16) años. La mediación penal también podrá aplicarse a la justicia contravenacional. El Agente Fiscal tiene la facultad de aconsejar, solicitar o aceptar la derivación del caso a mediación, oportunidad en la que requerirá la intervención del Centro de Mediación respectivo.

### **2.17. SAN JUAN**

En virtud de lo que prevé la ley 7.454, que rige en la provincia desde el año 2003 se encuentra instituida la práctica de mediación como método de resolución autocompositiva de conflictos en los ámbitos comunitario, escolar, judicial y extrajudicial. Los delitos de acción pública se encuentran vedados para ser abordados a través de la mediación, salvo en acciones civiles derivadas del delito que tramiten en sede penal en cuyo caso se aplicará procedimiento de mediación. En causas penales donde el actor civil accione se podrá utilizar solo en el aspecto civil y una vez vencidos los términos de la oposición a la constitución del mismo, sin que ello implique suspensión de término alguno (art. 13, ley 7.454).

### **2.18. SANTA FE**

En la provincia de Santa Fe la mediación penal es un servicio público que surgió como alternativa a la respuesta tradicional. Su función es intentar que los participantes solucionen los conflictos, con la ayuda de un tercero neutral, experto en la materia, quien los acercará facilitando el diálogo. Tal método está dirigido a todas aquellas personas que voluntariamente deseen solucionar un conflicto en forma activa y personal, sin la intervención directa del sistema judicial tradicional.

En la actualidad, funcionan las Oficinas de Mediación Penal en los Centros de Asistencia Judicial (C.A.J) de las ciudades de Rosario, Santa Fe, Vera, Tostado, Reconquista y en las Agencias de Gestión de Mediación (AGEM) de las ciudades de Rafaela y Venado Tuerto.

La mediación penal, prevista en el Código Procesal Penal de Santa Fe, organiza dos sistemas de mediación. Por un lado uno gratuito con mediadores funcionarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otro pago a través de un Registro que lleva dicho Ministerio, de abogados mediadores y con honorarios a cargo de la víctima y victimario. Este Código implementa por

primera vez en la provincia el juicio oral y el principio de oportunidad para cierto tipo de delitos.

La ley 12.912 ha incorporado al texto del Código Procesal Penal los “criterios de oportunidad” o de “disponibilidad de la acción penal” donde se prevé que el Ministerio Público no promueva o prescinda total o parcialmente de llevar adelante la acción penal. Es posible entonces, aplicar el criterio de disponibilidad en los casos en que “exista conciliación entre los interesados y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad”.

Se podrá aplicar el principio de oportunidad cuando exista conciliación para los siguientes delitos: hurto (art. 162 C.P.), robo cometido únicamente con fuerza en las cosas (art. 164 C.P.), abigeato simple (art. 167 ter C.P.), las conductas defraudatorias (arts. 172 a 180 C.P.), la usura (art. 175 bis C.P.), la usurpación (art. 181 C.P.), el daño -simple o calificado- (arts. 183 y 184 C.P.). Otra posibilidad de implementación del instituto deberá considerarse en aquellos casos que involucren delitos culposos, lesiones leves (aun cuando fueran dolosas), o en casos de amenazas o de violación de domicilio. Procederá la aplicación del criterio de oportunidad cuando “exista conciliación entre los interesados y el imputado, en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad”.

En la provincia de Santa Fe se han implementado los procesos de mediación, luego de la reforma legislativa y mediante la Resolución N° 57 de fecha 11.2.2009 emanada del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dependiente del Poder Ejecutivo provincial.

## 2.19. SALTA

Incorporada en el Código Procesal Penal, en los arts. 235 y 236 que establecen los alcances y efectos de la mediación. Será el fiscal el que tendrá la potestad de recurrir a este método de oficio o a petición de las partes, con la intervención de un mediador oficial del Ministerio Público.

El art. 235 del Código Procesal de Salta dispone que *“El Fiscal podrá, de oficio o a petición de partes, someter el conflicto a mediación. En este caso, el Fiscal dará intervención a un mediador oficial del Ministerio Público, tanto para la solución del conflicto como para el control posterior del cumplimiento del acuerdo. La mediación no procederá en los siguientes casos: a) Cuando se trate de delitos sancionados con pena de prisión de más de seis años en abstracto; b) Cuando se trate de delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo o que sean cometidos en perjuicio de la administración pública; c) Cuando la víctima fuera menor de edad, con excepción de las previstas en orden a las leyes 13.944, y 24.270; d) Cuando se trate de alguno de los delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título I Capítulo I (Delitos contra la vida); Título III (Delitos contra la integridad sexual); Título VI, Capítulo II (Robo); Título X (Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional). El procedimiento de mediación se regirá por los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad e imparcialidad.”*

Respecto de los efectos el art. 236 dispone: *“Cuando se arribe a un acuerdo, el funcionario a cargo de la mediación, lo comunicará al Fiscal interviniente dentro del plazo de diez (10) días, acompañando copia del acta respectiva y se reservarán las actuaciones hasta que se acredite su cumplimiento. En este último caso, el Fiscal o cualquiera de las partes instarán el sobreseimiento ante el Juez de Garantías. Incumplido que sea el acuerdo, se eliminará del legajo del Fiscal y del expediente de garantías, toda referencia a éste, no pudiendo ser utilizado como fuente ni como medio de prueba. Si no se llegare a un acuerdo, se labrará acta con copia para las partes y se efectuará la correspondiente comunicación al Fiscal. La derivación del caso a mediación, formulada después del decreto de apertura, suspenderá el plazo de la investigación penal preparatoria establecida en el artículo 256, el que sólo se reanudará con el informe de falta de acuerdo o ante el incumplimiento del*

*acuerdo por el imputado. En el caso en que la víctima dificulte al imputado el cumplimiento del acuerdo, éste podrá depositar en consignación la prestación a la que se haya obligado, dentro del mismo proceso.”*

## **2.20. SAN LUIS**

La ley Provincial de Mediación N° IV-0700-09, publicada el 08 de enero de 2010, en su art. 39 crea el Centro de Mediación Judicial y Extrajudicial en el ámbito de la provincia de San Luis, el que dependerá del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia. En su artículo 4° excluye del ámbito de la mediación los Procesos penales por delitos de acción pública.

## **2.21. TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR**

La ley 804 establece que en aquellas causas que tramitan en el fuero penal y que sean susceptibles de aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba, la derivación podrá ser efectuada a pedido tanto del imputado como de la víctima, o cuando el agente fiscal o el juez entienda que resulte de conveniencia a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la auto composición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales. Por otra parte, en aquellos casos que correspondan a delitos de acción privada, las partes podrán solicitar al juez la derivación al Centro de Mediación. La ley incluye también la posibilidad de aplicación del sistema de mediación en casos protagonizados por jóvenes y adolescentes en conflicto con la ley penal, ya que fue importante la experiencia en esa área durante la implementación del Plan Piloto. Los casos son derivados por los Juzgados de Familia y se trabaja con un modelo basado en la participación voluntaria de la víctima, jóvenes con su grupo familiar y otras instituciones u organizaciones de la comunidad. La

mencionada ley es una de las legislaciones más completas y avanzadas.

### 3. CONCLUSIÓN

Como corolario del presente capítulo en el que a través de la fuente del Mapa Interactivo de la S.C.J.N. se ha plasmado la situación legislativa y práctica respecto de la mediación penal en la República Argentina, hemos de destacar que no han sido mencionadas aquellas provincias que carecen de legislación o no poseen en su normativa procesal la posibilidad de utilizar la mediación a través del criterio de oportunidad, sin perjuicio de existir en provincias como Tucumán y Santa Cruz proyectos de ley con miras a instaurar el sistema.

A modo de reflexión y si bien no se ha alcanzado el mismo grado de desarrollo en todas las jurisdicciones, se observa a nivel nacional que estamos despertando a las bondades de la justicia restaurativa y dentro de ésta de la mediación del conflicto penal, lo cual será un cambio de paradigma dispuesto a dar respuestas más reparadoras.

BORRADOR PARA MUESTRA 3

## CAPÍTULO XIII

### CREACION DE VALOR PARA UNA CULTURA DE PAZ

#### 1. EL CAMINO HACIA LA PAZ

Es nuestra responsabilidad generar las condiciones para el desarrollo de la confianza y capacidad para el cambio que posee la especie humana. Tal es el caso del surgimiento del “poder moderado” (actualmente denominado poder necesario), que proviene del conocimiento y la pericia, en contraste con el “poder duro” que proviene de la fuerza militar, el autoritarismo, la política especulativa y la riqueza. Ejemplo de tal transformación es la lograda por el ex presidente sudafricano Nelson Mandela, donde se evidenció un creciente compromiso orientado a la transferencia no violenta del poder. En el florecimiento de la conciencia y el “poder popular” que se vio reflejado en la creación de cerca de diez mil organizaciones no gubernamentales en defensa de los derechos humanos y de los problemas relativos a la seguridad.

Solo la voluntad y las acciones de los hombres construirán la historia y abrirán la visión de un horizonte nuevo. Si deseamos la paz preparémonos para la paz en forma permanente y activa.

Entonces el primer camino para convertirnos en buenos ciudadanos del mundo depende del grado de auto-control que logremos alcanzar. La propia capacidad de vernos a nosotros mismos en profundidad es lo que nos permitirá trascender los propios límites y por consecuencia podremos valorar la diversidad cultural y étnica precisamente como aquello que nos enriquece y no que nos separa.

El auto control es un prerrequisito de la segunda etapa del recorrido: el camino del diálogo.

Lo que más nos caracteriza a los seres humanos es nuestra propensión a la lógica y al intercambio de ideas. Es solo cuando nos imbuimos en un océano de lenguaje que llegamos a ser verdaderamente humanos. Se accede por medio de una mirada y una voz ligadas amorosamente a otro que nos constituye como sujetos.

Abandonar el diálogo es, de hecho, abandonar nuestra condición de humanos y si abandonamos nuestra condición de humanos dejamos de ser agentes de la historia. Al renunciar a este derecho caemos en una especie de bestialidad. La historia está llena de tragedias en las que la bestialidad, en nombre de la ideología o del dogma, se ha volcado sobre la humanidad con brutal fuerza y violencia.

El diálogo –una conexión abierta y respetuosa entre las personas– resulta más útil si ambas partes liberan sus enfoques de lo ilusorio.

Para sentar las bases de una paz duradera debemos “desinstitucionalizar” la guerra y efectuar una transición hacia la paz. Una cultura de paz sobre la base de una serie de principios claros.

Si los hombres se aplican seriamente al diálogo para identificar bases comunes de pensamiento y de acción, si las personas se unen –como socios igualitarios– en el reto de crear una cultura de paz, el camino se transformará en la concreción de la paz en la realidad.

La guerra en sus diferentes modos, ha sido y es la peste de la humanidad, origen de todos los males. La guerra instituye la insania: la locura de no vacilar en matar seres humanos como insectos, sojuzgarlos, producir una hueste interminable de refugiados y también, de lesionar cruelmente el ambiente natural.

En su visión de la historia y del futuro, Tsunesaburo Makiguchi, educador y filósofo japonés (1871-1944), propuso una transición

que fuese de una competencia militar a una competencia política y de ésta, a una competencia humanística.

En la medida en que se vaya desarrollando la conciencia y la responsabilidad de los individuos sobre la realidad, como protagonistas de la historia, será cada vez más esencial que aprendamos a vivir como ciudadanos activos y creativos, dispuestos a trabajar para construir la historia personal y social. “En vez de mirar a la paz como el ideal distante, tenemos que actuar en modo que cada paso en su dirección represente la paz”.<sup>50</sup>

## 2. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR CREACIÓN DE VALOR?

La creación de valor es un concepto vital para el bienestar de nuestro mundo. No importa dónde estemos ni qué hagamos, como seres humanos tenemos el potencial de crear valor. Crear valor de cualquier circunstancia. Se trata de lo esencial del corazón humano: la necesidad de crear. Al crear algo, nos enlazamos y relacionamos con otros. Hay una profunda interrelación entre el potencial del individuo y el bienestar de todos los seres vivientes. Esto contrasta con la opinión general de que la creatividad parte del aislamiento y que consiste en una labor básicamente individual. Por el contrario, la verdadera creatividad consiste en la capacidad de transformar cada situación cotidiana en una oportunidad.

La creación de valor es un proceso permanente. Se trata de mantenerse activo en un proceso de creación que sea significativo para nuestras vidas y para el bien y la salud del mundo en su totalidad. Por lo tanto, es un concepto opuesto a la comodidad.

Aunque la capacidad creativa puede ser convertida en fuerza destructiva, la habilidad de crear de la mano de la sabiduría, puede producir una gran belleza, esperanza y comprensión.

---

<sup>50</sup> Johan Galtung e Daisaku Ikeda, 2007.

La sabiduría proviene de la motivación interior en interdependencia con la experiencia que nace de la relación con otras personas, en un proceso de interacción, de participación y cooperación.

Cada persona tiene algo singular, mediante lo cual puede contribuir al mundo que compartimos.

Por eso el diálogo es la herramienta fundamental. El verdadero diálogo es siempre más grande que los interlocutores. No se trata solo de un intercambio entre un ser pequeño y limitado con otro ser pequeño y limitado. El diálogo es algo mucho más grande que cualquiera de los dos y está destinado a incluir a todos quienes disfruten de mentes reflexivas e imaginativas, porque ése es el acto creativo que no deja indemnes a los intervinientes.

### 3. SER EN SOCIEDAD

El filósofo Jean Paul Sartre refiere que: “...entre individuo e historia hay identidad ontológica y reciprocidad metodológica”.

El desamparo ontológico de la persona humana, que en la conciencia es sentimiento de limitación y el incesante “afán de plenitud”, constituyen la raíz de su vocación social.

La sociabilidad no es un hábito creado por la vida en el hombre, sino un ingrediente de su esencia. Así lo reconoció Aristóteles en el Libro I de su obra “Política” cuando afirma que el ser humano es “por naturaleza sociable y quien vive fuera de la sociedad por organización y no por fuerza del azar, es un ser superior o una bestia”.

La categoría “entre” es tan primaria como el yo o como el tú. Por eso, nos aproximamos a la respuesta de la pregunta ¿qué es el hombre? si acertamos a comprenderlo como una dialógica, en

cuyo “estar dos en recíproca presencia” se realiza y se reconoce en el encuentro del “uno” con el “otro”<sup>51</sup>.

Como lo señaló Ortega y Gasset: “*El hombre está a nativitate abierto al otro que él, al ser extraño. Con otras palabras: antes de que cada uno de nosotros cayese en la cuenta de sí mismo ha tenido ya la experiencia básica de que hay los que no son “yo”, los otros*”.

“La existencia humana se proyecta hacia las otras personas”<sup>52</sup>, y la sociedad, que se constituye con ellas, es el medio necesario para su realización, porque las sustenta como ayuda, como protección, como colaboración y las facilita gracias a ese inmenso bagaje de creencias, de usos, de costumbres, etc., formado en el transcurso del tiempo. Pero la proyección hacia las otras personas se hace por medio de la palabra y el intercambio de ideas. Palabra y diálogo dan la posibilidad de acordar qué sociedad estamos formando. Se van destruyendo por la violencia y se vuelven a armar en el diálogo.

La vida está rodeada de hechos sociales porque todos somos integrantes de un grupo y gran parte de nuestros actos se dirigen a los demás o a la sociedad misma dándose el fenómeno vincular de redes sociales. Además, nuestra conducta está “condicionada” por lo social que se impone en forma de mandatos y de prohibiciones y finalmente, se halla “orientada” por factores de esa índole que la encaminan hacia realizaciones intersubjetivas puesto que el hombre vive también para los otros.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Buber, Martín; *¿Qué es el Hombre?*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Págs. 150-151, 154-155, México, 1973.

<sup>52</sup> El ser en el mundo (sein) ha dicho Heidegger es “ser con” (mitsein). Sartre destaca la tendencia humana a aglutinarse en “la existencia espesa del mundo del ser” y para Gabriel Marcel “el otro” es un dato primario cuya fuente es la libertad.

<sup>53</sup> Recausens Siches, Luis, “*Vida humana, sociedad y derecho*”, Editorial Fondo de Cultura Económica, segunda edición, México, 1945.

La Biblia misma que, en su narrativa funda historia y con ello conciencia del pueblo, crea un patrimonio común y compartido. Su texto es ley pues establece una comunidad humana distinta y organizada. Nos narra en su primer libro, el Génesis, la historia de Caín y Abel, un relato que va más allá y nos muestra cómo el egoísmo humano disfrazado de muchas formas es, en definitiva, el responsable de los grandes males y fracasos de la historia del pueblo y también de la humanidad.

La narración de Caín y Abel no sólo nos denuncia a un hombre fraticida, que llevado por la envidia que desata en él el fracaso, no respeta la vida de su hermano. Más bien el relato nos trasmite algo mucho más profundo y real: establece el origen paterno del egoísmo ejercido como colectividad. Dicho de otro modo: muestra la calidad maldita, el origen maldito de los grupos de poder que tanto daño causaron y siguen causando a la humanidad. Por eso, Caín se asombra con la pregunta de Dios y lo interroga: “acaso soy el guardián de mi hermano”, tomando conciencia en ese momento que ese es justamente el mandato de su creador.

El que vive sin importarle la vida de los demás, sin tener en cuenta que ellos son sus propios hermanos es, para la Biblia, un ser maldito necesariamente, que solo genera estructuras malditas.

La sociedad nacida de esta disposición innata del hombre, es una realidad tan primaria como éste, pero lo supera en cuanto a su duración porque sus fines trascienden la existencia de sus miembros.

Por otro lado, para realizar sus propósitos, la sociedad actúa como conjunto, como totalidad, aunque sus actividades estén repartidas entre sus componentes.<sup>54</sup>

Las relaciones del hombre con el hombre son de dos tipos: unas interindividuales y otras sociales propiamente dichas. Los lazos interindividuales vinculan a los hombres en lo que cada uno tiene

---

<sup>54</sup> Linton, Ralph; *“Cultura y Personalidad”*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Pág. 27, Madrid, 1945.

de auténtico y propio. El amor, la amistad, la devoción, la ejemplaridad, pertenecen a este tipo.

Aún más: en el amor, en la amistad, en la simpatía, a través de sus diversas manifestaciones, los vínculos se establecen de persona a persona y no requieren de un objeto entre ambas. La cultura del diálogo nos amplía la capacidad de amar a cada persona como si fuera un ser cercano.

La sociedad se constituye cuando surge ese estado de conciencia colectiva en el cual las representaciones de todos sus integrantes se unifican y se dirigen hacia el mismo fin. Ese fin es el bien común.

