

El proceso de mediación en el Poder Judicial de la CABA

Algunas observaciones desde la óptica restaurativa

Por Juan Bautista Libano⁶

Resumen: Actualmente la práctica de mediación se encuentra instituida en casi todas las jurisdicciones del país, sin embargo, su incorporación como método alternativo para la solución del conflicto en materia penal es bastante reciente, y el debate sobre su aplicación sobre esta rama del derecho sigue abierto. Sin embargo, en el ámbito de la justicia penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se trata de un instituto que viene trabajando desde hace más de diez años, y actualmente el número de causas que son derivadas al Centro de Mediación es realmente significativo. En este sentido, la mediación constituye una herramienta fundamental para solucionar conflictos de manera pacífica. En el presente trabajo se explica, por un lado, cómo funciona el instituto en el ámbito de la CABA, y por el otro, se resalta la necesidad de realizar determinados cambios al mismo, basados en el modelo de la justicia restaurativa.

Palabras clave: mediación, delitos, justicia restaurativa, Ciudad de Buenos Aires.

The Mediation Process in the City of Buenos Aires Courts

Some Remarks from a Restorative Perspective

Abstract

Mediation is a common practice in almost all Argentine jurisdictions. However, there is a clear resistance to incorporate it in criminal matters. In the City of Buenos Aires, mediation in criminal offences began over ten years ago, and currently the number of cases

⁶ Filósofo y Abogado. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Flores. Funcionario judicial del Poder Judicial de la CABA.

that are referred to the Mediation Center is quite significant. Mediation is a fundamental tool for resolving conflicts peacefully. This article explains how mediation works in the City of Buenos Aires. It also highlights the need to make certain changes based on the restorative justice model.

Keywords: mediation, crimes, restorative justice, Buenos Aires.

A modo de Introducción.

“No puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al statu quo ante. En verdad, ésta es, teóricamente, la respuesta ideal (...) bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere, con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto”.⁷

Julio Maier

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la mediación fue considerada por la Convención Constituyente en el año 1996 cuando sancionó la Constitución de la Ciudad. De este modo, en el artículo 106⁸, al establecer la competencia

⁷ Maier, Julio B.J., “La víctima y el sistema penal”, en AA.VV, “De los delitos y las víctimas”, Ad-Hoc 1992, pag.207 y ss.

⁸ ARTICULO 106.- Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. Ejerce esta competencia, sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca.

del Poder Judicial local, señala que le corresponde organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente.

Posteriormente, el instituto fue incluido en el Código Contravencional⁹, en el Código Procesal Penal¹⁰, y en el Régimen Procesal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹¹ como método solución de conflictos.

Administrativamente la puesta en marcha del instituto estuvo en cabeza del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹² En este sentido, frente al crecimiento exponencial de los casos derivados, en febrero de 2013 se dictó la Resolución

⁹El Art. 41 de la Ley 1472 regula la conciliación o autocomposición para el caso de que el imputado/a y la víctima lleguen a un acuerdo sobre la reparación del daño o resuelven el conflicto que generó la contravención y siempre que no resulte afectado el interés público o de terceros. La conciliación o autocomposición puede concretarse en cualquier estado del proceso, y el juez debe homologar los acuerdos y declarar extinguida la acción contravencional. Respecto de la mediación el fiscal puede solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar el acuerdo de las partes en conflicto o instar a los interesados para que designen un mediador. Por su parte el Art. 15 de la Ley 12 (Procedimiento contravencional) establece que el damnificado o damnificada por alguna contravención no es parte en el proceso ni tiene derecho a ejercer en este fuero acciones civiles derivadas del hecho. Tiene derecho a ser oído por el o la Fiscal, a aportar pruebas a través de éste y a solicitar conciliación o autocomposición.

¹⁰El Art. 204 del CPPCABA establece que: *en cualquier momento de la investigación preparatoria y hasta que se formule el requerimiento de juicio el/la Fiscal podrá: (...) Proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición. El/la Fiscal remitirá el caso a la oficina de mediación correspondiente. No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (artículo 8 de la Ley 24417 de Protección contra la Violencia Familiar) y en los casos en donde el máximo de la pena del delito excediese los seis años en abstracto de reclusión o prisión. El acuerdo de mediación o composición implicará la resolución definitiva del conflicto y no podrá estar sometido a plazo ni regla de comportamiento alguna. No procederá la mediación si el imputado registrase antecedente penal condenatorio. No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación. En caso de acuerdo el/la Fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite.* (Conforme art. 46 de la Ley N° 6020, BOCBA N° 5490 del 01/11/2018)

¹¹El Título VIII del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regula las vías alternativas de resolución de conflictos, siendo que el art. 53 establece que dichas vías son la mediación y la remisión. Por su parte, el art. 25 establece que la pena a un menor de edad se impone como último recurso y que se debe procurar a la resolución del conflicto.