Indiscutiblemente debe tratarse de un bien que a la vez sea común. Si no fuera un bien, señala Burdeau, *“carecerá de título para atraer el deseo de los individuos y ser considerado por ellos como un objeto deseable, querido libremente o aceptado, al cual, por lo menos, se adhieran mediante un acto de voluntad reflexiva. Pero este bien, no es el bien particular de cada uno de ellos; interesa, a la vez, a la colectividad y a cada uno. Interesa a cada uno en la medida en que es elemento del conjunto; es lo que debe definirse, sin ninguna reserva filosófica, como un Bien Común”*.<sup>55</sup>

Ahora, ¿cómo se descubre ese bien común, esa necesidad de todos, sino es a través de diálogos fecundos y prósperos? ¿Cómo pasamos de estar enfrentados a poder colaborar entre nosotros? La mediación en sus distintas expresiones es un camino para lograrlo.

#### 4. RESPONSABILIDAD HUMANA O ASENTIMIENTO SUBJETIVO

En la sociedad actual, “el texto legal”, ordenador de las relaciones entre los seres humanos, marca la referencia. Consiste en un imperativo categórico a ser cumplido, que no tiene otra razón que el límite al libre albedrío individual, igual para todos

---

<sup>55</sup> Burdeau, Georges ; *« Traité de Science Politique. Tome I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence »*, París, 1949.

los miembros del grupo social enlazando la relación entre los semejantes.

El derecho proyecta "básicamente" la búsqueda de la paz social que lo sustenta y justifica a lo largo de las generaciones.

El humano en su búsqueda insaciable de satisfacer sus ansias se encuentra con la ley, aquello de otro orden que viene a marcar el límite a esa desmesura.

Esta operación de incorporación de la ley, en la repetición de la norma, tiene un resto, eso que resiste, molesta, insiste, interpela lo social, marca la diversidad.

La política como la organización necesaria para la instauración del Estado, que supone el ejercicio de un poder cuya regulación queda en manos del poder jurídico, es la que va a determinar en gran parte, la subjetividad social y el modo de intervención ante los conflictos. Históricamente, una alternativa ha sido la búsqueda de la eliminación del enemigo. Ubicar en el otro lo diverso en uno, con clasificaciones peyorativas del otro: el loco, el terrorista, la bruja, el extraño, el "pibe chorro", el homosexual, aquel al que se le atribuye el mal y que se pretende eliminar.

Al mismo tiempo se impone mantener el fantasma del enemigo en potencia que borra al otro como semejante. Así se sostiene la creencia de que hay seres superiores e inferiores, desconociendo que todos, en tanto seres humanos, compartimos el mismo potencial para ser felices en sociedad, Solo que algunos no han tenido la oportunidad de desarrollarlo o las han tenido pero no han querido.

El sujeto humano se constituye en su singularidad con un huésped cotidiano, una alteridad que habita en su interior pero le es ajeno. El conflicto es inherente e intrínseco al ser humano.

La incorporación de la Ley funda el sujeto y el inconsciente, entendido como aquello del discurso social transmitido pero no sabido, que actúa y se manifiesta de distintos modos: entredicho en la articulación de la palabra, en sueños, fallidos, olvidos, chis-

tes, donde la ley y el deseo se cruzan. Es que la ley, como la palabra, es veneno y remedio. Solo donde acecha el peligro, surge lo que salva.

La condición de humanidad contiene esta división intrínseca en el seno de cada uno. El otro social, bajo la forma política del Estado, interpela al sujeto, lo tiene en cuenta como súbdito pero también como infractor potencial, prevé lugares para incluirlo y sancionarlo si se excluye de la norma.

El sujeto no es el organismo individual dotado de un interior y viviendo en un medio exterior, sino que él está conectado en relación de continuidad e inseparabilidad con el lenguaje, la sociedad, la cultura, el poder, las estructuras, ideologías jurídicas, políticas, económicas en las que participa. No hay uno y otro, sino uno en el otro y otro en el uno, en una lucha de opuestos infinita, que retorna, sin síntesis, donde lo que queda es transformar y trascender al conflicto particular inherente.

La culpa requiere de la mirada del otro y del juicio del otro y es esa escisión lo que hace que el sujeto se juzgue y se castigue. Cuando falla la incorporación del otro como semejante, desconociéndolo, queda sobredimensionado el uno, sin interlocución posible, dificultando la instancia de división y auto regulación de conciencia.

Parte del trabajo es poner en cuestión y en discurso, la división que nos habita y que nos posibilita preguntarnos por nuestras acciones y actitudes y las consecuencias en nuestras vidas y en las de los otros.

De esto se trata la responsabilidad, la capacidad de una persona de responder por su decir y sus acciones. Si bien una persona puede hacerse cargo de lo que hizo mal, no siempre llega a comprender el porqué de su accionar.

Por lo tanto, el hombre es responsable de la posible deliberación, de la que no puede sustraerse por su condición, ya que no puede dejar de interrogarse por la implicación que le cabe en cada uno de sus actos.

Es en el escenario de la Mediación donde se da la posibilidad de diálogo, de escuchar sus motivaciones e intereses, sus dolores, arribando con la presencia del mediador, a un acuerdo regulado a partir del reconocimiento de la responsabilidad en dicho conflicto.

## 5. TEORÍA DEL CONFLICTO Y MEDIACIÓN

El Dr. Johan Galtung, matemático y sociólogo noruego, experto en estudios sobre la paz, ha considerado al hombre como un ser con capacidad de paz. Esto incluye conceptos como la Paz negativa y Paz positiva, Paz con uno mismo y con el entorno, Paz como medio para gestionar los conflictos, Paz como ayuda mutua con un contenido y desarrollo centrado en la humanidad.

Históricamente la búsqueda de la paz ha atravesado distintas etapas.

En la construcción de una cultura de paz, tienen protagonismo tres actores: la paz, el desarrollo y el conflicto.

La Paz, como la forma de potenciar y desplegar la dignidad de la vida.

El desarrollo, como el resultado de la compleja interacción entre factores genéticos del individuo, su propia actividad, sus oportunidades de aprendizaje, el medio social y cultural en que está inmerso y sus relaciones afectivas y motivacionales. Desarrollar por lo tanto, no es crecer, no es una mera evolución neurobiológica natural.

Conflicto, como la fuerza motriz del movimiento, inherente a la vida misma, del desarrollo y la construcción de la paz.

El conflicto como motor atraviesa diferentes niveles de la existencia humana:

\* Internos o intrapsíquicos, como los descritos por Freud, la ambivalencia amor-odio y desde Lacan como aspectos simbólico-imaginarios constitutivos del sujeto humano (micro).

\* De relación o intersubjetivos, diversidad de objetivos e intereses (meso).

\* Sociales o entre grupos humanos (macro).

\* Políticos o entre intereses socio-económicos entre naciones o culturas (mega).

A su vez, el conflicto

\* Significa crisis y oportunidad.

\* Es un hecho natural, estructural y permanente en el ser humano.

\* Es una situación de objetivos incompatibles, por lo tanto, no se soluciona, se transforma.

\* Implica una experiencia vital amplia.

\* Plantea una dimensión estructural de la relación.

\* Plantea una forma de relación de poderes.

Las personas son sistemas complejos con componentes intrapersonales como cogniciones, emociones y capacidad creativa. Estas personas interactúan formando grupos, que a su vez interactúan entre ellos construyendo sociedades, que al mismo tiempo lo hacen como estados y naciones y a su vez pueden ser parte de civilizaciones y regiones, que interactúan constituyendo, no mundos, sino un mundo que constituye nuestro sistema planetario.

La condición multinivel del ser humano es a tener en cuenta al momento de intervenir ante un conflicto. Por eso es fundamental que cualquier metodología que pretenda un abordaje científico de transformación, en miras a trascenderlo, sea inter o multidisciplinario.

Tenemos tres vértices: un adentro (actitudes y presunciones creadoras de ilusión), un afuera (comportamiento manifiesto) y un entre ambos (la contradicción).

Las actitudes (aspecto motivacional) se refieren a cómo sienten y piensan las partes de un conflicto, cómo perciben al otro (por ejemplo: con respeto y amor o con desprecio y odio) y cómo ven sus propias metas y el conflicto en sí mismo.

El comportamiento (aspecto objetivo) alude a cómo actúan las partes durante el conflicto: si buscan intereses comunes y acción creativa y constructiva o si tratan de perjudicar y causar dolor al otro.

La contradicción (aspecto subjetivo) tiene que ver con el tema o temas reales del conflicto y con cómo éste se manifiesta.

Las partes muchas veces difieren en su percepción de cuál es la contradicción o raíz del conflicto. En muchos casos, tales cuestiones son complicadas y están ocultas, ya que las partes y los actores del conflicto de ambos lados (incluidos políticos y medios de comunicación) prefieren centrarse en las actitudes y la conducta, tanto la suya propia (que en general se auto-concibe como positiva) como en la del otro (que suele describirse generalmente como negativa).

El no observar esta totalidad comporta una percepción limitada del conflicto.

De acuerdo a los niveles de implicancia parcial podemos focalizar la atención solo sobre las actitudes, lo que lleva a sostener que los problemas derivan de mentes tomadas por el odio o distorsionadas, quizás necesitadas de conversión religiosa/ideológica, de psicoterapia y/o de educación; permaneciendo ciegos, frente al hecho. Cuando las contradicciones que lo frustran se prolongan en el tiempo la mente “más normal” puede asesinar o tolerar un asesinato.

Focalizar la atención solo sobre el comportamiento es frecuente dado que ahí es donde reside la violencia. Someter a las personas

puede servir para barrer debajo de la alfombra el problema, haciéndolo menos evidente, pero esto no influirá positivamente en la contradicción subyacente.

Focalizarla solo sobre la contradicción, basándose en la ingeniería social, nos hace correr el riesgo de intensificar el odio y la violencia. Esta sería la visión marxista de los conflictos.

Tanto el dilema (conflicto interno) como la disputa (conflicto con otro) pueden conllevar a contradicciones, actitudes y comportamientos autodestructivos o de eliminación del otro. Pero como afirmábamos anteriormente, también están dotados de los opuestos: crisis-oportunidad, agresión-creación.

Así mismo los conflictos pueden tener un nivel observable o manifiesto y un nivel latente. Por otro lado, un conflicto puede iniciarse en cualquiera de los ángulos. Bajo esta perspectiva, los conflictos no siempre se encuentran con sus tres elementos expresamente manifiestos. Para considerarlo en modo cabal a veces tenemos que hacer emerger todos sus elementos.

El pedagogo brasileño Paulo Freire refiere que para hacer jugar los tres vértices (dilema, disputa y contradicción) es fundamental establecer el estrecho vínculo entre el aprendizaje lingüístico y la toma de conciencia frente a la realidad. El programa es un continuo llamamiento educativo para que los pobres y explotados, a través de la toma de conciencia de su realidad, busquen sus propios caminos de liberación, presentes en su condición histórica. Solo desde una imagen consciente y cabal del conflicto, se lograría la transformación del mismo, con todos los aspectos profundos y condicionantes históricos.

El proceso de concientización evitará la cosificación de los actores haciendo de ellos protagonistas del proceso, es decir, “un actor consciente será capaz de dirigir esa transformación partiendo de la propia y por ende de la situación que lo afecta”. El proceso de concientización será orientado fundamentalmente a la construcción de objetivos, de un proyecto, que parte de la asunción de la propia realidad (ser) para proyectarse a una realidad

deseada (deber ser), estableciendo un conjunto de estrategias para lograrlo.

Finalmente, dos variables a considerar son la dimensión espacial y temporal de los conflictos. Un conflicto está ubicado en un espacio geográfico donde encontramos seres vivos. Así mismo la dimensión temporal puede ser sincrónica o diacrónica, como por ejemplo el conflicto intra e intergeneracional en el tema de deterioro ambiental.

## **6. TRASCENDER Y TRANSFORMAR**

Transcender y transformar un conflicto implica ir más allá del límite establecido por la situación. Giran en torno a tres conceptos: Reconstrucción, Reconciliación, Resolución, que no significará construir algo nuevo, sino como una posibilidad de hacer brotar las habilidades y capacidades ya presentes en los actores y que a veces son olvidados en el fragor del conflicto.

La violencia genera traumas y una forma de superarlos. Tanto en la víctima como en el autor, es posibilitar la construcción o reconstrucción de las relaciones. Este proceso se puede dar cuando las partes deciden salir de los límites estrechos del conflicto y mirando más alto, se ponen metas comunes más elevadas.

Bastará una idea creativa basada en la empatía y que pueda ser llevada a cabo de un modo no violento, para trascender el conflicto y para poner todo el mecanismo de transformación en marcha. Las ideas son como semillas que tienen que darse a conocer dado que cada una va a representar nuevas realidades en potencia.

La transformación permite convertir las situaciones conflictivas en experiencias pedagógicas, de concientización, empoderamiento, estímulo y desarrollo de la creatividad. Mientras que la trascendencia, juega un rol importante de orientación, que presupone esperanza localizada en visiones de lo positivo, en un futuro constructivo, no debe replicar un pasado traumático. Se trata de

la creación de un nuevo tipo de realidad, algo que en potencia era ya presente pero que ahora se convierte en una realidad empírica.

La transformación misma sería el trascender los objetivos de las partes en conflicto, dislocándolo fuera del lugar que las partes lo prepararon, reconociendo y aceptando la unión en la diversidad, es decir distintas personas con un mismo propósito, en bien de cada uno y de la comunidad.

Considerando el carácter infinito e inherente al género humano del conflicto, este modo de trascenderlo constituye un medio óptimo para poder abordarlo y convertirlo en oportunidades de creación de valor.

El diálogo por un lado favorece más el surgimiento de la energía positiva al estar caracterizado por la empatía, la creatividad y la no violencia. Por otro, puede hacer surgir la energía negativa que da lugar a nuevas contradicciones, por lo tanto el proceso requiere de la participación activa y cooperativa de las partes además de la consideración de una variación en intensidad y tiempo.

Trascender el conflicto es desarticularlo y rearticularlo en una nueva realidad; promoviendo ir más allá de los recursos limitados y orientándose a la cooperación para satisfacer las necesidades.

Consideramos que todo problema tiene dentro de sí la propia solución. Lo único que hay que hacer es contar con un método para generar las condiciones óptimas para que se manifieste.

Para trascender un conflicto el diálogo debe ser el procedimiento.

La creatividad se localiza en la tierra fronteriza entre lo intelectual y lo emocional, que constituye la espiritualidad.

Las emociones son las fuerzas directoras, la intelectualidad es el instrumento. Esta contradicción aparente es trascendida en el trabajo de conflictos a través del enraizamiento apasionado en valores como la empatía para conocer realmente a las partes, la creatividad para poder saber-hacer otra cosa con eso y la no-violencia que promueve no insultar las necesidades básicas.

Empatía para suavizar las actitudes.

No violencia para suavizar los comportamientos.

Creatividad para superar las contradicciones.

## 7. COMPETENCIA PARA LA PAZ, DE LA VECINDAD AL MUNDO

La tarea de forjar ciudadanos del mundo nos compete a todos y debe ser enfocada como parte integral de la vida cotidiana y echa raíces en las comunidades donde transcurre el diario vivir.

Cada una de nuestras interacciones –diálogo, intercambio o participación- es un inapreciable estímulo para crear valor. Justamente porque aprendemos a partir del contacto con otras personas. El humanismo de un maestro o de un mediador es el factor clave de toda experiencia positiva.

La educación humanística es una actitud notable. Trascender los propios límites para que el otro logre lo mismo es un arte.

Tomar conciencia del daño causado por la insensatez de la violencia y descubrir la capacidad para ser protagonista de un cambio, es un medio para arraigar la práctica de la no violencia en la sociedad humana.

Aunque la palabra “competir” significaba “buscar juntos” ha terminado simbolizando “vencer a los demás o imponerse a ellos”.

El concepto de la filosofía budista “el origen dependiente”, sostiene la convivencia de todo lo que existe en el universo incluido el hombre y la naturaleza a través de relaciones interdependientes. Un vínculo que no es estático sino como el latido dinámico de la vida creativa.

Las personas, las comunidades y las naciones no pueden vivir en aislamiento, dependen de la ayuda que se dan entre sí. Su desarrollo se sostiene cultivando una ética compartida de coopera-

ción e interdependencia, mucho más cercano al concepto primitivo de 'competencia'. Activar la voluntad de armonizar.

Hemos dicho que los encuentros entre las culturas no siempre son amigables. Hay que reconocer la existencia real de intereses opuestos y hasta de cierta hostilidad. ¿Qué hacer para alentar y promover las relaciones armoniosas? Resulta interesante citar un episodio de la vida de Shakyamuni. Una vez le cuestionaron la siguiente afirmación: "Se dice que la vida es preciosa. Pero toda la gente vive matando y consumiendo otros seres vivientes. ¿A cuáles seres vivos debemos matar y a cuáles no?". A esta sencilla expresión de duda, Shakyamuni respondió: "Es suficiente con aniquilar el deseo de matar".

La respuesta de Shakyamuni no constituye una evasión ni un engaño. Se basa en el concepto del origen dependiente mencionado antes. Lo que nos dice es que, para buscar la relación armoniosa implícita en la idea del respeto a la dignidad de la vida, no debemos limitarnos al nivel fenoménico, donde, indudablemente, el conflicto y la hostilidad son algo de existencia real.

La sociedad contemporánea necesita con urgencia una espiritualidad de motivación interna que fortalezca su auto control y el sentido del auto disciplina. Estos valores alentarían un mayor respeto por la dignidad a la vida. Pero, además, ayudarían a restaurar y rejuvenecer cualidades tan jaqueadas como la amistad, la fidelidad, la confianza y el amor, esenciales para forjar lazos gratificantes y significativos entre los hombres, en un mundo donde las relaciones humanas se tornan cada vez más insípidas.

Es el mediador uno de los actores sociales que con el arte de utilizar la estrategia de la comunicación pacífica, colabora en la restauración en una sociedad diezmada por materialismo multifacético, los verdaderos valores ancestrales que permitieron la vida en comunidad.

## 8. EXPERIENCIA DE AMOR: CONSTRUYENDO COMUNIDAD

Es innegable que las sociedades se han complejizado y el crecimiento inconmensurable del saber científico-tecnológico y las burocracias estatales, han olvidado su actor principal: el ser humano. En nombre de su bien-estar, el Estado le ha expropiado hasta sus conflictos.

Si bien los conflictos son humanos, la sociedad aceptó que varios de ellos, por asignarle cierta gravedad, sean calificados como de índole penal. Razón por la cual el Estado se ha adjudicado el derecho de expropiarlos y en lugar de resolverlos ha optado por reprimirlos.

¿Pero reprimir soluciona los conflictos, los empeora o solamente los deriva en el tiempo?

¿Qué nos dice que aún subsiste la obligación de respetar el contrato social en esos casos en que el Estado ha desprotegido a sus ciudadanos?

Si el Estado castiga sin haber participado de la socialización de los habitantes, se convierte en un Estado represor, arbitrario de su ejercicio y déspota en sus decisiones.

¿Podríamos preguntarnos qué hace entonces que una persona logre modificar la actitud sin necesidad de recurrir a la represión o al castigo?

Que sea capaz de retrotraerse a la esencia, a la cultura, a la historia, en resonancia con sus semejantes, desarrollando capacidad de conciencia y auto-control, su identidad.

Es indudable que debemos vivir en sociedad. La sociedad surge cuando aparece el estado de conciencia colectivo, donde los integrantes se dirigen a un mismo fin. Es la única forma posible para que el hombre se desarrolle de manera plena. Y para que la vida sea grata, el modo es generar un medio pacífico.

La motivación interna va de la mano del autocontrol. Solemos actuar de un modo correcto y responsable, no porque alguien

nos obligue a hacerlo, sino por propia voluntad y en forma espontánea.

En Japón, durante el período Edo, caracterizado por doscientos cincuenta años de estabilidad, hubo una incidencia relativamente baja del delito y de la corrupción. Esto moviliza a pensar que la espiritualidad de motivación interna ejerció una influencia concreta en el funcionamiento de la sociedad japonesa.

Aun actualmente muchas sociedades toman como ejemplo para resolver sus conflictos las formas practicadas por las primeras comunidades. Solo es posible si retomamos los conceptos de comunidad. El desafío es vivir en la sociedad actual creando valor, recuperando algunos ritos necesarios que nos transmitía la vivencia en comunidad.

Para exigir como sociedad una determinada actitud es indispensable haber legado en forma previa la importancia de dar a cada integrante un lugar privilegiado. Este lugar será el que se ponga de manifiesto cada vez que acontezca un acto disvalioso, justamente porque remitirá a su más íntimo valor, a su idea de pertenencia.

La comunidad deriva de esa unidad de la voluntad humana considerada en su estado primitivo. La sociedad se establece entre sujetos naturalmente separados. Mientras la comunidad es unión pese a todas sus diferencias, la sociedad es separación pese a todas sus uniones. En el orden jurídico su diferencia tiene proyección especial: el derecho comunitario se origina en el pacto; el derecho societario nace del contrato, como promesa recíproca de prestación de servicios.<sup>56</sup>

El pacto al que hacemos referencia es un acuerdo de las voluntades individuales que se cristalizan en función de las relaciones sinceras entre los convivientes. En la comunidad son los víncu-

---

<sup>56</sup> Tonnies, Ferdinand; “*Principios de Sociología*”, Editorial Fondo de Cultura Económica, Pág. 84, México, Véase también del mismo autor “Comunidad y Sociedad”, Editorial Losada, Buenos Aires.

los personales los que hacen que sus individuos quieran seguir perteneciendo, cuidarla, preservar su entorno natural y sus costumbres. Es el vínculo de la lengua franca y sincera el que amalgama la convivencia. Es en definitiva el amor de sus pares quien le da un pertenecer que guía toda su existencia. A esa vivencia de amor nos referimos cuando decimos que a la incorporación de la ley (marca simbólica), se accede por medio de una mirada y una voz ligada amorosamente a otro, que nos constituyen como sujetos.

Proponer soluciones autocompositivas a través del diálogo fortalece la posibilidad de convivir pacíficamente y mantener las relaciones en la comunidad.

BORRADOR PARA MUESTRA 3

## CAPÍTULO XIV

### NUESTRA PROPIA CANCIÓN

*Cuando una mujer de cierta tribu de África sabe que está embarazada, se interna en la selva con otras mujeres y juntas rezan y meditan hasta que aparece la canción del niño. Ellas saben que cada alma tiene su propia vibración que expresa su particularidad, unicidad y propósito. Las mujeres encuentran la canción, la entonan y cantan en voz alta. Luego retornan a la tribu y se la enseñan a todos los demás. Cuando nace el niño, la comunidad se junta y le canta su canción. Luego, cuando el niño va a comenzar su educación, el pueblo se junta y le canta su canción. Cuando se inicia como adulto, nuevamente se juntan todos y le cantan. Cuando llega el momento de su casamiento, la persona escucha su canción en voz de su pueblo. Finalmente, cuando el alma va a irse de este mundo, la familia y amigos se acercan a su cama y del mismo modo que hicieron en su nacimiento, le cantan su canción para acompañarle en el viaje. En esta tribu, hay una ocasión más en la que los pobladores cantan la canción. Si en algún momento durante su vida la persona comete un crimen o un acto social aberrante, se le lleva al centro del poblado y toda la gente de la comunidad forma un círculo a su alrededor. Entonces... le cantan su canción. La tribu sabe que la corrección para las conductas antisociales no es el castigo, sino el amor y el recuerdo de su verdadera identidad. Cuando reconocemos nuestra propia canción ya no tenemos deseos ni necesidad de hacer nada que pudiera dañar a otros. Tus amigos conocen tu canción, y te la cantan cuando la olvidaste. Aquellos que te aman no pueden ser engañados por los errores que cometes o las oscuras imágenes que a veces muestras a los demás. Ellos recuerdan tu belleza cuando te sientes feo, tu totalidad cuando estás quebrado, tu inocencia cuando te sientes culpable, tu propósito cuando estás confundido.*

**TOLBA PHANEM**

(Poeta africana y luchadora por los derechos civiles de las mujeres).

A nuestro entender, para reconocernos como seres singulares, debemos retomar algunas de las concepciones de las filosofías milenarias, que aportan conocimientos respecto a los aspectos subjetivos de las personas que tenemos que atender y fomentar.

Es imposible lograr una asociación verdadera si el esfuerzo por construir la fraternidad no se basa en el autocontrol recíproco y si éste no se asienta en el plano de la motivación interior.

Solo el diálogo abierto y el intercambio de vida a vida permiten derribar los muros erigidos por cada individuo, expresado en actitudes intolerantes y discriminatorias de muy hondo arraigo en la vida de las personas.

Tenemos el derecho y la posibilidad de dar amor a nuestros semejantes, a corregir las conductas por medio del amor, del reconocimiento del otro como un ser de palabra y por ende con capacidad de deliberación, de transformación y trascendencia.

En el modernismo de la actual sociedad, el beneficio del hombre está dado en proyectar la mirada hacia adelante y confiar en los avances ilimitados que nos da la tecnología. En abierta ruptura con la estructura cultural de la Edad Media, el renacimiento se constituyó como una cultura humanística y antropocéntrica, dejando de lado la influencia de la Iglesia Católica y su pensamiento teocéntrico que colocaba a Dios y a todo el conjunto de la actividad religiosa en el epicentro de la preocupación de las actividades del ser humano. Así, la ciencia pasó a ser un afán de la persona humana convirtiéndose en el eje de la razón, dejando atrás la revelación o el dogma impuestos durante siglos por el cristianismo.

Fue tan radical el cambio de paradigma, que la esencia de la persona en conjunción de subjetividad dejó de ser una característica sobresaliente. Por suerte con el resurgimiento de pensamientos filosóficos modernos y la influencia de conocimientos como la neurociencia se fue descubriendo que las capacidades ilimitadas del hombre tanto para hacer el bien como para hacer el mal po-

dían ser analizadas críticamente en pos de fomentar los efectos negativos y positivos. De esta forma se posibilitó el poder del hombre para expandir su universo humano o social a partir de una nueva concepción de universo científico.

Si algo caracteriza al ser social es que en su vinculación con los otros el conflicto indefectiblemente aparece de manera constante a lo largo de los siglos y el modo de resolución se tradujo según la era *temporo espacial* en la razón o la fuerza.

En el presente nos encontramos atravesando un momento histórico-político en el cual para poder vivir pacíficamente resulta necesario hacer la elección en base a dos posibles opciones: una que resulta producto de la inclusión de todos los seres humanos, otra en contrapartida, aparece como la exclusión de algunas personas o sectores sociales.

En el firme convencimiento que sectorizar y excluir nos está conduciendo a la destrucción como sociedad, optamos de manera definitiva por bregar por una sociedad inclusiva, donde el diálogo y la comprensión de las diferencias nos lleve a poder convivir en forma pacífica.

## CONCLUSIONES

En el concepto que engloba todas las creaciones realizadas por el ser humano para expresar una visión sensible acerca del mundo, el arte permite expresar ideas, emociones, percepciones y sensaciones que nos propongan una mirada hacia el futuro. En este sentido la definición de Bañol y Bañol nos presenta a la Justicia Restaurativa en su perfil artístico.

“La Justicia Restaurativa, la mediación y la conciliación, no producen ganadores y perdedores, son procesos cooperativos y de colaboración, donde no se busca la individualización de un culpable, sino la recuperación de un sujeto para la sociedad”. (Bañol y Bañol, 2006).

Para quienes pregonamos la búsqueda de la pacificación social, el conflicto penal resulta ser un “compromiso a resolver” a partir de la escucha y el acuerdo.

Esa búsqueda no está dirigida a la completa satisfacción de las partes. Si tratáramos de posicionarnos mentalmente en un extremo del conflicto, la única satisfacción completa sería para la víctima, que el hecho disvalioso sufrido nunca hubiera existido y para el autor del acto infractor, probablemente, no haberse visto condicionado a delinquir o no ser descubierto

¿Es natural que los individuos deleguen la resolución de sus conflictos a una maquinaria centralizada ajena a sus disputas cotidianas? ¿Siempre tuvieron los jueces, fiscales y defensores en nombre del Estado, el monopolio de la “justicia”? Como se podrá suponer, la respuesta es negativa.

Los historiadores suelen decir que cuando alguien afirma que una determinada situación siempre ha sido así, lo más probable es que detrás de dicha afirmación haya una intención legitimadora de lo existente, intereses ideológicos, o expectativas de poder y por consiguiente tenga también poco sustento empírico.

El actual orden de cosas en lo concerniente a lo penal no es natural, eterno, ni tampoco inamovible. Por el contrario, es una construcción histórica de naturaleza social, política y económica que tuvo un origen bien preciso. Luego ha sufrido rupturas para continuar con vigencia a lo largo del tiempo, que ahora se encuentra en crisis y lejos de resolver conflictos los profundiza y potencia.

Para modificar una institución y/o proponer soluciones superadoras que puedan ver más allá de lo existente, lo primero que debemos analizar es el origen histórico de la institución misma.

El *Ius Puniendi* está cuestionado severamente. Pero no se cuestiona su existencia, sino sus formas y sus modos. No se ponía en duda la facultad exclusiva del Estado para castigar a sus súbditos, solo los métodos empleados para hacerlo.

La cultura de la mediación, además de ser un quiebre a lo mencionado anteriormente, supone una cultura de la comunicación, pues la mediación pretende facilitar que las personas a través del diálogo encuentren las posibles soluciones por ellas mismas ya que el aprender a dialogar nos enseña a convivir pacíficamente.

Es necesario dar respuesta, mediante la facilitación del acceso a justicia en todas sus formas, al descontento de la sociedad que sostiene una visión de nuestro sistema como inaccesible y tardío, exigiendo una respuesta inmediata y coherente a la crisis en la que hoy se ve inmersa. Junto con los distintos sujetos intervinientes, la defensa pública tiene mucho que aportar desde su rol actual.

Falta un reto importante por concretar y es dar curso a una descentralización judicial donde se coordine la labor de la defensa con la de juzgamiento desembocando en otros tipos de soluciones.

Descentralizar la labor de los jueces implica ponderar los Derechos de los más desprotegidos.

Sin plantear una postura abolicionista del derecho penal, en algunos casos y de ser efectivo el resultado restaurativo, debería desaparecer la persecución penal como primera alternativa por cuanto ésta se torna desprovista de sentido.

Lo que se pretende con la implementación del servicio de Justicia Restaurativa son efectos sanadores favoreciendo las respuestas autocompositivas por sobre las de naturaleza controversial.

La Justicia Restaurativa penal es un proceso en el que las partes implicadas en un delito, determinan de manera colectiva las formas en que habrán de manejar sus consecuencias e implicancias.

Representa una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de sanación de las víctimas, los ofensores y la comunidad. Dicha

respuesta se basa en virtudes como: sensibilidad, apertura, confianza, esperanza y sanación.

La Justicia Restaurativa como filosofía es una teoría de justicia que busca poner énfasis en la reparación del daño causado por una conducta disvaliosa, busca superar la lógica del “castigo”, o la justicia basada “en el dolor”, proponiendo que las partes pueden llegar a una solución sin depender de la gravedad del delito. Contempla al delito de un modo distinto al de la justicia retributiva, enaltecida en el sistema actual.

En la Justicia Restaurativa el castigo es sustituido por la aceptación de la responsabilidad de los hechos y por la búsqueda de métodos de reparación del daño causado. Lo anterior requiere de la participación activa en el proceso restaurador tanto del ofensor como de la víctima y en su caso, de terceros interesados en que las cosas lleguen a buen puerto.

En el Congreso Internacional de Budapest de 1993, la Justicia Restaurativa o Restauradora ganó esta denominación frente a otros términos que también se utilizaban para nombrarla, como: Justicia Positiva, Pacificadora, Temporal, Transformadora, Comunitaria, Conciliativa, Conciliadora, Reparativa, Reparadora, Restitutiva, Reintegradora, o Reintegrativa.

La expresión “justicia restaurativa” o “restauradora” se considera más conveniente pues este paradigma busca responder al delito de una manera constructiva, partiendo de la tesis que es necesario el reconocimiento de las víctimas y sus derechos, de una solución basada en la reparación del daño y la construcción de un estado de paz.

No existen estudios contundentes que demuestren que hay un umbral de dolor necesario para que una persona se arrepienta genuinamente de su comportamiento. Por el contrario pareciera que la pena provoca mayor resentimiento y rencor en el ofensor impidiendo su rehabilitación y posterior reinserción a la sociedad.

El proceso de restauración busca habilitar a las víctimas, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que participen directa y activamente con la vista puesta en la reparación y la paz social, basándose en parte de las “3 erres”: Responsabilidad, Restauración y Reintegración que significa lo siguiente:

- a) Responsabilidad por parte del ofensor, porque cada persona debe responder por sus acciones u omisiones.
- b) Restauración de la víctima, quien necesita ser reparada. Requiere abandonar su posición de dañado, así como toda la sociedad.
- c) Reintegración del infractor, quien necesita restablecer los vínculos con la sociedad, que a su vez, requiere del buen desempeño de todos sus integrantes para su correcto funcionamiento.

Según la Organización de las Naciones Unidas, un proceso de Justicia Restaurativa es aquel en que la víctima, delincuente y cuando proceda, cualquier otro miembro de la comunidad afectado por el delito, participan conjuntamente y de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del hecho punitivo, generalmente, con la ayuda de un facilitador para el desarrollo de todo el procedimiento.

Los procesos restaurativos se sustanciarán en métodos para alcanzar tales fines, como la mediación, conciliación, celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas. Para la ONU, un resultado restaurativo sería lograr un acuerdo producto de la aplicación de estos métodos. En el convenio resultante se podrán incluir programas y respuestas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados para la atención de las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y para lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.

En cuanto al modo de aplicación de los programas de justicia restaurativa, la ONU hace las siguientes recomendaciones:

- a) Que puedan ser utilizados en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de los dispuestos en la legislación local;
- b) Solo se podrá disponer de los métodos restaurativos de justicia cuando existan pruebas suficientes para inculpar al delincuente con el consentimiento voluntario de la víctima y del delincuente;
- c) La víctima y el victimario deberán consentir su participación en los procesos y acuerdos restaurativos. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales;
- d) Las desigualdades de posiciones y las diferencias culturales deberán ser tomadas en cuenta para poder someter el asunto a un método restaurativo;
- e) La seguridad de las partes deberá ser tomada en consideración al momento de la realización del método restaurativo de solución de conflictos.

Un Facilitador de un proceso restaurativo es una persona especializada en prestar esa función, de manera justa e imparcial, a las partes que desarrollarán un método de justicia restaurativa.

De no ser adecuada la aplicación del método restaurativo, el asunto deberá atenderse mediante la justicia penal.

La Justicia Restaurativa cuenta con diversos programas o métodos que han sido desarrollados en diversas regiones del mundo con especial éxito, van como ejemplo:

a) *Mediación de la víctima y el infractor:*

La mediación entre las víctimas y los infractores puede llevarse a cabo en cualquier punto del proceso penal o de manera alterna al mismo. Puede efectuarse después de dictada la condena, incluso cuando el resultado del proceso restaurativo no influya en la pena impuesta. Por ejemplo en el Estado de Texas, en la Unión Americana, los familiares de las víctimas de homicidio pueden solicitar dicho método con los asesinos de sus seres queridos,

aunque estén condenados a la pena capital. En otros casos, las víctimas pueden reunirse con los ofensores en una mediación después del juicio.

Regularmente la Mediación víctima-victimario comienza cuando el caso es derivado de los juzgados para la realización de dicho método, ya sea con anterioridad al procedimiento judicial o después de una condena o la admisión formal de culpa ante el órgano jurisdiccional. Posteriormente, el mediador dialoga con la víctima y el ofensor, con el fin de asegurarse que la mediación puede ser aplicada, verificando que psicológicamente las partes estén en condiciones para vivir la experiencia de la mediación. Luego se efectúa el proceso de Mediación en sí, donde las partes se desahogan, se comprenden e identifican la situación del otro, reconocen la naturaleza y el alcance del daño efectuado por el delito, así como determinan la manera en la que se habrá de reparar, estableciéndose un cronograma para el monitoreo y pago de la merma.

b) *Reuniones de Restauración o Conferencias Comunitarias*: Proceso en el que se reúnen la víctima o el ofendido, el adolescente o el adulto infractor, los familiares de ambas partes, así como amigos y vecinos, con el objeto de gestionar y resolver el conflicto, atendiendo a las necesidades de la víctima, del infractor y de la comunidad. Dicho método busca darle a la víctima una oportunidad de estar directamente involucrada en el resarcimiento del delito, aumentando así la conciencia, responsabilidad y compromiso del infractor en el impacto de su conducta y la importancia de su actuar futuro.

Las conferencias o reuniones de restauración surgen en 1989, con la aprobación de la Ley sobre Niños, Jóvenes y sus Familias de Nueva Zelanda.

Dicha regulación estableció un nuevo paradigma para el tratamiento de los menores infractores, pues en vez de procesarlos de forma ordinaria, se les otorgó mayores facultades a las familias de los jóvenes delincuentes para la toma de decisiones con el

propósito de que éstas decidieran junto con las víctimas y otros de la comunidad la sanción apropiada.

Estos métodos restaurativos se diferencian de la mediación víctima-ofensor en que involucran a más participantes, ya que no sólo participan la víctima y el infractor sino también las víctimas secundarias, como lo pueden ser familiares y amistades de la víctima, parientes y allegados del infractor, así como representantes del sistema de justicia penal, conocidos también como “de Familia o de Grupos de Comunidad”.

En semejanza, las conferencias también se valen de un facilitador del diálogo, sin embargo, son los miembros del grupo reunidos, quienes decidirán como debe de reparar el infractor aquel daño ocasionado. El acuerdo alcanzado se debe formalizar por escrito, firmado por todos los involucrados y se envía a las autoridades correspondientes para su cumplimiento.