¹²En una primera instancia, durante el año 2006, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó la puesta en marcha del "Programa de Implementación del Cuerpo de Mediadores de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"

de Presidencia N° 105/2013 que creó el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos.¹³

La Dirección General del Centro de Mediación tiene, entre otras funciones, la de impulsar y desarrollar las intervenciones del Centro en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, la de mantener una vinculación necesaria con magistrados y funcionarios de los distintos fueros del Poder Judicial de la Ciudad y la de articular con las máximas autoridades del Ministerio Público la prestación del servicio de mediación y otros métodos alternativos de solución de conflictos.¹⁴

Hoy, el número de causas que son derivadas al Centro de Mediación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es realmente significativo.¹⁵ Sin embargo, a pesar de los aspectos positivos, y las soluciones del conflicto para algunos casos concretos, se advierten cuestiones estructurales que podrían mejorarse a fin de optimizar el servicio de justicia.

El presente trabajo resalta la necesidad de realizar determinados cambios al instituto de la mediación, basados en el modelo de la justicia restaurativa, a fin de lograr dicha optimización. En este sentido, se parte de la base de que, si bien el mencionado instituto no es propiamente restaurativo, podría ser transformado incorporando algunas reformas puntuales.¹⁶

¹³ El Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos depende funcionalmente del Plenario del Consejo de la Magistratura, como así también el Cuerpo de Abogados Mediadores y el Equipo Interdisciplinario. Durante 2014, se modificó la estructura del Centro de Mediación, creándose mediante la Resolución de Presidencia N° 1188/2014 una Dirección General en lugar de la presidencia. Asimismo, mediante Resolución del Plenario de Consejeros N° 177/2014, se designó un Consejero Coordinador. Las áreas del Centro de Mediación, además del Consejero Coordinador, han quedado integradas por una Dirección General, de la cual dependen el Departamento de Políticas en Materias Especiales y Apoyo Técnico Operativo y la Dirección del Centro de Mediación. De esta Dirección dependen tres departamentos, el Departamento de Coordinación del Cuerpo de Abogados Mediadores y Equipo Interdisciplinario; el Departamento de Intervención en Conflictos Complejos Multiparte y el Departamento de Gestión Administrativa.

¹⁴ Fábregas, D. *El Proceso de mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Editorial JUSBAIRES. CABA. 2015.

¹⁵ Ver al respecto los “Anuarios Estadísticos de Mediación” elaborados por la Oficina de Estadísticas del Consejo de la Magistratura, publicados en la página www.jusbaires.gob.ar.

¹⁶ Hay quienes consideran que la mediación penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se enmarca dentro de un programa de justicia restaurativa (ver al respecto: Mazzeo, P. “la mediación penal como un programa de justicia restaurativa”, en Fábregas, Op. Cit. Pág. 65). No compartimos este criterio, por las razones que se expondrán en el presente artículo.

Derecho Penal y gestión de los conflictos: la crisis de un modelo obsoleto.

Sabido es que la justicia por mano propia no está permitida en el Derecho, y que por eso la jurisdicción es la facultad otorgada a los jueces para administrar justicia. Sin embargo, en los casos regulados por la legislación penal, a veces, no se vislumbra de manera clara que criterio sería propiamente “justo” aplicar.

Dicho problema se relaciona con el sentido que se le otorga a la pena, o al castigo, y el pretendido fin resocializador que proclama¹⁷. Nuestro sistema penal hunde sus raíces en la línea histórica europea, y los antecedentes de la pena nos remiten al orden medieval en dicho continente¹⁸. En este sentido, más allá de los discursos progresistas, en la Modernidad, la reformulación del castigo/suplicio social reproduce la lógica de los dispositivos de control de antaño.¹⁹

Por ello, frente a los tipos específicos de conflicto que caen dentro de la órbita del derecho penal, el Estado reacciona, en la mayoría de los casos, bajo la estructura epistemológica, y basado en los supuestos éticos, que dan sustento a una lógica sancionatoria que se cristaliza en el viejo dispositivo de la pena.²⁰

A ello se suma que, como señala Howard Zehr, el sistema actual está impulsado en parte por una subyacente compleja industria de la administración de justicia con un fuerte interés en mantener el *statu quo*. En este sentido, los procesos políticos y la forma en que los medios de comunicación presentan el problema de la inseguridad alimentan una fuerte pretensión punitiva.