Las reuniones o conferencias de restauración buscan demostrarle al ofensor que existen muchas personas a quienes les interesa y les preocupa su situación, al tiempo que se puede conseguir despertar un sentido de responsabilidad en la familia, su círculo interno de amigos y la sociedad entera.

Otra de las bondades es que el acuerdo fortalece el establecimiento y respeto de los valores comunitarios, así como el uso contractivo de la vergüenza llamada reintegrativa, por medio de la cual la sociedad denuncia la conducta del ofensor como inaceptable, pero a su vez, se compromete con éste para su reintegración.

c) *Círculos*: Proceso en el que participan la víctima, el infractor y en su caso, la familia de ambos, sus abogados, así como integrantes de la comunidad afectados e interesados de instituciones públicas (policía, ministerio público, poder judicial, familiares, escolares, etc.), sociales (organizaciones de la sociedad civil) y privadas (cámara de la industria, del comercio, del turismo, etc.) son guiadas por un facilitador, con el fin de procurar la sanación de los afectados por el crimen, así como lograr el compromiso y

responsabilidad del infractor promoviendo su enmienda y reinserción social.

Los círculos son métodos restaurativos de resolución de conflictos adaptados de las culturas nativas de los Estados Unidos y Canadá, a partir de la década de los 80, cuando funcionarios judiciales y los pueblos de las Primeras Naciones de Yukón promovieron el desarrollo de vínculos entre la comunidad y la vía judicial.

Como los demás métodos restaurativos de solución de conflictos mencionados anteriormente, los Círculos son voluntarios, es decir que nadie puede obligar al ofensor a someterse al proceso restaurativo. Además gran parte de la recuperación del mismo depende de esa voluntad del infractor para sanar.

Cualquier miembro de la comunidad en los Círculos, ya sea integrante del sistema judicial, hasta cualquier ciudadano interesado en el delito tendrán la oportunidad de expresarse durante el proceso restaurativo.

Los participantes se expresan a medida que se les pasa un objeto que concede la palabra. A medida que dicho objeto pasa por todo el círculo, el grupo debate sobre diferentes temas. Al referirse al delito, los participantes expresarán cómo se sienten al respecto. El ofensor, por su parte, expresará por qué lo cometió. Durante el método restaurativo, los involucrados en el Círculo tendrán que desarrollar una estrategia para la restitución del daño causado.

En nuestra experiencia de Lomas de Zamora hemos utilizado para distribuir la voz un objeto denominado Ubumtu. En estas sesiones es notable que la gente respeta y espere en silencio su turno y que sea solo el que tiene el objeto en la mano el que use la palabra. De este modo se evita que hablen varios a la vez o que sea un par quien haga callar a otro quien a su vez puede sentirse atacado por ser callado y así complicarse la asamblea. Ubuntu es un término que hace referencia a una religión ancestral practicada en África y muy difundida en comunidades como

la Zulú. El contenido central de dicha religión es que yo soy en la medida que soy con los demás, en hacer a los otros lo que me gustaría que hagan conmigo y no hacerle lo que no me gusta que me hagan.

Pueden identificarse las siguientes fases: En primer lugar, el ofensor debe solicitar, sin presión, la sujeción a dicho método restaurativo. Al pasar el asunto a este proceso, el delincuente y la víctima son informados de lo que ocurrirá en el círculo, tendrán la oportunidad de expresarse y de conocer las experiencias de ambos, así como de las demás personas que participen.

Posteriormente, un Círculo de sentencia determinará la respuesta que se espera del ofensor, pudiendo incluir compromisos de la comunidad y miembros de la familia involucrados y funcionarios judiciales. Por último, un Círculo de apoyo monitoreará el progreso del acuerdo alcanzado.

d) *Asistencia a la Víctima*: Como su nombre lo indica, son programas que brindan servicio a las víctimas para ayudarlas a que se recuperen del daño que se les ha ocasionado. Los objetivos que persiguen son: brindar representación legal a las víctimas del delito para que no se presente una situación de olvido por parte del sistema legal; la recuperación de las lesiones físicas y psicológicas y alcanzar una reintegración en la sociedad por parte de la víctima.

Los Programas de asistencia a las víctimas se dividen en dos grandes apartados:

- La defensa de los Derechos de las Víctimas y
- Los servicios de asistencia materiales y psicológicos.

e) *Asistencia a Ex Delinquentes*: Es claro que a la hora de salir de prisión, la reinserción social no es fácil. Existen múltiples barreras que podrían orillarlos a reincidir. De igual forma, el purgar una condena no implica la rehabilitación. También los victimarios necesitan de ayuda. Los programas de asistencia al prisionero buscan que la transición de la vida en la cárcel a ser un miembro

activo de la comunidad, no sea difícil. Su objetivo es quitar el estigma social que carga el delincuente para recuperarlo como un ciudadano productivo.

f) *Restitución*: Es el pago del ofensor ya sea en dinero, en servicios o en especie para resarcir a la víctima el daño causado por el delito. En nuestra opinión, no nos parece que sea un método de justicia restaurativa en sí, más bien es el resultado de un proceso restaurativo, sin embargo, no podemos negar que el acto de restituir lo que se debe puede generar psicológicamente una satisfacción en la víctima y será un paso importante en la rehabilitación del infractor, además de la contribución para enmendar las relaciones sociales de las partes involucradas.

g) *Servicio Comunitario*: Es el trabajo realizado por un ofensor en beneficio de la comunidad para reparar el daño de sus acciones. El servicio comunitario es más bien un resultado del proceso restaurativo, sin dejar de reconocer que puede tener un poder para rehabilitar al infractor.

Debemos recordar que la sociedad es considerada por la doctrina como una víctima más del delito. Mientras la restitución repara el daño causado a la víctima en particular, el servicio comunitario repara el daño efectuado a todos.

h) *La Mediación y el Encuentro*: Este tipo de método restaurativo se basa en el modelo de encuentros desarrollados en Australia, en el valle del Támesis, Inglaterra y en Leuven, Bélgica, donde la policía trata de acercar a las partes antes de que se presenten acusaciones formales. La idea de desarrollar dichos programas surge de la tradición en mediación de los diferentes sectores de las comunidades

i) *Conciliación Post-judicial*: Este tipo de conciliación consiste en reunir a las víctimas con los ofensores, para que entre ellos, estudien si han podido superar las consecuencias del delito. Se evaluará si el infractor ha tenido una transformación durante su encierro, así como buen comportamiento, si coopera con las demás personas recluidas, si se está capacitando o estudiando, es

decir, se verifican todas las condiciones existentes para determinar si en realidad, está apto para salir de la cárcel y mantenerse dentro del orden fuera de ella. De igual forma se evalúa a la víctima, para determinar si ha podido superar el impacto psicológico del delito.

La Reparación del Daño es más bien, la solución objetiva o simbólica que restituye la situación al estado anterior a la comisión del delito, satisfaciendo a la víctima, pudiendo ser la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, trabajo gratuito, entre otros.

En el caso de la Justicia Restaurativa aunque también se contempla el pago monetario, en realidad lo que se busca es la curación de la víctima y también del victimario, por lo que no necesariamente nos referimos a un problema de dinero.

La Reparación del Daño es en realidad una acción emprendida por el delincuente a fin de hacer de la pérdida sufrida por la víctima algo bueno.

Las Naciones Unidas promueven la protección al derecho que tienen las víctimas a una pronta reparación del daño, así como el acceso a Justicia para lograrlo, dependiendo de lo establecido en las regulaciones locales.

La reparación comprende cinco etapas:

1) Disculpa: Puede ser oral o escrita, a su vez consta de tres fases que son:

A) Posible reconocimiento: En dicho paso el ofensor puede reconocer su responsabilidad por lastimar a la víctima, aceptar que su conducta causó un daño real y que el ofendido no merecía el perjuicio o declarar su inocenciabilidad;

B) Emoción: Se busca que el ofensor pueda experimentar sentimientos por lo sucedido, con el objetivo de que ello pueda resultar sanador para la víctima y rehabilitador para el victimario;

C) Vulnerabilidad: Se refiere al cambio de poder entre la víctima y el ofensor, pues mediante el delito, el victimario ejerce una fuerza sobre la víctima. Al producirse la disculpa el delincuente pasa ese control al ofendido, quien decide aceptarla o rechazarla.

2) Cambio en la Conducta: Busca que el ofensor no reitere;

3) Generosidad: La Justicia Restaurativa busca en la medida de lo posible que el ofensor realice servicios no relacionados con la víctima o con el delito efectuado, pero que pudieran ser muestra de una verdadera disculpa.

4) Restitución: Consiste en resarcir con dinero o servicios a la víctima por el daño.

5) Perdón del Ofendido: El Perdón constituye un rechazo al mal infringido con una actitud positiva, o por lo menos, no negativa a la persona que nos ha lastimado.

Perdonar no es fingir que no nos sucede nada o aparentar una reconciliación.

Perdonar es un proceso donde se reconocen errores y se intenta corregirlos, buscando en ello, sentimientos de libertad y de paz con uno mismo.

Perdonar es una transformación motivacional que inclina a la persona a inhibir respuestas destructivas en sus relaciones y a convertirlas en constructivas respecto a quien lo ha ofendido.

El Perdón y la Reconciliación son procesos y capacidades que demuestran madurez intelectual y espiritual, no son actos de masoquismo, ni muestras de debilidad, al contrario, representan actos de verdadera humanidad, valor y lucidez.

Estos procesos restaurativos son tan satisfactorios y pacificadores que consideramos recomendable realizar mediaciones o procesos restaurativos en jóvenes no punibles, que dentro del litigio penal en sí, van a ser sobreseídos en razón de la edad.

El ideal es fomentar el poder de una comunidad restaurativa de paz, abandonar el odio que hoy se tiene, para reducir la violencia y crear procesos de sanación; fomentando la participación responsable en la solución de los conflictos.

El proceso de justicia restaurativa coloca a las víctimas en situación de protagonismo permitiéndoles participar del proceso de resolución del conflicto de manera activa. Pueden expresar el impacto y las consecuencias que le produjo el evento disvalioso. Sus puntos de vista e intereses son tenidos en cuenta para determinar el acuerdo que reparará el daño sufrido. Asimismo en caso de corresponder tendrán la oportunidad de restaurar su relación con el autor del acto infractor. Todo sin dejar de mirar al victimario como víctima y a la sociedad como el ámbito donde se inhibe, condicionan o impulsan estos actos.

En el proceso de justicia restaurativa se cambia la mera evaluación legal de la culpabilidad por la de responsabilidad. Pero lo significativo de esto es que no solo se trabaja con los protagonistas en asumir la responsabilidad, sino también con todos aquellos que participaron en las circunstancias que motivaron dicho comportamiento y procesalmente no aparecen como implicados.

Crear la conciencia de responsabilidad para que provoque acciones particulares y únicas en las partes y sean capaces de establecerlas en el proceso transformativo, sin sujeción a reglas impuestas legalmente.

Podríamos decir que el objetivo de mayor relevancia de la justicia restaurativa es justamente reducción de reincidencia y reiterancia, por cuanto muestra los alcances a futuro que brinda un camino de conciencia y transformación interna, reflejando un modelo de hombre que vincula con el otro desde lo profundo de su ser.

En este extenso recorrido hemos querido destacar el origen, las formas, los métodos, saberes y tradiciones de un *Ius Puniendi* que pese a los distintos ropajes que ha sabido vestir en distintas épocas históricas, aún goza de plena vigencia sosteniendo la lógica del Derecho Penal copiada del pensamiento escolástico y

de la potestad del Estado de excluir de la sociedad a determinadas personas. Para luego compararla con la justicia restaurativa como una respuesta evolucionada al crimen, que se aparta del modelo retribucionista, respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social mediante la sanación de la víctima, el infractor y la comunidad proponiendo un modelo de sociedad incluyente y democrático.

Se intenta a través de la mediación recuperar la confianza, credibilidad y eficacia, respetando la diversidad para dar lugar a que la justicia y la paz social se pueda alcanzar por vías complementarias al litigio penal.

La Mediación en materia penal podría tener múltiples antecedentes, por ejemplo, Cynthia Olson narra su investigación y participación en el “Tribunal del Pacificador” de los indígenas navajos, donde en realidad se aplican procedimientos de Mediación y Conciliación tradicionales a las costumbres y creencias nativas. En Argentina los tenemos en las comunidades Ranqueles, con la celebración del año nuevo Ranquel. Las comunidades menonitas del mundo entero son ejemplos de aplicación de estos métodos, no escapa al ejemplo la colonia menonita de la localidad de Quatrache en Argentina.

Utilizamos el término “disvalioso” al referirnos a un accionar delictivo por cuanto lo componen el prefijo “dis”, que significa “privado de” y el adjetivo “valioso”. Se trata de encontrar en el accionar una conducta que pese a no haber sido altruista, puede modificarse sin que la persona se estigmatice negativamente.

Nuestro afán es continuar una incesante lucha para promover la cultura del amor y cultivar nuevos pensamientos que a futuro procuren la obtención de políticas públicas efectivas en la prevención del delito, priorizando la educación como elemento posibilitador del cambio en la sociedad.

Si el proceso de mediación se da de forma complementaria al proceso penal, ¿por qué razón deberíamos limitar en forma radical el catálogo de delitos mediables?

Reiteramos que nos encontramos atravesando un momento histórico-político en el cual para poder vivir pacíficamente resulta necesario hacer la elección en base a dos posibles opciones: una que resulta producto de la inclusión de todos los seres humanos, otra en contrapartida, aparece como la exclusión de algunas personas o sectores sociales.

En el firme convencimiento que sectorizar y excluir nos está conduciendo a la destrucción como raza humana, optamos de manera definitiva por bregar por una sociedad inclusiva, donde el diálogo y la comprensión de las diferencias nos lleve a poder convivir en forma pacífica.

Solo la voluntad y las acciones de los hombres construirán la historia y abrirán la visión de un horizonte nuevo.

El diálogo debe ser el procedimiento para trascender un conflicto.

La creatividad se localiza en la tierra fronteriza entre lo intelectual y lo emocional que constituye la espiritualidad.

Expandir, como semillas de Diente de León al viento, la órbita del dialogo e intercambio entre seres humanos, orientados hacia la paz, trascendiendo las diferencias culturales y religiosas, es el ideal para construir una corriente de cambio profundo y seguro hacia una sociedad mejor.

**EDUARDO GERMÁN BAUCHÉ**

**MARIELA ISABEL PRADA**

## APÉNDICE DOCUMENTAL

### 1. PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA PENAL<sup>57</sup>

El Consejo Económico y Social, recordando su resolución 1999/26 de 28 de julio de 1999, titulada “*Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal*”, en la que pidió a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal que estudiara la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en materia de mediación y justicia restaurativa.

Recordando asimismo su resolución 2000/14 de 27 de julio de 2000, titulada “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”, en la que el Consejo pidió al Secretario General que solicitara observaciones de los Estados Miembros y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, así como de los institutos que integran la red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, sobre la conveniencia y los medios de establecer principios comunes para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal, incluida la conveniencia de elaborar un nuevo instrumento con ese fin.

Teniendo en cuenta los compromisos internacionales existentes con respecto a las víctimas, en Particular la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Tomando nota de los debates sobre justicia restaurativa mantenidos durante el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en el mar-

---

<sup>57</sup> Estos principios se presentaron a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal con arreglo a lo dispuesto en las resoluciones 1999/26, de 28 de julio de 1999 y 2000/14, de 27 de julio de 2000, del Consejo Económico y Social.

co del tema del programa titulado Delincuentes y víctimas: responsabilidad y equidad en el proceso de justicia.

Tomando nota de la resolución 56/261 de la Asamblea General de 31 de enero de 2002, titulada “Planes de acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI”, y en particular de las medidas de justicia restaurativa que deban adoptarse para cumplir los compromisos contraídos en el párrafo 28 de la Declaración de Viena.

Tomando nota con reconocimiento de la labor realizada por el Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa en su reunión celebrada en Ottawa del 29 de octubre al 1º de noviembre de 2001.

Tomando nota del informe del Secretario General sobre la cuestión de la justicia restaurativa y del informe del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa:

1. Toma nota de los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, que se adjuntan a la presente resolución;
2. Alienta a los Estados Miembros a que se basen en los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal para la elaboración y gestión de programas de justicia restaurativa;
3. Pide al Secretario General que vele por la máxima difusión posible de los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal entre los Estados Miembros, los institutos de la Red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal y otras organizaciones internacionales, regionales y no gubernamentales;
4. Exhorta a los Estados Miembros que hayan adoptado prácticas de justicia restaurativa a que informen sobre esas prácticas a otros Estados que se interesen por ellas;

5. Exhorta asimismo a los Estados Miembros a que se presten asistencia mutuamente en la elaboración y aplicación de programas de investigación, de capacitación y de otra índole, así como en las actividades para fomentar el debate y el intercambio de experiencias en cuestiones de justicia restaurativa;

6. Insta además a los Estados Miembros a que se planteen la posibilidad de prestar asistencia técnica, mediante contribuciones voluntarias, a los países en desarrollo y a los países con economías en transición que soliciten tal asistencia, a fin de ayudarlos a formular programas de justicia restaurativa.

Definimos a la justicia restaurativa como una respuesta evolucionada al crimen, que se aparta del modelo retribucionista, respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social mediante la sanación de la víctima, el infractor y la comunidad. La mediación en el área penal como el procedimiento previo, alternativo o complementario al proceso penal, que se da en el contexto de la justicia restaurativa, en el que el autor del acto infractor y quien resulta víctima del mismo - con la intervención de un mediador como tercero imparcial- elaboran un acuerdo reparatorio y compensatorio; mediante una prestación voluntaria del autor a favor de la víctima y/o de la comunidad y su compromiso sentido a no realizar hechos que afecten negativamente a otras personas internalizando la idea de la convivencia pacífica. Dicho acuerdo se da entre los protagonistas de la trama penal de forma voluntaria, informada, confidencial y aceptada.

Se intenta a través de la mediación recuperar la confianza, credibilidad, eficacia, respetando la diversidad para dar lugar a que la justicia y la paz social se pueden alcanzar por vías complementarias o alternativas al litigio penal, en virtud que la garantía de impartición de justicia no se limita a la emisión de sentencias sino a la efectiva resolución del conflicto.

**ANEXO**  
**PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA UTILIZACIÓN**  
**DE PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA**  
**EN MATERIA PENAL**

*Preámbulo*

Recordando que en el mundo entero ha habido un significativo aumento de las iniciativas en materia de justicia restaurativa.

Reconociendo que esas iniciativas a menudo se basan en formas de justicia tradicional e indígena en las que el delito se considera fundamentalmente un daño a la persona.

Recalcando que la justicia restaurativa es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.

Destacando que este enfoque permite a los afectados por un delito compartir abiertamente sus sentimientos y experiencias y tiene por objeto atender sus necesidades.

Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad y permite a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia.

Observando que la justicia restaurativa da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y complementan esos sistemas, teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas, sociales y culturales.

Reconociendo que el uso de la justicia restaurativa no menoscaba el derecho de los Estados de perseguir a los presuntos delincuentes.

## **I. Definiciones**

1. Por programa de justicia restaurativa se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.

2. Por proceso restaurativo se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.

3. Por resultado restaurativo se entiende un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.

4. Por partes se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo.

5. Por facilitador se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo.

## II. Utilización de programas de justicia restaurativa

6. Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional.

7. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente.

La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

8. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales posteriores.

9. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.

10. La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.

11. Cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad

para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad.

### **III. Funcionamiento de los programas de justicia restaurativa**

12. Los Estados Miembros deben considerar la posibilidad de establecer directrices y normas, con base legislativa cuando sea preciso, que rijan la utilización de los programas de justicia restaurativa. Esas directrices y normas deberán respetar los principios básicos aquí enunciados y versarán, entre otras cosas, sobre lo siguiente:

- a) Las condiciones para la remisión de casos a los programas de justicia restaurativa;
- b) La gestión de los casos después de un proceso restaurativo;
- c) Las calificaciones, la capacitación y la evaluación de los facilitadores;
- d) La administración de los programas de justicia restaurativa;
- e) Las normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de los programas de justicia restaurativa.

13. En los programas de justicia restaurativa y en particular en los procesos restaurativos, deben aplicarse salvaguardias básicas en materia de procedimiento que garanticen la equidad para con el delincuente y la víctima:

- a) A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la víctima y el delincuente deben tener derecho a consultar a un asesor letrado en relación con el proceso restaurativo y, en caso necesario, a servicios de traducción o interpretación.

Los menores, además, tendrán derecho a la asistencia de los padres o el tutor;

b) Antes de dar su acuerdo para participar en procesos restaurativos, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión;

c) No se debe coaccionar a la víctima ni al delincuente para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los debe inducir a hacerlo por medios desleales.

14. Las conversaciones mantenidas en los procesos restaurativos que no sean públicos tendrán carácter confidencial y no deberán revelarse ulteriormente, salvo acuerdo de las partes o si la legislación nacional dispone otra cosa.

15. Los resultados de los acuerdos dimanantes de programas de justicia restaurativa, cuando proceda, deberán ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Cuando así ocurra, los resultados tendrán la misma categoría que cualquier otra decisión o sentencia judicial y deberán excluir la posibilidad de enjuiciamiento por los mismos hechos.

16. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes el caso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El solo hecho de no haber llegado a un acuerdo no podrá ser invocado en ulteriores procedimientos de justicia penal.

17. El incumplimiento de un acuerdo concertado en el curso de un proceso restaurativo deberá remitirse al programa restaurativo o, cuando así lo disponga la legislación nacional, al proceso de justicia penal ordinario, y deberá adoptarse sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no deberá

servir de justificación para imponer una condena más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal.

18. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial, con el debido respeto a la dignidad de las partes. En ese sentido velarán por que las partes actúen con mutuo respeto y deberán hacer posible que las partes encuentren una solución pertinente entre sí.

19. Los facilitadores deberán poseer un buen conocimiento de las culturas y las comunidades locales y, cuando proceda, recibirán capacitación inicial antes de asumir sus funciones de facilitador.

#### **IV. Desarrollo continuo de los programas de justicia restaurativa**

20. Los Estados Miembros deben considerar la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para la utilización de la justicia restaurativa, entre las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales.

21. Se deben celebrar consultas periódicas entre las autoridades de justicia penal y los administradores de programas de justicia restaurativa para elaborar una concepción común de los procesos y resultados restaurativos y potenciar su eficacia a fin de acrecentar la utilización de programas restaurativos y estudiar medios de incorporar criterios de tipo restaurativo a las prácticas de justicia penal.

22. Los Estados Miembros, en cooperación con la sociedad civil cuando proceda, deberán promover la investigación sobre los programas de justicia restaurativa y su evaluación para determinar en qué medida producen resultados restaurativos, sirven de

complemento o alternativa al proceso de justicia penal y arrojan resultados positivos para todas las partes. Los procesos de justicia restaurativa pueden requerir cambios concretos con el paso del tiempo. Por consiguiente, los Estados Miembros deben alentar la evaluación y modificación periódicas de esos programas. Los resultados de las investigaciones y evaluaciones deberán orientar la ulterior elaboración de políticas y programas.

*V. Cláusula de salvaguardia.*

23. Nada de lo enunciado en estos Principios básicos afectará a los derechos del delincuente o de la víctima reconocidos por la legislación nacional o el derecho internacional pertinente.

**2. LEY 13.634 PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

Texto Actualizado con las modificaciones introducidas por Leyes 13645, 13772, 13797, 13821 y 14116.

**TITULO I: PRINCIPIOS GENERALES DEL FUERO DE FAMILIA Y DEL FUERO PENAL DEL NIÑO.**

ARTÍCULO 1.- Serán aplicables a las causas seguidas respecto a niños, en cuanto no sean modificadas por la presente Ley, las normas del Decreto-Ley 7425/68 (Código Procesal Civil y Comercial) y de la Ley 11.922 (Código Procesal Penal).

ARTÍCULO 2.- Las audiencias y vistas de causa serán orales bajo pena de nulidad y se practicarán con la presencia obligatoria de todas las partes, de acuerdo a los principios de continuidad, intermediación, contradicción y concentración.

ARTÍCULO 3.- Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a

sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. En el caso de los niños por nacer ejercerá este derecho la madre. El Juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho.

ARTÍCULO 4.- Todo proceso que tramite ante estos Fueros tendrá carácter reservado, salvo para el niño, representantes legales o guardadores de hecho y las partes.

ARTÍCULO 5.- Queda prohibida la difusión de la identidad de los niños sujetos a actuaciones administrativas o judiciales, cualquiera sea su carácter y con motivo de dichas actuaciones, en informaciones periodísticas y de toda índole. Se consideran como informaciones referidas a la identidad: el nombre, apodo, filiación, parentesco, residencia y cualquier otra forma que permita su individualización.

ARTÍCULO 6.- El niño al que se atribuya haber infringido leyes penales o se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, debe ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño, la importancia de promover su reintegración y que asuma una función constructiva en la sociedad.

ARTÍCULO 7.- La internación y cualquier otra medida que signifique el alojamiento del niño en una institución pública, semipública o privada, cualquiera sea el nombre que se le asigne a tal medida y aun cuando sea provisional tendrá carácter excepcional y será aplicada como medida de último recurso, por el tiempo más breve posible y debidamente fundada.

### **TÍTULO III: FUERO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL**

#### **Capítulo II**

## Disposiciones Generales del Proceso Penal

ARTÍCULO 32.- El presente régimen es aplicable a todo niño punible, según la legislación nacional, imputado de delito en jurisdicción territorial de la provincia.

ARTÍCULO 33.- Son principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal: la protección integral de los derechos del niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en la comunidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y la participación de la víctima; también que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas.

ARTÍCULO 34.- La edad del niño se comprobará con los títulos de estado correspondientes. Ante la falta de éstos, se estimará en base al dictamen pericial efectuado por un (1) médico forense o por dos (2) médicos en ejercicio de su profesión. El dictamen deberá realizarse y remitirse en un plazo que no exceda de cuarenta y ocho (48) horas de ordenada la pericia.

ARTÍCULO 35.- La imposición de cualquiera de las medidas previstas en esta Ley, requerirá la convicción sobre la existencia de los hechos juzgados, con desarrollo de las razones que llevan a aquella certeza no sólo respecto de los hechos sino de la participación y responsabilidad del niño en los mismos, siempre que no concurra alguna eximente. Caso contrario, se procederá según las previsiones de los artículos 63 y 64 de la presente Ley.

ARTÍCULO 36.- El niño sujeto a proceso penal gozará de todos los derechos y garantías reconocidos a los mayores y en especial tendrá derecho a:

- 1.- Ser informado de los motivos de la investigación y de la autoridad responsable de la misma, del derecho a no declarar contra

sí mismo y a solicitar la presencia inmediata de sus padres, tutores o responsables y su defensor;

2.- No ser interrogado por autoridades policiales, militares, civiles o administrativas;

3.- Recibir información clara y precisa de todas las autoridades intervinientes del Fuero, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y de las razones, incluso ético-sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa;

4.- Que la privación de libertad sea sólo una medida de último recurso y que sea aplicada por el período más breve posible, debiendo cumplirse en instituciones específicas para niños, separadas de las de adultos, a cargo de personal especialmente capacitado teniendo en cuenta las necesidades de su edad;

5.- Comunicarse personalmente con la autoridad judicial, recibir visitas e intercambiar correspondencia con su familia, al estudio y la recreación;

6.- Que no se registren antecedentes policiales que perjudiquen su dignidad.

7.- Que las decisiones sobre medidas cautelares, salidas alternativas al proceso y requisitoria de elevación a juicio, bajo pena de nulidad se dicten en audiencia oral con su presencia, la de su defensor, acusador y demás intervinientes, conforme a los principios de continuidad, intermediación, contradicción y concentración.

ARTÍCULO 37.- El padre, madre o representante legal, serán notificados de toda decisión que afecte al niño, excepto que el interés superior del éste indique lo contrario.

### Capítulo III

#### Investigación Preliminar Preparatoria.

ARTÍCULO 38.- En ningún caso el niño será sujeto a interrogatorio por parte de autoridades policiales acerca de su participación en los hechos, ni se dejará constancia de manifestaciones que le hayan sido atribuidas como producidas ante esas autoridades. El incumplimiento de esta disposición implica la nulidad de lo actuado.

ARTÍCULO 39.- Queda prohibido a los organismos administrativos con funciones de policía llevar antecedentes sobre los delitos atribuidos a niños.

ARTÍCULO 40.- Los Agentes Fiscales podrán no iniciar la persecución al niño por la supuesta comisión de un hecho ilícito, o abandonar la ya iniciada, cuando consideren que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del niño.

La víctima podrá oponerse a la decisión del Fiscal, ante el Fiscal General Departamental dentro de los diez (10) días de dictada la Resolución. **Presentado el reclamo, se citará a una audiencia a todos los intervinientes y, previo a resolver el Fiscal General abrirá debate sobre el punto.**

**Lo subrayado se encuentra observado por el Decreto de Promulgación n° 44/07 de la presente Ley.**

ARTÍCULO 41.- Cuando un niño fuese aprehendido, deberá darse aviso inmediatamente a sus padres, tutores o responsables, al Agente Fiscal, al Defensor Oficial y al Juez de Garantías, indicando el motivo de la aprehensión, el lugar donde se encuentre y el sitio donde será conducido.

A pedido del Agente Fiscal el Juez de Garantías del Joven podrá librar orden de detención en los términos del artículo 151 del Código de Procedimiento Penal, en el plazo de doce (12) horas desde el momento de la aprehensión.

ARTÍCULO 42.- Podrá imponerse al niño imputado, previa audiencia oral ante el Juez de Garantías del Joven, con la presencia del Agente Fiscal y del Defensor del Joven una (1) o más de las siguientes medidas cautelares:

- a) Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que el Juez determine;
- b) Prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
- c) Prohibición de aproximarse al ofendido, a su familia o a otras personas;
- d) Prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- e) Obligación de concurrir periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el Juez determine;
- f) Arresto domiciliario;
- g) Prisión preventiva.

ARTÍCULO 43.- En causas graves, el Agente Fiscal podrá requerir al Juez de Garantías para que, dentro del plazo de cinco (5) días desde la detención, se fije una audiencia oral para decidir la procedencia o no de la prisión preventiva. El Juez podrá decretar excepcionalmente la prisión preventiva de un niño al finalizar la audiencia, a requerimiento del Agente Fiscal, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- 1.- Que existan indicios vehementes de la existencia del hecho y motivos suficientes para sospechar que el niño ha participado en su comisión.
- 2.- Que haya motivos para suponer que el niño pueda evadir la justicia o entorpecer la investigación.
- 3.- Que se haya recibido declaración al imputado o se hubiera negado a prestarla.
- 4.- Que no sea posible aplicar otra medida cautelar no privativa de la libertad. En ningún caso procederá la prisión preventiva cuando el delito imputado tenga una pena en expectativa susceptible de ejecución condicional, conforme a lo previsto al artículo 26 del Código Penal.

La prisión preventiva no podrá exceder de ciento ochenta (180) días. Transcurrido este plazo, si no se hubiere realizado el juicio, el niño será puesto en libertad sin más trámite por el Juez de la causa, sin necesidad de requerimiento fiscal o de la defensa. Si por la complejidad de los hechos investigados o la pluralidad de presuntos autores el plazo establecido resultare insuficiente, el Juez podrá prorrogarlo, a requisitoria del Fiscal en forma motivada, por un plazo razonable que no podrá exceder ciento ochenta (180) días.

Vencido el mismo, será puesto en libertad sin más trámite.

**El Defensor del Niño podrá plantear cada tres meses la revisión de la medida dispuesta por el Juez de Garantía.**

**Bajo pena de nulidad, la decisión sobre la prisión preventiva, su prórroga y su cese serán resueltas en audiencia oral con la presencia obligatoria del niño imputado, Agente Fiscal y Defensor del Niño. En esta audiencia se discutirán y tomarán, además, todas las decisiones alternativas que**

**pongan fin a la etapa preliminar o al proceso, en especial, la suspensión del juicio a prueba, el archivo, el juicio abreviado, el juicio directísimo, el sobreseimiento o la mediación del conflicto.**

**Lo subrayado (anteúltimo y último párrafo) se encuentra observado por el Decreto de Promulgación n° 44/07 de la presente Ley.**

ARTÍCULO 44.- Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el niño imputado, el Juez de Garantías deberá imponer tales alternativas en lugar de la prisión preventiva, estableciendo las condiciones que estime necesarias.

ARTÍCULO 45.- No regirá respecto del niño sometido a proceso penal el artículo 152 del Código Procesal Penal.

ARTÍCULO 46.- Los niños privados de su libertad deberán estar alojados en centros especializados.

Los niños deben estar siempre separados de los mayores cuando estén en prisión preventiva o cumpliendo una sanción privativa de libertad.

Los niños detenidos antes del juicio deberán ser separados de los condenados.

ARTÍCULO 47.- El personal policial en general, y en especial el que trate en forma habitual con niños o se dedique a la prevención, deberá recibir la instrucción y capacitación especial en la materia.

ARTÍCULO 48.- Cuando hubiere detenidos el término para realizar la investigación no podrá exceder de ciento veinte (120) días

a partir del inicio de las actuaciones. El Agente Fiscal podrá solicitar al Juez de Garantías del Niño la ampliación del plazo anterior, teniendo en cuenta la complejidad del hecho o número de autores o partícipes. Dicha ampliación no excederá en ningún caso sesenta (60) días.

ARTÍCULO 49.- El Agente Fiscal, al ordenar la apertura de la investigación, dispondrá en forma inmediata la comprobación de la edad de la persona presuntamente menor de edad e informará al mismo, a sus padres, tutores o responsables y al Defensor Oficial, la existencia de la investigación y los cargos que se le imputan a aquel para que ejerzan el derecho de defensa. Asimismo practicará las diligencias pertinentes a fin de establecer si existe un hecho delictuoso, las circunstancias del mismo y si existen evidencias o indicios para promover la acción.

ARTÍCULO 50.- El Juez de Garantías del Joven podrá decretar la libertad del niño procesado, aunque mediare oposición del Ministerio Público Fiscal sin cumplir otra formalidad, siempre que no hallare mérito para que continúe la detención y así lo manifestare fundada y razonadamente en su resolución.

ARTÍCULO 51.- El Juez de Garantías solicitará información al Registro de Procesos del Niño, que se creará en el ámbito del Poder Judicial, respecto de la existencia de procesos pendientes contra el niño, a los efectos de la acumulación y control de la continuidad del proceso. La falta de este informe no suspenderá el trámite ni el pleno ejercicio de las garantías del procesado.

## **Capítulo IV**

### **Juicio**

ARTÍCULO 52.- Radicada la causa, el Juez de la Responsabilidad Penal Juvenil o en su caso el Tribunal de la Responsabilidad Penal Juvenil, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, señalará

el día y la hora para la celebración de la audiencia preparatoria del juicio oral con citación a las partes, la que deberá fijarse en un plazo que no exceda los quince (15) días.

ARTÍCULO 53.- No será aplicable lo normado por el artículo 342 del Código Procesal Penal, respecto a la publicidad de la audiencia de debate, la cual tendrá carácter de reservado. Excepcionalmente, podrán estar presentes aquellas personas expresamente autorizadas por el Juez. La decisión judicial es inimpugnable.

ARTÍCULO 54.- El debate se realizará el día y hora señalados, siendo de carácter reservado las actuaciones que se realicen en la audiencia. Después de verificada la presencia del niño, del Agente Fiscal, del Defensor y los testigos, especialistas, peritos y terceros interesados que deban asistir a la audiencia, el Juez o en su caso el Tribunal de la Responsabilidad Penal Juvenil declarará abierta la audiencia de Juicio Oral e instruirá al acusado sobre la importancia y el significado de la misma, procediendo a ordenar la lectura de los cargos que se le atribuyen.

El Juez hará saber al acusado el derecho a permanecer o retirarse durante la sustanciación de la causa, pudiendo éste consultar a su Defensor. Lo invitará a que esté atento a todo lo que se desarrolle en la audiencia e instruirá sobre la posibilidad de preguntar y repreguntar a testigos, peritos, intérpretes y a todo aquel que aporte datos durante la audiencia.

ARTÍCULO 55.- Los documentos deberán leerse y exhibirse en la audiencia, con indicación de su origen. Los objetos secuestrados deberán ser exhibidos en la audiencia para su reconocimiento. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales deberán reproducirse en presencia de las partes.

Bajo pena de nulidad, los documentos, objetos secuestrados, grabaciones y elementos de prueba audiovisuales sólo podrán ingresar al debate previa acreditación por la parte que los propu-

so. La contraparte podrá objetar dicha acreditación y el Juez resolverá en el acto.

ARTÍCULO 56.- Concluido el debate el Juez o en su caso el Tribunal de la Responsabilidad Penal Juvenil, con base en los hechos probados, en la existencia del hecho, en su tipicidad, en la autoría o participación del niño, en la existencia o inexistencia de causales eximentes de responsabilidad, en las circunstancias y gravedad del hecho, y en el grado de responsabilidad, por auto fundado, resolverá:

1. Declarar absuelto al niño, dejando sin efecto la medida provisional impuesta y archivar definitivamente el expediente.
2. Declarar penalmente responsable al niño y aplicarle una o varias de las medidas judiciales de **integración social** previstas en el artículo 68 de esta Ley, con determinación específica de cada una de ellas, su duración, finalidad y las condiciones en que deben ser cumplidas.

La Resolución se notificará a las partes personalmente o por cédula.

**Lo subrayado se encuentra observado por el Decreto de Promulgación n° 44/07 de la presente Ley.**

ARTÍCULO 57.- Cese de las medidas previas. Firme la sentencia deberán cesar todas las medidas que se hubieran dispuesto con anterioridad.

ARTÍCULO 58.- La sanción impuesta por la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

1. La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del mismo, sino también a la particular situación y necesidades del niño.

2. Las restricciones a la libertad personal del niño sólo se impondrán luego de un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.

3. En el examen de los casos se considerará como un factor rector el interés superior del niño.

## **Capítulo V**

### **De los Recursos**

#### **Sección I**

##### **Recurso de Apelación**

ARTÍCULO 59.- El recurso de apelación procederá según lo establecido en el artículo 439 de la Ley N° 11.922 -Código Procesal Penal- y modificatorias.

ARTÍCULO 60.- Recibidos los autos y notificado el Agente Fiscal del Joven, la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal deberá tomar contacto directo y personal con el niño, bajo pena de nulidad. Podrá asimismo oír a las partes para completar su información acerca de las circunstancias del caso.

#### **Sección II**

##### **Recurso contra el fallo**

ARTÍCULO 61.- Contra las resoluciones del artículo 56 y las sentencias del artículo 57 de la presente Ley, procederá un recurso de apelación contra el fallo, bajo las formas y plazos establecidos en el Título III Libro IV de la Ley N° 11.922 - Código Procesal Penal- y modificatorias, en cuanto no se opongan a las disposiciones del presente. Será competente para entender en este recurso el órgano establecido en el artículo 26 de la presente

Ley. La decisión que se dicte a consecuencia de este recurso, será considerada sentencia definitiva a los efectos de la interposición de los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte de Justicia.

ARTÍCULO 62.- El Ministerio Público Fiscal y el particular damnificado sólo podrán recurrir:

1. El sobreseimiento.
2. En los supuestos de los artículos 448 y 449 del Código Procesal Penal.

## **Capítulo VI**

### **De los niños inimputables**

ARTÍCULO 63.- Inimputabilidad por su edad. Comprobada la existencia de un hecho calificado por la Ley como delito y presumida la intervención de un niño que no haya alcanzado la edad establecida por la legislación nacional para habilitar su punibilidad penal, el Agente Fiscal solicitará al Juez de Garantías su sobreseimiento.

Sin perjuicio del cierre del proceso penal respecto del niño, si se advirtiere la existencia de alguna vulneración de sus derechos específicos, el Juez de Garantías establecerá la pertinencia de aplicar alguna de las medidas de Protección Integral de Derechos establecidas en la Ley N° 13.298, en cuyo caso solicitará la intervención del Servicio de Protección de Derechos correspondiente y comunicará tal decisión a su representante legal o ante su ausencia al Asesor de Incapaces.

ARTÍCULO 64.- En casos de extrema gravedad en los que las características del hecho objeto de intervención del sistema penal aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del niño inimputable, el Fiscal podrá requerir al Juez de Garantías el dic-

tado de una medida de seguridad restrictiva de libertad ambulatoria, en los términos previstos por la legislación de fondo.

ARTÍCULO 65.- El niño inimputable gozará del derecho a ser oído y de contar, bajo pena de nulidad, con la presencia de sus padres o representantes legales y el asesoramiento o asistencia técnica de su Defensor.

## Capítulo VIII

### Medidas judiciales de integración social.

**Lo subrayado se encuentra observado por el Decreto de Promulgación n° 44/07 de la presente Ley.**

ARTÍCULO 68.- Comprobada la participación del niño en el hecho punible y declarada su responsabilidad, o en los casos de inimputabilidad, el Juez o, en los casos que corresponda el Tribunal, sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación de fondo podrá disponer las siguientes medidas:

1. Orientación y Apoyo socio-familiar.
2. Obligación de reparar el daño
3. Prestación de Servicios a la Comunidad

#### 4. Asistencia especializada.

#### 5. Inserción escolar.

#### 6. Inclusión prioritaria en los programas estatales de reinserción social.

7. Derivación a los Servicios Locales de Protección de Derechos.
8. Imposición de reglas de conducta.

**Lo subrayado se encuentra observado por el Decreto de Promulgación n° 44/07 de la presente Ley.**

ARTÍCULO 69.- Las medidas señaladas en el artículo anterior tendrán por finalidad fomentar el sentido de responsabilidad del niño y orientarlo en un proyecto de vida digno, con acciones educativas que se complementarán con la intervención de la familia, la comunidad y el Municipio respectivo, con el apoyo de los especialistas que el Juez determine.

Para el efectivo cumplimiento de las medidas, la autoridad de aplicación provincial y los Municipios podrán efectuar convenios con instituciones de la comunidad. El Juez o Tribunal deberá advertir al niño y a sus padres o representantes de las consecuencias que, con arreglo a la legislación de fondo, trae aparejado el incumplimiento injustificado de las medidas impuestas.

ARTÍCULO 70.- Para determinar la medida de integración social aplicable se deberá tener en cuenta:

1. La comprobación del acto delictivo y la existencia del daño causado.
2. La comprobación de que el niño ha participado en el hecho delictivo.
3. La naturaleza y gravedad de los hechos.
4. El grado de responsabilidad del niño.
5. La proporcionalidad e idoneidad de la medida.
6. La capacidad del niño para cumplir la medida.
7. Los esfuerzos del niño por reparar los daños.

8. Los resultados de los informes técnicos solicitados en la causa.

**Lo subrayado se encuentra observado por el Decreto de Promulgación n° 44/07 de la presente Ley.**

ARTÍCULO 71.- Las medidas dispuestas con posterioridad al dictado del auto de responsabilidad, podrán aplicarse en forma simultánea, sucesiva o alternada.

De oficio o a petición de parte y en audiencia oral con la presencia de todos los intervinientes podrán prorrogarse, suspenderse, revocarse o sustituirse por otras en forma fundada, previa consulta, en su caso, de las personas encargadas de prestar apoyo durante el cumplimiento de la medida.

ARTÍCULO 72.- **Asistencia especializada. Si el niño responsable del delito que se le imputa padeciere de enfermedad física o psíquica, o fuere adicto a sustancias que produzcan dependencia o acostumbramiento, a requerimiento del Agente Fiscal, el Juez o Tribunal -en audiencia oral- podrá ordenar que la medida se cumpla con la asistencia de especialistas o que reciba el tratamiento en un establecimiento adecuado.**

**Lo subrayado (Artículo 72) se encuentra observado por el Decreto de Promulgación n° 44/07 de la presente Ley.**

ARTÍCULO 73.- El Defensor deberá controlar, mensualmente, la evolución de las medidas impuestas al niño, constatando que las circunstancias en que se cumplen no afecten el proceso de reinserción social del mismo. En cada caso informará sus conclusiones al Juez o Tribunal y solicitará lo pertinente en beneficio del niño.

ARTÍCULO 74.- Orientación y Apoyo socio-familiar. Esta medida consiste en la inclusión del niño en programas que tiendan a

que asuma su responsabilidad en el hecho y reinserción social, promoviendo el apoyo necesario dentro de la familia y en su medio.

ARTÍCULO 75.- Obligación de reparar el daño. Si el delito por el cual se responsabiliza al niño es de contenido patrimonial, el Juez o Tribunal podrá disponer, si es el caso, que el niño restituya la cosa, promueva el resarcimiento del daño, o que de alguna manera, compense el perjuicio de la víctima, en los términos del Libro I Título IV del Código Penal.

ARTÍCULO 76.- Servicios a la Comunidad. Los servicios a la comunidad son tareas gratuitas de interés general que deberán realizarse por un término no mayor a seis (6) meses. Las tareas a que se refiere esta disposición deberán cumplirse en lugares o establecimientos públicos o privados sin fines de lucro, o en ejecución de programas comunitarios que no impliquen peligro o riesgo para el niño, ni menoscabo a su dignidad, en una jornada máxima de diez (10) horas semanales, y en horarios que no interfieran con su asistencia a la escuela o su trabajo.

ARTÍCULO 77.- Imposición de reglas de conducta. Consiste en la determinación de obligaciones y prohibiciones que el Juez o Tribunal ordena al niño y cuyo efectivo cumplimiento será supervisado por él o a través de operadores especializados en el tema. Entre otras, se podrán imponer:

1. Asistencia a los centros educativos, de formación profesional, o de trabajo social.
2. Ocupación del tiempo libre en programas previamente determinados.
3. Abstención de consumir sustancias que provoquen dependencia o acostumbamiento.

4. Todas aquellas que, previstas por la legislación de fondo y dentro del marco de las garantías que esta Ley establece, contribuyan a la modificación de su conducta.

ARTÍCULO 78.- Les incumbe a los operadores especializados, con el apoyo y la supervisión del Juez o Tribunal, las siguientes funciones:

1. Promover socialmente al niño y a su familia, proporcionarles orientación e insertarlos, si es necesario, en un programa oficial o comunitario de auxilio y asistencia social.
2. Supervisar la asistencia y el aprovechamiento escolar del niño y promover su matrícula.
3. Hacer diligencias en el sentido de la profesionalización del niño y de su inserción en el mercado de trabajo.
4. Todas aquellas acciones que tiendan a posibilitar la construcción con el niño de un proyecto de vida digno.
5. Presentar al Juez o Tribunal, cada dos (2) meses, un informe del caso.

### **Régimen Especial para el cumplimiento de sanciones.**

ARTÍCULO 79.- Libertad Asistida. Consiste en otorgar la libertad del niño, quien asistirá a programas educativos, de orientación y de seguimiento. El Juez o Tribunal designará una persona capacitada para acompañar el caso, la cual podrá ser recomendada por los Servicios Locales de Protección, ya sea por entidad o programa de atención.

La libertad asistida será fijada por un plazo mínimo de seis (6) meses y máximo de doce (12), pudiendo ser interrumpida, prorrogada o revocada en cualquier tiempo o sustituida por otra

medida, previa consulta al orientador, al Agente Fiscal y al Defensor.

ARTÍCULO 80.- Régimen de semilibertad. Es una medida de transición para la inserción en el medio abierto, posibilitando la realización de actividades externas. Si el recurso de contención es adecuado la medida podrá ser efectivizada con la modalidad de internación diurna o nocturna en ámbito domiciliario en primera instancia. De no contarse con ese recurso se hará efectiva en establecimientos especialmente destinados para este fin.

ARTÍCULO 81.- La privación de libertad deberá ser cumplida en establecimientos exclusivos y especializados para niños. Durante el período de privación de libertad, incluso para la preventiva, serán obligatorias las actividades socio-pedagógicas.

ARTÍCULO 82.- El tiempo que el niño estuviera privado de libertad con anterioridad al dictado de la sentencia, deberá tenerse en cuenta para el cómputo de la pena.

ARTÍCULO 83.- Son derechos del niño privado de libertad, entre otros, los siguientes:

1. Tener acceso a los objetos necesarios para la higiene y aseo personal.
2. Recibir escolarización y capacitación.
3. Realizar actividades culturales, deportivas y de recreación.
4. Tener acceso a los medios de comunicación social.
5. Recibir asistencia religiosa, si así lo deseara y según su credo.
6. Mantener la posesión de sus objetos personales que no impliquen peligro para sí o terceros y disponer las medidas para su resguardo y conservación.

7. Tener acceso a la luz solar y al aire libre el máximo tiempo posible en cada jornada.

ARTÍCULO 84.- Las medidas impuestas a los niños cesarán por el cumplimiento de su término, de sus objetivos o por la imposición de otra.

ARTÍCULO 85.- Será de aplicación subsidiaria la legislación provincial sobre ejecución de penas o de medidas impuestas a los procesados, en la medida que no restrinja los derechos reconocidos por la presente Ley.

### **3. LEY 13.433 PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

#### **Régimen de Resolución Alternativa de Conflictos Penales.**

**Texto Actualizado con las modificaciones introducidas por Ley 13.943.**

**EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, SANCIONAN CON FUERZA DE LEY.**

#### **Capítulo I**

##### **Disposiciones Generales**

ARTÍCULO 1: Establécese el presente régimen de resolución alternativa de conflictos penales, que se instrumentará en el ámbito del Ministerio Público, por el procedimiento establecido en la presente Ley y en el marco de lo dispuesto en los artículos 38° y 45° inciso 3) de la Ley 12.061, artículos 56 bis, 86 y 87 de la Ley 11.922 y modificatorias.

ARTÍCULO 2: Finalidad. El Ministerio Público utilizará dentro de los mecanismos de resolución de conflictos, la mediación y la

conciliación a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimación, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los prejuicios derivados del proceso penal.

ARTÍCULO 3: Principios del Procedimiento. El procedimiento de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos penales se regirá por los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad, y neutralidad o imparcialidad de los mediadores. Siempre será necesario el expreso consentimiento de la víctima.

ARTÍCULO 4: Órgano encargado. El procedimiento estará en la órbita de las Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos Departamentales, dependientes del Ministerio Público.

ARTÍCULO 5: Equipo de las Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos. Cada oficina contará con un equipo técnico conformado, como mínimo, con un abogado, un psicólogo y un trabajador social, todos ellos especializados en métodos alternativos de resolución de conflictos.

La oficina estará a cargo de uno de los abogados, miembros del equipo, designado a propuesta del Fiscal General.

ARTÍCULO 6: Casos en los que procede. La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental deberá tomar intervención en cada caso en que los Agentes Fiscales deriven una Investigación Penal Preparatoria, siempre que se trate de causas correccionales.

Sin perjuicio de lo anterior, se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento al presente régimen:

a) Causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad.

b) Causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial.

En caso de causas en las que concurren delitos, podrán tramitarse por el presente procedimiento, siempre que la pena máxima no excediese de seis años.

No procederá el trámite de la mediación penal en aquellas causas que:

a) La o las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las Leyes 13.944 y 24.270.

b) Los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública.

c) Causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 – Delitos contra la vida); Título 3 (Delitos contra la integridad sexual); Título 6 (Capítulo 2 – Robo).

d) Título 10 Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional.

No se admitirá una nueva medición penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en un trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de cinco años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflictos penal en otra investigación.

A los fines de garantizar la igualdad ante la ley, el Ministerio Público deberá arbitrar mecanismos tendientes a unificar el criterio de aplicación del presente régimen.

## Capítulo II

### Procedimiento

ARTÍCULO 7: (Texto según Ley 13943) Inicio. El procedimiento de resolución alternativa de conflicto podrá ser requerido por el Agente Fiscal que intervenga en la Investigación Penal Preparatoria, de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes o de la víctima ante la Unidad Funcional.

El régimen de la presente ley será aplicable hasta treinta (30) días antes de la fecha fijada para la audiencia de debate oral.

ARTÍCULO 8: Remisión. El Agente Fiscal evaluará si corresponde remitir la solicitud a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos. Asimismo, apreciará en el caso que sea a pedido de parte o de la víctima, si la solicitud se encuentra encuadrada en los parámetros del artículo 6°, a fin de remitir la denuncia a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental, previa constatación de los domicilios de las partes.

En caso que el Agente Fiscal entienda prima facie, que el hecho atribuido no encuadra en una figura legal o medie causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absoluta, no dará curso a la solicitud y se resolverá en el trámite correspondiente a la Investigación Penal Preparatoria.

ARTÍCULO 9: Citaciones. La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental deberá citar a las partes, invitándolas a una primera reunión, mediante cualquier medio fehaciente, debiéndoles hacer saber el carácter voluntario del trámite y el derecho a concurrir con asistencia letrada.

En caso de incomparecencia de alguna de las partes, la Oficina invitará a concurrir a una segunda reunión, en los mismos términos.

ARTÍCULO 10: Incomparecencia. En caso que alguna o todas las partes no concurren a las reuniones fijadas, o de hacerlo, manifiesten su desistimiento al presente procedimiento, el trámite se dará por concluido, labrándose un acta, en la que constará las circunstancias de las notificaciones y la presencia de la parte que haya concurrido, elevándose la misma al Agente Fiscal correspondiente a fin de que continúe el trámite de la Investigación Penal Preparatoria.

ARTÍCULO 11: Representación de las partes. Las partes asistirán a las reuniones personalmente, no pudiendo hacerlo mediante apoderado. En caso de que ellas no concurren con asistencia letrada, la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos solicitará la asistencia letrada oficial para el imputado y la víctima.

Ambas partes tendrán derecho a entrevistarse con sus respectivos abogados antes de comenzar las reuniones establecidas en el artículo 13.

ARTÍCULO 12: Informe del Registro de Resolución Alternativa de Conflictos Penales. Previo al comienzo de las reuniones entre las partes, el funcionario a cargo de la resolución del conflicto deberá requerir a la Oficina de Mediación, un informe acerca de los trámites de resolución alternativa de conflictos en los que participe o haya participado el denunciado.

En los casos en que existan en curso otros trámites de resolución alternativa de conflicto en que intervengan ambas partes, podrán unificarse, cuando ello no perjudique la posibilidad de arribar un acuerdo.

ARTÍCULO 13: De las reuniones. Las reuniones con las partes podrán ser privadas o conjuntas. Las mismas se realizarán en dependencias de las Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental pudiendo realizarse en otros ámbitos desti-

nados a tal fin por la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos.

Será obligatoria la notificación de las audiencias al defensor particular y al Defensor oficial según corresponda.

ARTÍCULO 14: Acuerdo de Confidencialidad. Al inicio de la primera reunión el funcionario a cargo del trámite deberá informar a las partes detalladamente el procedimiento que se llevará a cabo y la voluntariedad del mismo. De contar con el consentimiento de las partes y previo a abordar el conflicto, se suscribirá un convenio de confidencialidad.

ARTÍCULO 15: Sustanciación de las sesiones. Durante las reuniones el funcionario interviniente tendrá amplias facultades para sesionar, cuidando de no favorecer con su conducta a una de las partes y de no violar el deber de confidencialidad. Las mismas se sustanciarán de manera informal y oralmente; se labrarán Actas de las entrevistas, rubricadas por los intervinientes y el funcionario a cargo.

ARTÍCULO 16: Intervención del equipo técnico. Cuando el funcionario interviniente considere necesaria la participación en el trámite de alguno o algunos de los Integrantes del equipo técnico, lo hará saber a las partes y se lo invitará a participar en el mismo.

ARTÍCULO 17: Acuerdo. En caso de arribarse a un acuerdo en el que ambas partes encuentren satisfechos sus intereses, se labrará un acta, en la que se dejará constancia de los alcances del mismo, número de la Investigación Penal Preparatoria que diera origen a la misma, de las firmas de las partes, de los letrados patrocinantes y del funcionario interviniente. Asimismo se dejará constancia que el alcance del acuerdo no implicará la asunción de culpabilidad para los reclamos pecuniarios, salvo pacto expreso

en contrario. No podrá dejarse constancia de manifestaciones de las partes.

En caso de no arribarse a un acuerdo, se labrará un Acta con copia para las partes y otra para incorporar al Expediente de la Investigación Penal Preparatoria.

ARTÍCULO 18: Comunicación. En el plazo de diez (10) días de firmado el acuerdo o de concluir el trámite por no arribar al mismo, el funcionario interviniente deberá notificarlo al Agente Fiscal que haya intervenido en la Investigación Penal Preparatoria y a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos, debiéndose acompañar copia del Acta respectiva.

ARTÍCULO 19: Plazo. El plazo para el procedimiento será de sesenta (60) días corridos a contar desde la primera reunión realizada. Dicho plazo podrá ser prorrogado por treinta (30) días más, mediante acuerdo entre las partes.

### **Capítulo III**

#### **Efectos**

ARTÍCULO 20: Efectos sobre el proceso. En aquellos acuerdos en que las partes hayan dado enteramente por satisfechas sus pretensiones, el Agente Fiscal mediante despacho simple, procederá al archivo de las actuaciones. Para los casos en que se pacte alguna obligación para las partes, la Investigación Penal Preparatoria se archivará sujeta a condiciones en la sede de la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos a fin de que constate el cumplimiento o incumplimiento de las mismas.

Verificado el cumplimiento, se remitirán las actuaciones al Agente Fiscal, quien procederá de la manera enunciada en el párrafo primero. En caso de comprobarse el incumplimiento de aquellas en el plazo acordado, se dejará constancia de dicha circunstancia,

procediéndose al desarchivo de la Investigación Penal Preparatoria y a la continuación de su trámite.

**ARTÍCULO 21:** Seguimiento. En los casos en los que se arribe a un acuerdo, la Oficina de Resolución Alternativa de Conflicto podrá disponer el control y seguimiento de lo pactado, pudiendo para ello solicitar colaboración a instituciones, públicas y privadas, la que no revestirá el carácter de obligatoria. Asimismo, en aquellos casos en los que se haya acordado algún tipo de tratamiento, terapia, participación en algún programa de rehabilitación, etc.; podrá derivar mediante oficio a las entidades públicas o privadas que presten ese servicio.

#### **Capítulo IV**

##### **Disposiciones Complementarias**

**ARTÍCULO 22:** De la Oficina Central de Mediación. La Oficina Central de Mediación de la Procuración General tendrá a su cargo la capacitación técnica de los agentes del Ministerio Público a los fines del cumplimiento de esta norma, la coordinación de la implementación de este sistema y la confección de estadísticas sobre la información que reciba de las diferentes oficinas departamentales, según lo establecido en el artículo precedente. Asimismo, podrá mediante convenios incorporar al presente régimen a las Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos existentes en otras instituciones públicas o privadas, siempre que su actuación quede bajo su supervisión y control.

**ARTÍCULO 23:** Registro Único de Resoluciones Alternativas de Conflictos. En el ámbito de la Oficina de Mediación de la Procuración General se creará un Registro Único de Resoluciones Alternativas de Conflictos, donde deberán registrarse todos aquellos trámites iniciados, debiendo constar parte intervinientes, Unidad Funcional y número de Investigación Penal Preparatoria

que diera origen al mismo y el arribo o no a un acuerdo entre las partes.

ARTÍCULO 24: Secreto Profesional. Los funcionarios entrevistadores actuarán bajo secreto profesional, por lo cual no podrán revelar ningún hecho a cuyo conocimiento hubieran accedido durante o en ocasión de su participación en este proceso, ni podrán ser citados a juicio por ninguna de las partes.

ARTÍCULO 25: Del financiamiento. Facúltese a la Procuración General de la Suprema Corte De Justicia a asignar de las partidas en el Presupuesto las sumas necesarias para solventar los costos y erogaciones que demanden el cumplimiento de la presente Ley.

ARTÍCULO 26: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

#### **4. APORTES DE LOS DE LOS CONGRESOS MUNDIALES DE MEDIACIÓN UN CAMINO HACIA LA PAZ**

##### **Construcción de cultura de paz y mediación declaración de Bogotá 2016.**

La paz como base de la convivencia gregaria es aún una aspiración de quienes habitamos en todas las naciones del mundo. Con menor o mayor visibilidad, la violencia se ha instalado en las sociedades de todos los continentes. Es impostergable el compromiso de todas las naciones para diseñar planes generales y políticas públicas destinadas a convertir el diálogo democrático y los métodos pacíficos de solución de conflictos, en particular de la mediación, en experiencia de vida cotidiana.

#### **DECLARACIONES**

PRIMERA: Todos los seres humanos somos intrínsecamente bondadosos, y el espacio ideal para hacer el bien y vivir bien, es la cultura de la paz.

SEGUNDA: El tránsito de una cultura de la violencia a una cultura de la paz, compromete, mediante acciones afirmativas, a todos los miembros de la familia humana.

CUARTA: En cada rincón del mundo los estados-nación deben de establecer sinergias para que todos nos corresponsabilicemos en la construcción de una cultura de paz.

QUINTA: El tránsito de democracias representativas y participativas a democracias reales donde el modo de vida fincado en el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales reclama la práctica de la fraternidad, la solidaridad y la cooperación como carta de navegación que nos conduzca a la materialización de la paz social.

SEXTA: Es urgente el diseño de estrategias que faciliten a cada ciudadano los recursos que le permitan solucionar sus conflictos internos y en consecuencia desactivar factores que inducen a la violencia.

DECIMATERCERA: La prevención de los conflictos es indispensable en la construcción de una cultura de la paz y para que esto suceda es necesario que actores públicos, privados, sociales e individuales, dispongan de habilidades socio cognitivas que les permitan identificar situaciones que los propician e intervenir oportuna y positivamente para que estos no se manifiesten.

DECIMACUARTA: Ante conflictos de toda índole se debe privilegiar el diálogo democrático y asociativo como estrategia primaria para que en todos los aspectos de convivencia se resuelvan las diferencias.

DECIMASEXTA: Tanto los Diálogos cotidianos que nos corresponsabilizan con una convivencia pacífica y armónica, así como la mediación y la conciliación con el enfoque de justicia social y bien común y las prácticas restaurativas, en cuya esencia encon-

tramos la cicatrización de heridas emocionales ocasionadas por conflictos armados y de toda índole, constituyen en su conjunto, estrategias eficaces para contribuir en la edificación de la cultura de la paz en el mundo.

Fdo. DR. JORGE PESQUEIRA LEAL DR. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

### **Mediación en el Sistema Judicial y Participación Ciudadana en el Sistema Judicial 2015 Perú.**

1. La mediación como un instrumento auxiliar de la justicia tradicional debe aplicarse en todos los derechos sectoriales.
4. La justicia restaurativa es una aportación de los pueblos indígenas que busca reconstruir los vínculos, por lo que debe instrumentarse en materia penal y familiar para evitar la reincidencia y revincular a los miembros de la familia.
5. La mediación judicial incluye a la que se realiza por tribunales laborales, agrarios o administrativos, pero no basta que esté prevista por la ley, es necesario que se aplique realmente.
6. La sociedad participa en la administración de justicia a través del principio de publicidad, al supervisar la actuación de los jueces, pero también en los mecanismos alternativos con enfoque restaurativo, por lo que deben regularse legalmente los círculos de sentencia, o las conferencias o juntas restaurativas.
7. Debe reglamentarse la confidencialidad en los métodos alternativos garantizando el secreto profesional de los mediadores, para hacer efectiva la confianza de las partes.
9. Los ministerios públicos y los jueces, no pueden actuar como mediadores o conciliadores, porque tienen poder de decisión sobre la causa, sin embargo pueden informarles sobre sus bon-

dades y orientarlos al centro de mediación para que resuelvan su conflicto.

10. Se debe propiciar la conformación de redes de instituciones que apliquen los mecanismos alternativos para intercambiar experiencias y evolucionar en el mismo sentido.

11. Los centros de mediación adscritos al poder judicial, deben funcionar como instituciones de doble puerta, es decir, atender los casos que envíen los tribunales y los conflictos que las partes planteen directamente al centro, antes de recurrir a las vías judiciales.

13. La mediación en sede judicial debe extenderse a aquellos espacios donde el conflicto surge para prevenir su judicialización y democratizar la práctica de la justicia.

### **Génova Italia 2014**

#### **FORUM GIUSTIZIA E PARTECIPAZIONE CITTADINA**

1. La mediazione pre-giudiziaria, in particolare nel campo dei conflitti familiari, dà spazio alla riflessione sulle decisioni più appropriate orientate alle relazioni future. Per questo motivo deve essere rispettata la natura informale e autocompositiva della mediazione, attraverso la creazione di meccanismi di relazione armonica tra la sua pratica e il sistema giudiziario, permettendo così un funzionamento indipendente e parallelo che non interferisca con la sua essenza.

2. L'esperienza ha dimostrato che, per estendere i servizi di mediazione in sede giudiziaria, è necessaria la comprensione, da parte dei giudici e degli avvocati, dei vantaggi che può offrire alle parti in conflitto di modo che esse stesse possano trovare una soluzione alla propria disputa.

3. Considerando la complessità e la varietà dei conflitti, il mondo in cui viviamo richiede, oltre alla multidisciplinarietà, lo sviluppo di figure di mediatori in grado di interagire e svolgere le proprie funzioni in maniera interdisciplinare, al fine di lavorare con altri esseri umani senza limiti concettuali parziali.

4. La formazione continua del mediatore in sede giudiziaria è necessaria e deve sviluppare preferibilmente le abilità del mediatore che portano alla comprensione sensibile dei mediati, ricorrendo inoltre ai contributi offerti dalle diverse scuole esistenti. Devono essere inclusi nella formazione i tirocini necessari, svolgendo in ogni caso un lavoro in equipe sotto una continua supervisione e intervizione, implementando la co-mediazione come sistema lavorativo che arricchisca ulteriormente i mediatori e che sia più efficace per i mediati.

5. Urge democratizzare la giustizia e ciò è attuabile quando questa offre i suoi servizi dove sorgono i conflitti e anche quando i protagonisti del conflitto non abbiano ancora pensato alla necessità di ricorrere all'autorità giudiziaria. Per questo riteniamo fondamentale svolgere un lavoro in rete

con la polizia, affinché possa integrare il suo lavoro di ordinamento sociale con una funzione pedagogica e in grado di promuovere la partecipazione responsabile dei cittadini. Tale lavoro in rete si completa con l'introduzione nelle scuole della mediazione come modello relazionale e di approccio ai conflitti, allo scopo di insegnare a bambini e adolescenti, attraverso l'esperienza, il modo di vivere in società con rispetto, cooperazione e solidarietà

6. La mediazione in ambito penale con approccio restaurativo è la metodologia adeguata per intervenire sui bisogni della vittima, del reo e della comunità. Ciò si ottiene lavorando in modo specifico sulla necessità di devittimizzare, responsabilizzare e progettare un futuro che preveda la

restaurazione delle relazioni e la riparazione del danno subito.

7. Riteniamo infine necessario che ogni regolamentazione sulla mediazione e il suo esercizio non limiti né riduca la sua pratica e siano considerate soltanto la volontarietà e la necessaria buona fede dei partecipanti alla procedura, così come la formazione continua dei mediatori a cui abbiamo già fatto riferimento.

## **Bello Horizonte 2012**

### **Manifiesto Sobre Mediación, Política Públicas y Pacificación Democrática.**

#### **MANIFIESTO- PREAMBULO -CONSIDERANDO:**

-que la dignidad intrínseca radica en la esencia de cada ser humano y es en ésta donde encontramos las cualidades positivas básicas que nos inclinan a hacer el bien a nuestros semejantes;

-que la única vía para que las personas alcancemos el desarrollo armónico y pleno de nuestra personalidad, es el respeto a la dignidad intrínseca así como la clara comprensión y práctica de los derechos humanos;

-que durante los últimos veinte años, la sociedad civil ha intensificado sus esfuerzos por construir una cultura de la paz y de la concordia;

-que, por el bien y la supervivencia de nuestra especie, urge un cambio de rumbo que nos permita transitar de culturas de la violencia hacia culturas de la paz,

#### **MANIFIESTO**

1.- Todos los seres humanos, somos portadores del inalienable derecho de convivir en armonía, paz y concordia con nosotros mismos y con nuestros semejantes;

2.- La dignidad intrínseca y los derechos humanos, integran la base para generar las condiciones que nos permitan alcanzar un desarrollo armónico y pleno de nuestra personalidad;

5.- Las naciones democráticas, comprometidas con el bien común y la justicia social, deben crear condiciones objetivas para reducir, desde sus raíces, la violencia y la exclusión social, además de mejorar las relaciones de sus ciudadanos;

9.- La principal competencia para aprender a vivir juntos en un permanente diálogo y convivencia democrática, es la gestión pacífica y democrática de los conflictos, cuya principal metodología es la mediación;

10.- La justicia restaurativa, por su efecto sanador y reconciliador del tejido social, debe extenderse del orden criminal hacia su práctica cotidiana en la familia, la escuela y la comunidad;

13.- Es urgente que las naciones democráticas del mundo entero, incorporen a su marco normativo los métodos colaborativos de solución de controversias, en particular la mediación, tal y como sucede con la República Mexicana, que estableció su regulación en la Constitución Política y que contempla su establecimiento en apartados específicos, en todas las legislaciones de los tres niveles de gobierno federal, estatal y municipal.

15.- Es urgente que las naciones, sus estados, departamentos o provincias, y sus municipios diseñen políticas públicas cuyo eje rector sean los diálogos y la mediación como estrategia para erradicar la violencia de la familia, de la escuela y de la comunidad, reduciéndola en todas las expresiones de la vida social, Aprobadas por la Asamblea General del Congreso General.

Comisionado como responsable de la redacción. Jorge Pesqueira Leal.

Heriberto Grijalva Monteverde Presidente instituciones matrices convocantes

**Toluca 2011**

**Conclusiones del Foro Mediación y Políticas Públicas de Pacificación Social.**

La Mediación es un instrumento útil para el sistema de Seguridad Pública, como fórmula de pacificación social, ya que puede operar en la prevención del delito, siempre y cuando su aplicación sea general en todo el país, pues su eficiencia requiere que sea contemplada como base de programas específicos en las políticas públicas.

Además de los recursos materiales para instrumentar la mediación en los programas de prevención del delito, es necesario que su aplicación se reglamente legislativamente y se le apoye políticamente desde los órganos del Estado (Federales, Estatales y Municipales).

Deben identificarse las fases, momentos y circunstancias en que la mediación se aplicará como instrumento del Sistema, toda vez que puede operar en la fase previa o después de cometido el delito o la conducta antisocial. Es así que puede operar en la familia, la escuela o la comunidad, pero también durante el procedimiento penal para menores o imputables, al igual que en la ejecución de las penas o medidas de seguridad.

Esto nos lleva a identificar y capacitar a mediadores especializados en cada una de las áreas en que deberán operar, pues ya no es suficiente ser y pensar como mediadores familiares, escolares o comunitarios, por ejemplo. Es necesario que conozcan los problemas o disfunciones específicos que provocan delitos o conductas antisociales, para operar sobre ellos, conscientes de que estamos haciendo labor de prevención mientras los resolvemos. Operar sobre el hoy, pensando en el mañana.

Por lo que toca a los menores en conflicto con la ley penal, es necesario completar el proceso iniciado a raíz de la reforma constitucional del 12 de diciembre del año 2005 (en la República Mexicana), instituyendo con todos los apoyos necesarios una mediación especializada oportuna, que opere en etapas tempranas (policial o Ministerial), a fin de evitar el etiquetamiento del menor y buscar, por vía de la justicia restaurativa, que sea éste el que repare el daño, para que se haga responsable de sus actos, y

se comprometa ante sus víctimas a no reincidir. Este programa debe institucionalizarse en toda la república y responder a parámetros únicos, como una política de Estado en esta fase temprana de la criminalidad.

La mediación penal en sede judicial, bajo el esquema de juicio acusatorio oral, debe ser profundamente especializada y cauta, pues independientemente de las bondades de este nuevo sistema procesal, las salidas alternas que contiene para evitar el desbordamiento de los juicios: principio de oportunidad; convenios reparatorios; suspensión del juicio a prueba y juicio abreviado, requieren, en diversos grados, de la aplicación de los métodos alternos, por lo que los mediadores deben conocer la estructura y dinámica de este procedimiento, así como de sus salidas, evitando ser utilizados para legitimar un sistema de posible impunidad, pues no basta la reparación del daño para extinguir la responsabilidad penal, es necesario el arrepentimiento del inculpaado y la satisfacción de las muchas necesidades de la víctima, las que no se agotan en la indemnización del daño, ya que sólo se obtienen a través de la justicia restaurativa.

##### **5. DECLARACIÓN IBEROAMERICANA SOBRE JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA**

Recordando la Declaración Universal de Derechos Humanos y todos los tratados internacionales pertinentes, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos y Deberes del hombre (Pacto de San José de Costa Rica) y muy especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, y los principios generales de derecho internacional, en particular el Interés Superior del Niño, que debe ser considerado de manera primordial en todas las decisiones concernientes a los derechos de un niño, niña o adolescente que se tomen en relación con las y los adolescentes en conflicto con la ley penal y en cualquier medida tomada al respecto, armonizándolo con los derechos de las víctimas.

Teniendo presentes las reglas, normas y recomendaciones internacionales en materia de administración de justicia, en particular las de justicia juvenil, entre ellas Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa de 2009, Declaración de San Salvador y Tegucigalpa, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (las Reglas de Beijing), Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (las Directrices de Riad), Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, documento de Asamblea General de Naciones Unidas sobre la Promoción de Justicia Restaurativa para Niños/2013, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (las Reglas de La Habana), Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (las Directrices de Viena) y Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, en las que se fundamenta la presente declaración sobre Justicia Juvenil Restaurativa.

Reiterando la importancia de la aplicación de la justicia restaurativa en el sistema de justicia juvenil, que se visualiza como la forma adecuada para resolver la responsabilidad de niños, niñas y adolescentes en conflictos jurídico penales, promueve una amplia variedad de medidas que van desde la desjudicialización hasta la reparación integral a la víctima, prioriza las medidas no privativas de libertad y convierte la privación de libertad en el último recurso por el más breve tiempo posible, de conformidad con las Observaciones generales N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, N° 13 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, y N° 14 sobre el Interés Superior del Niño, del Comité de los Derechos del Niño y el párrafo N° 17 de la Declaración de Lima.

Reconociendo los esfuerzos realizados para la determinación de lineamientos comunes en justicia juvenil restaurativa por las personas e instituciones de los países participantes en el I y II Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa de Cartagena (2014), de la COMJIB y el acompañamiento de la Fundación Terre des hommes–Lausanne, para el intercambio de experiencias, lecciones aprendidas, buenas prácticas en la materia y para la redacción de la propuesta de la presente declaración.

Reafirmando la necesidad de un sistema de justicia juvenil, integral y específico para los adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal, que, en el marco de la responsabilidad individual y colectiva por los hechos delictivos, garantice de manera, pronta y efectiva su acceso a la justicia, reconozca sus derechos, los restablezca si han sido vulnerados y promueva los derechos humanos de todas las partes involucradas.

Considerando la necesidad de abordar la justicia juvenil desde un enfoque restaurativo que tenga en cuenta las particularidades sociales, culturales e históricas de nuestros pueblos, integrados en torno a valores restaurativos, así como también las brechas de desigualdad persistentes en razón del género, nacionalidad, etnia o condición social que continúan generando exclusión o vulneración social.

Considerando la importancia de la justicia restaurativa como una forma de recomposición de la armonía social vulnerada por el hecho ilícito, mediante la participación del adolescente en conflicto con la ley penal, las víctimas y la comunidad.

Considerando la importancia de un modelo de gestión de las medidas y sanciones, respetuoso de los estándares internacionales y de derechos humanos, que fomenten los objetivos y valores del enfoque restaurativo de la justicia juvenil; y que cuente con sistemas de información fiables, seguros, detallados, parametrizados y de fácil acceso para los funcionarios y autoridades competentes, que permita capturar y unificar la información de modo rápido, eficiente e integral, en aras de optimizar los sistemas de

seguimiento y control, respetando los principios de confiabilidad y confidencialidad correspondientes.

Reconociendo la importancia de investigar y rescatar el potencial restaurativo de las prácticas originarias de los pueblos indígenas, afrodescendientes u otros en territorio Iberoamericano, con el fin de adecuarlas en lo posible en función de la resolución de conflictos.

Reiterando la necesidad de una perspectiva de género y diferencial en la implementación de la justicia juvenil, que sea aplicada por las instituciones del Estado en materia de niñez y adolescencia, que implique tanto a víctimas como a adolescentes en conflicto con la ley,

De acuerdo a lo anterior,

Los participantes del I y II Encuentro Iberoamericano de Justicia Juvenil Restaurativa acordamos la presente propuesta de Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo de nuestros pueblos:

1. Los Estados alentaran el desarrollo de políticas públicas focalizadas en justicia juvenil y de acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes, incluyendo instancias comunitarias para la solución restaurativa de conflictos e infracciones de menor potencial ofensivo, evitando su judicialización. Estas políticas incorporarán en su formulación y aplicación de manera transversal la perspectiva de género y enfoque de diversidad étnica que permita remover más eficazmente los obstáculos reales para el ejercicio pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes así como la comprensión y tratamiento del hecho delictivo.

2. Los Estados deberán tomar todas las medidas para el fomento de estrategias de formación y capacitación en justicia juvenil restaurativa, con participación de la comunidad, sociedad civil,

instituciones del Estado y privadas, con el fin de consolidar lenguajes comunes y armonizar conceptos, a partir de modelos pedagógicos vivenciales y participativos, enfocados en la resignificación del adolescente en su comunidad, promoviendo, siempre que sea posible, intercambios de experiencias con otros países iberoamericanos, apuntando a una aproximación conceptual y de lenguaje acerca de la Justicia Juvenil Restaurativa en Iberoamérica.

3. Los Estados promoverán la investigación sobre la aplicación de la justicia originaria de cada pueblo indígena, afrodescendiente u otro en su territorio y sistematizarán la información obtenida, con el fin de identificar prácticas consuetudinarias de carácter restaurativo e impulsar su difusión.

4. Los Estados Iberoamericanos velarán para que las respuestas a las infracciones penales juveniles no constituyan meras retribuciones punitivas o que se reduzcan al tratamiento psicosocial del infractor, sino que comporten un proceso de reflexión y responsabilización individual y colectivo de cara a las consecuencias lesivas del acto, incentivando su reparación.

5. Los Estados Iberoamericanos respetarán el carácter educativo de las medidas a tomar respecto de los adolescentes que han infringido la ley penal, priorizarán la desjudicialización, las medidas alternativas a la privación de la libertad, y la reparación directa e indirecta por los daños causados por la infracción. En todos los casos se deberá tomar en consideración las circunstancias particulares de vulnerabilidad de las partes implicadas directa e indirectamente.

6. En los casos excepcionales de aplicación judicial de medidas privativas de libertad aún de carácter preventivo los adolescentes serán evaluados interdisciplinariamente de inmediato y alojados en espacios diferenciados según sexo, edad, estado de salud y circunstancias individuales de vulnerabilidad, siempre en condiciones dignas a tenor de los estándares internacionales en la materia.

7. Los Estados Iberoamericanos tomaran las medidas necesarias para que sus autoridades competentes puedan valorar los impactos de las medidas privativas y no privativas de libertad, mediante informes biopsicosociales, información y propuestas proporcionadas por los propios adolescentes, por sus padres, parientes, referentes comunitarios y los profesionales competentes antes, durante y después de aplicarlas a las y los adolescentes en conflicto con la ley penal.

8. Los Estados Iberoamericanos tomaran las medidas necesarias para que sus autoridades competentes realicen revisiones periódicas de las medidas socioeducativas aplicadas, y de las condiciones en las cuales se cumplen, tanto en privación de libertad como en medidas alternativas a la privación de libertad. No se admitirán medidas por tiempo indeterminado, ni se admitirá bajo ningún concepto extensión de las mismas más allá del plazo dictado en la sentencia.

9. Los Estados Iberoamericanos impulsaran la revisión y reformas normativas necesarias para que la aplicación medidas privativas de libertad obedezcan a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, flexibilidad y tratamiento individualizado.

10. Los Estados Iberoamericanos tomaran las medidas necesarias para la implementación de sistemas de control, seguimiento y monitoreo eficaces y respetuosos de los derechos humanos de los adolescentes, respecto de las medidas privativas y no privativas de libertad.

11. Los Estados Iberoamericanos deberán fomentar la participación e involucramiento activo de la sociedad civil, la comunidad y de ser posible el sector privado, en la construcción y ejecución de una justicia juvenil restaurativa bajo la supervisión y responsabilidad estatal.

12. Los Estados Iberoamericanos no consideraran la reiteración de infracciones cometidas por un adolescente como un impedimento para la aplicación de medidas alternativas a la privación de

libertad, sino como un elemento a tener en cuenta para un mejor seguimiento y control de aquellas.

13. Los Estados Iberoamericanos deberán promover la implementación de sistemas de información confiables, automatizados, disponibles en línea, integrados con todas las instituciones involucradas, con niveles de seguridad para el acceso, edición, y confidencialidad, e indicadores cuantitativos y cualitativos con perspectiva diferencial de los y las adolescentes en conflicto con la ley y de las víctimas.

14. Los Estados Iberoamericanos tomarán las medidas necesarias para la creación de un Grupo de Trabajo para el desarrollo de investigaciones en materia de justicia juvenil en Iberoamérica (GTJJ). Los resultados obtenidos dentro del proceso investigativo del GTJJ permitirán valorar, mediante la aplicación de nuevas tecnologías, la eficiencia y eficacia de los sistemas de Justicia Juvenil. Asimismo formular recomendaciones a los Estados para la planificación de sus recursos en la concreción de sus políticas públicas, destinadas a la aplicación de una justicia juvenil restaurativa efectiva.

BORRADOR PARA MUESTRA 3

## BIBLIOGRAFÍA

1. Barreneche, Osvaldo. “Dentro de la Ley, TODO. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina”, Ediciones Al Margen, La Plata, 2001
2. Bauché, Eduardo Germán, “Manual de Teoría General del derecho Procesal. Tomo I” Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2008.
3. Bauché, Eduardo Germán, Mariela Isabel Prada “Manual de Teoría General del derecho Procesal Tomo II” Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2011.
4. Beccaria, Cesare, “De los delitos y de las penas”, Editorial Losada, Buenos Aires, 2004.
5. Bentham, Jeremy, “El Panóptico”, Editorial Quadratta, Buenos Aires, 2004.
6. Bobbio, Norberto, “El tiempo de los derechos”, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
7. Buber, Martín, “¿Qué es el Hombre?”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1973.
8. Burdeau, Georges, «Traité de Science Polititque. Tome I. Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence», París, 1949.
9. Caimari, Lila, “Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955”, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2004.
10. Calderón, Rosaura Chinchilla y Linares Orozco, Erika, “Penas Alternativas a la Prisión ¿Menos cárcel o más control social? (análisis del proyecto de Código Penal).
11. Caroni, Pio, “Lecciones de historia de la codificación”, Universidad Carlos III, 2013, 27-37, Editorial Dykinson, Madrid.

12. Christie, Nils, “La industria del control del delito ¿la nueva forma del holocausto? Traducido por Sara Acosta”, Editores del Puerto, 2º edición, Buenos Aires, 1993.
13. Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Ley 11.922 y sus modificaciones.
14. Domingo de la Fuente, Virginia, “Justicia Restaurativa y Mediación Penal”, Revista de derecho penal. Lex. Nova. Número 23/2008. Disponible on line.
15. Foucault, Michel, “Historia de la locura en la época clásica”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1990.
16. Foucault, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, Editorial Gedisa, Barcelona, 2003.
17. Foucault, Michel, “Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión”, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2002.
18. Garriga, Carlos, “Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen”, Istor, N° 16, marzo de 2004, disponible en [www.istor.cide.edu/archivos/num\\_16/dossier1.pdf](http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier1.pdf).
19. Hammergen, Linn, “The Politics of Justice and Justice reform in Latin America.”, Editorial Boulder, CO Westview, 1998.
20. Levaggi, Abelardo, “Las cárceles argentinas de antaño (Siglos XVIII y XIX) Teoría y realidad”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
21. Levaggi, Abelardo, “Las instituciones de clemencia en el Derecho penal rioplatense”, Revista de la Facultad de Derecho de México, XXVI, México, 1976.
22. Ley 13.634. Responsabilidad Penal Juvenil.
23. Linton, Ralph, Cultura y Personalidad”, Editorial Fondo de Cultura Económica, Madrid 1945.
24. Mallo, Silvia, “Fugas y sublevaciones: El peligro latente y la realidad en las cárceles coloniales. La sociedad rioplatense ante la

justicia, la transición del siglo XVIII al XIX”, Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires Dr. Ricardo Levene, Buenos Aires, 2004.

25. Mallo, Silvia, “La experiencia del castigo institucional: las condiciones de vida en nuestras cárceles en la segunda mitad del siglo XVIII. La sociedad rioplatense ante la justicia, la transición del siglo XVIII al XIX”, Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires Dr. Ricardo Levene, Buenos Aires, 2004.

26. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, Naciones Unidas, Serie de Manuales sobre Justicia Penal, Nueva York, 2006,5-6. Disponible on line

[http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)

27. Melossi, Darío, Pavarini, Massimo, “Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)”, Editorial Siglo Veintiuno, México, 1980.

28. Morgan, Edmund S., “La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos”, Editorial Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires 2006.

29. Oliver Olmo, Pedro, “El concepto de control social en la historia social: estructuración del orden y respuestas al desorden”, Revista pensamiento penal, Edición 149, 5/11/2012.

30. Pérez Esquivel, Adolfo y Ikeda, Daisaku, “La fuerza de la esperanza”, Editorial Emecé, Buenos Aires 2011.

31. Pérez Esquivel, Adolfo, “Resistir en la esperanza”, Ediciones Ciccus, Buenos Aires, 2011.

32. Pesqueira Leal, Jorge. Conferencia “Justicia Restaurativa y Alternativa”, impartida en el Auditorio

33. “Víctor L. Treviño” de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, 13 de Febrero de 2009.

34. Rebagliati, Lucas, “La administración de justicia en Buenos Aires: del período virreinal a la sanción de la constitución nacional (1776-1853)”, en Bauché, Germán Eduardo, Prada, Mariela I., *Teoría General del Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2011.

35. Recausens Siches, Luis, “Vida humana, sociedad y derecho”, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, México, 1945.

36. Rusche, George, Kirshheimer, Otto, “Pena y Estructura Social”, Editorial Temis, Bogotá, 2004.

37. Tau Anzoátegui, Víctor, “Casuismo y Sistema”, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

38. Tau Anzoátegui, Víctor, “Órdenes normativos y prácticas socio-jurídicas. La justicia”, *Nueva Historia de la Nación Argentina*, Tomo II Período español (1600-1810), Editorial Planeta, Buenos Aires 1999.

39. Tomás y Valiente, Francisco, “El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta” (Siglos XVI, XVII y XVIII), Editorial Tecnos, Madrid 1969.

40. Tonnies, Ferdinand, “Principios de Sociología”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.

41. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “El Enemigo en el Derecho Penal”, Editorial Ediar, Buenos Aires 2006.

42. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar”, Editorial Ediar, Buenos Aires 2011.

43. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires 2002.

**ÍNDICE:**

Prólogo por Dr. Jorge Pesqueira Leal.....	5
Presentación de los autores por Adolfo Alvarado Velloso....	15
Introducción, Por qué Diente de León?.....	21
Capítulo I.....	25
La utopía de la Paz.....	25
1.¿Es posible la paz?.....	25
2.¿Qué nos impide avanzar hacia la paz?.....	26
Capítulo II.....	31
Justicia y Paz Social.....	31
1. Acceso a la justicia.....	31
2. Acceso a la justicia en Argentina.....	32
3. Situación en el conurbano bonaerense.....	35
4. El rol preponderante del ministerio público de la defensa.....	36
5. La implementación de la mediación como etapa prejudicial.....	37
6. Propuesta de abordaje para la realización de la manda constitucional de acceso a la justicia:.....	38
Capítulo III.....	41
Represión o Armonía Social. El origen del <i>Ius Puniendi</i> y su evolución a lo largo del tiempo: del Medioevo a la actualidad.....	41
1. Consideraciones e interrogantes sobre la cuestión criminal.....	41
2. Breve repaso de la historia del <i>ius puniendi</i> .....	42
Capítulo IV.....	67
Sobre el sistema penal y carcelario.....	67

1. Posibles alternativas. Introducción.....	67
2. Consideraciones críticas actuales del sistema penal.....	69
3. Consideraciones sobre el sistema penal y carcelario. giro hacia la justicia restaurativa .....	76
Capítulo V.....	81
La mediación en el área penal: alternativa superadora en el marco de la justicia restaurativa .....	81
1. Mediación penal como expresión de justicia restaurativa..	81
2. Concepto de mediación penal.....	88
Capítulo VI.....	91
Justicia restaurativa, paradigma de pacificación social.....	91
1. Introducción .....	91
2. La crisis al tradicional sistema de justicia:.....	92
3. La justicia restaurativa como paradigma de sanación.....	93
4. Medidas que aumentan la crisis del sistema penal .....	96
5. La contracara del proceso penal .....	96
6. El origen de la justicia restaurativa aplicada en jóvenes .....	98
7. Los pilares y beneficios de la justicia restaurativa .....	99
8. La mediación penal juvenil: una mirada dignificante .....	101
Capítulo VII .....	103
Mediación del conflicto en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil, dentro del contexto de la justicia restaurativa.....	103
1. Buscando definir conceptos .....	103
2. ¿Por qué la urgencia? .....	105
3. La mediación como protagonista del cambio.....	106
4. El proceso de operatoria en la psiquis de los participantes .....	107

5. La víctima como sujeto activo del proceso penal .....	108
6. Un nuevo giro en el paradigma de la solución del conflicto .....	109
7. La mediación en la nueva legislación juvenil .....	110
8. La adolescencia como proceso de construcción de la identidad.....	112
9. La mediación en el área penal juvenil con niños y jóvenes no punibles .....	114
Capítulo VIII.....	117
Buscando revalorizar y dignificar el fuero de responsabilidad penal juvenil.....	117
1. El sentido y la importancia del hacer en el fuero penal juvenil.....	117
2. Panorama práctico en el ámbito de responsabilidad penal juvenil. mediación penal como alternativa superadora.....	118
Capítulo IX.....	123
Experiencia de mediación en el Ministerio Público de Defensa del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.(Panorama histórico de los fueros civil, penal y de responsabilidad penal juvenil).....	123
1. La mediación en el departamento judicial de Lomas de Zamora, una mirada significativa.....	123
2. La experiencia de la mediación en el departamento judicial de Lomas de Zamora.....	126
Capítulo X .....	129
Experiencia práctica de mediación en el Fuero de responsabilidad Penal Juvenil .....	129
1. Introducción .....	129
2. Caso Francisco y Lucas.....	130

3. Historias emotivas.....	138
4. Estadística de causas área de mediación penal juvenil y justicia restaurativa .....	146
Área de Mediación, Resolución Alternativa de Conflictos Penales y Justicia Restaurativa.....	146
Capítulo XI.....	151
La mediación del conflicto penal en la Provincia de Buenos Aires.....	151
Consideraciones sobre la legislación vigente.....	151
1. Sistema de resolución alternativa de conflictos penales en la provincia de buenos aires. generalidades.....	151
2. Legislación vigente en materia de mediación.....	152
en la provincia de buenos aires .....	152
3. Casos en que procede la mediación según lo establece la ley de resolución alternativa de conflictos (ley 13.433) .....	154
4. Casos en los que no procede.....	156
5. ¿Quién puede peticionar la aplicación de la mediación penal?.....	157
6. Conclusiones finales .....	159
Capítulo XII.....	163
Mediación en el área penal Panorama legislativo nacional .....	163
1. Introducción .....	163
2. Situación legislativa en materia de mediación en el área penal en la republica argentina .....	165
2.1. Justicia nacional.....	165
2.2. Ciudad de Buenos Aires.....	166
2.3. Provincia de Buenos Aires .....	167

2.4. Catamarca.....	168
2.5. Córdoba.....	168
2.6. Corrientes.....	169
2.7. Chaco.....	170
2.8. Chubut.....	171
2.9. Entre Ríos.....	172
2.10. Formosa.....	174
2.11. Jujuy.....	174
2.12. La Pampa.....	174
2.13. Mendoza.....	175
2.14. Misiones.....	175
2.15. Neuquén.....	176
2.16. Río Negro.....	178
2.17. San Juan.....	179
2.18. Santa Fe.....	179
2.19. Salta.....	181
2.20. San Luis.....	182
2.21. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur..	182
3. Conclusión.....	183
Capítulo XIII.....	185
Creación de valor para una cultura de paz.....	185
1. El camino hacia la paz.....	185
2. ¿Qué entendemos por creación de valor?.....	187
3. Ser en sociedad.....	188
4. Responsabilidad humana o asentimiento subjetivo.....	191
5. Teoría del conflicto y mediación.....	194

6. Trascender y transformar.....	198
7. Competencia para la paz, de la vecindad al mundo.....	200
8. Experiencia de amor: construyendo comunidad.....	202
Capítulo XIV.....	205
Nuestra propia canción .....	205
Conclusiones .....	207
Apéndice documental.....	223
1. Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal.....	223
ANEXO.PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA PENAL.....	226
2. Ley 13.634 provincia de buenos aires.....	232
3. Ley 13.433 provincia de buenos aires .....	251
4. Aportes de los de los congresos mundiales de mediacion un camino hacia la paz .....	259
FORUM GIUSTIZIA E PARTECIPAZIONE CITTADINA.....	262
5. Declaración iberoamericana sobre justicia juvenil restaurativa.....	267
BIBLIOGRAFÍA .....	275
ÍNDICE.....	279