¹⁷ El Artículo N° 18 de la Constitución Nacional establece que: (...) *las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.*

¹⁸ En el orden social medieval, fuertemente teocéntrico, la referencia a los Tribunales de la Inquisición es particularmente necesaria. En tal marco, los suplicios públicos ocupaban el lugar de la estructura-estructurante, es decir de la unidad que puede informar desde ella a las partes que la rodean. En tal marco, eran comunes los suplicios públicos (contrariamente, los juicios eran ocultos)

¹⁹ De este modo, el dispositivo de la pena exhibe parentesco histórico y estructural con la lógica religiosa del pecado y el castigo.

²⁰ Entre los elementos que comparte la estructura “pecado – suplicio” con su sucesora “delito – pena” se pueden destacar los siguientes: 1) la condición individual del sujeto (las responsabilidades sociales, grupales, etc. se diluyen); 2) la necesidad de imposición de un castigo como expiación, con el objeto de hacer “pagar por el error cometido”; 3) la intervención de un tercero que intercede dilucidando el hecho unguido de autoridad (el juez, el sacerdote, un pastor, etc.).

Sin embargo, hace tiempo que los teóricos del derecho penal vienen denunciando que la pena no cumple con el fin que se propone, y que, en el marco de una sociedad con altos índices de desigualdad social, políticas de endeudamiento, e impunidad para ciertos sectores sociales o determinado tipo de delitos (como los de cuello blanco, los ecológicos, etc.), solo sirve para identificar culpables que funcionan como chivos expiatorios.²¹

Este panorama se da en el marco de lo que se llama “la crisis de la Modernidad”²², bajo la cual se pone en cuestionamiento la autoridad para organizar la vida en sociedad, componente central de la potencia estatal para instituir subjetividades. Por ello, el ocaso de la pena, es decir, de la sanción penal que ya no tiene la eficacia que alguna vez tuvo, excede la lógica penal, y debe entenderse dentro de un contexto dentro del cual se encuentra inscripta.²³

Estas consideraciones son analizadas por el profesor Roberto Gargarella²⁴ en un artículo titulado “*El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social*”, en el cual examina la legitimidad de la coerción estatal en condiciones de injusticia social, e introduce la noción de alienación legal²⁵.

²¹ Se trata de lo que se conoce como “derecho penal del enemigo”, y consiste en la construcción de un estereotipo de criminal que, con su sola presencia, amenazaría a la sociedad, conformada por la “gente de bien”. Lo fueron las brujas en el medioevo, y lo son actualmente determinados grupos de ciudadanos que cumplen algunos estereotipos.

²² Conceptualizada de diversas maneras (Modernidad Líquida según Bauman, Postmodernidad según Lyotard, Segunda Modernidad según Beck, etc.), la crisis pone énfasis en la deconstrucción del sujeto racional moderno, identificado por Protágoras como «la medida de todas las cosas», por Descartes como punto fundante de todo conocimiento, y luego elevado por el Renacimiento italiano a nivel de modelo universal (representado por Leonardo da Vinci en el Hombre vitruviano). Ese ideal, que simbolizaba la imagen de la perfección corporal, y una serie de valores intelectuales, discursivos y espirituales vinculados con el emblema evolucionista, para la posmodernidad, se ha desarrollado históricamente como un modelo hegemónico de civilización, que ha plasmado la idea de Europa como centro del mundo. La pretensión de universalizar su propio paradigma eurocéntrico es contraria a la lógica del multiculturalismo y el respeto a las diferencias, ya que la “diferencia” es entendida en sentido peyorativo, como inferioridad respecto de las personas marcadas como “otras”.

²³ La crisis se hizo visible sobretudo en la institución carcelaria, ejemplo de progresivo deterioro e ineficacia del sistema. Al respecto vale la pena leer: Foucault, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*.- 1a, ed.-Buenos Aires. 2002, Siglo XXI Editores Argentina.

²⁴ Gargarella, R. *El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social*. En Revista Derechos y Libertades. N° 25. Madrid, Universidad Carlos III Archivo. 2011.

²⁵ Para Gargarella en casos de fuerte injusticia social, corremos el serio riesgo de que el Estado comience a mimetizarse con –o a representar exclusivamente– a los sectores más favorecidos por la desigualdad, a asumir su voz y a hablar como ellos, eso es lo que él denomina “alienación legal”. Gargarella utiliza el concepto de “alienación legal” también para referirse a situaciones de sistemática violación de derechos básicos que comprometen al sistema legal, En las situaciones de alienación legal, toda o parte de la comunidad tiene razones para ver al derecho como algo ajeno, como una creación extraña que amenaza o ignora los propios intereses, en sus aspectos más fundamentales. Un grupo enfrenta una situación de alienación legal cuando ha sido privado de ciertos derechos humanos básicos de modo sistemático, a lo largo del tiempo. En este sentido, podríamos

Según el profesor:

“Los casos en los que el derecho habla, imponiendo su fuerza, en el marco de un contexto definido por la pobreza y desigualdad, un contexto que, llamaré aquí, de injusticia social extrema (...) En estas situaciones tan comunes, de profunda injusticia social, los problemas generales que encontramos para justificar el castigo se tornan mucho más serios, y nos obligan a preguntarnos sobre la validez misma de las normas –o la estructura de normas– vigentes, que se nos presentan como legítimas.”²⁶

De este modo, como se aprecia en el párrafo transcrito, para Gargarella, la profunda injusticia social deslegitima la justificación de la imposición de un castigo. Por ello, en sociedades tan desiguales como la nuestra, las relaciones vinculares de mando-obediencia sufrieron una transformación que refleja el referido ocaso del sistema. La sanción penal ya no tiene la eficacia simbólica que alguna vez pudo tener. En este sentido, explica, si décadas atrás el ciudadano que se encontraba ante un legislador, un juez o un comisario percibía estar frente a una autoridad, en la actualidad, esto no sucede.²⁷

La posición de Gargarella sirve para interpelar nuestra propia concepción sobre el derecho penal, y repensar la actitud que deberíamos adoptar respecto de la gestión de determinados conflictos. Por eso, coincidimos con el profesor cuando dice que:

“(...) no podemos seguir actuando como muchos de los mejores teóricos y practicantes del derecho penal moderno, que son conscientes del carácter viciado y difícilmente justificable de las normas penales dominantes, pero siguen operando con ellas, y actuando como si su única respuesta posible, frente al

sostener que, del mismo modo que tenemos razones morales y democráticas para no obedecer, resistir y confrontar la legislación proveniente de una dictadura –legislación vigente por la fuerza, pero esencialmente inválida– tenemos razones para desafiar una normativa comprometida con la violación sistemática de los derechos fundamentales de toda o parte de la población.

²⁶ Gargarella, R. Op. Cit.

²⁷ En igual sentido Rousseau sostenía que en situaciones de fuerte desigualdad, las personas dejan de compartir visiones, necesidades e intereses comunes, y se torna imposible alcanzar algo así como la “voluntad general”. Para el filósofo, en dicho contexto el derecho ya no puede constituirse en reflejo de las aspiraciones de todos y la ciudadanía comienza a perder identificación con la ley, al tiempo que se diluyen sus razones para sentirse obligado por ella.

*escándalo que protagonizan, fuera el de minimizar los aspectos más terroríficos resultantes de las normas que avalan con su tarea diaria”.*²⁸

Por todo ello, cuando reflexionamos sobre las alternativas para mejorar el sistema penal y el servicio de justicia, resulta imperante adoptar otra actitud frente al problema que se deposita en manos de los operadores judiciales, e incorporar otro tipo de procesos de gestión de los conflictos para algunos casos. Sobre todo, en aquellos casos en los cuales el derecho penal, por su propia naturaleza, no puede resolver, y que, sin embargo, en un raptó punitivita, y por meras cuestiones de política criminal, a veces son colocados bajo su órbita²⁹.

Es en aquellos supuestos, donde resulta más sensato apelar a las salidas alternativas del conflicto que el propio derecho penal ofrece. La mediación, en este sentido, se consolida como una herramienta eficaz a dicho propósito. Sin embargo, como veremos, se trata de un instituto que presente fortalezas y debilidades.

La mediación como herramienta de gestión de conflictos: fortalezas y debilidades.

La mediación no es una novedad en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se trata de un instituto que viene trabajando hace más de diez años. Hoy, constituye una herramienta fundamental para solucionar conflictos de manera pacífica, es decir, de humanizar soluciones acercando a las partes. En el mejor de los casos, puede conceder al imputado la oportunidad de resarcir el daño causado, apelando a la paz social, liberándolo del estigma de la sanción penal, suspendiendo el ejercicio de la potestad punitiva estatal.

Sin embargo, no se trata solamente de centrar la atención en el resultado. La mediación acentúa la escucha y la comprensión entre las partes. En este sentido, si bien se busca la satisfacción de cada uno de los participantes, una buena mediación tendría que

²⁸ Gargarella, R. Op. Cit.

²⁹ Consideramos casos que entran dentro de esta categoría, excediendo el propósito de este trabajo aclarar las razones, tipos penales como el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, la tenencia de estupefacientes para consumo personal, y algunos tipos de lesiones culposas por accidentes de tránsito, entre otros. En el caso de las contravenciones la lista es más numerosas, incluyendo entre otras, las actividades de mera subsistencia, como la penalización del cuidado de automóviles en la vía pública, la venta ambulante, la oferta y demanda de sexo en la vía pública, etc. Capítulo aparte merece la criminalización de la protesta social.

ayudar no solo a solucionar el conflicto, sino que también contribuir a evitar que en el futuro se generen nuevos.

En materia penal, en el ámbito de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el instituto se encuentra regulado en el Código Procesal local, y está previsto como una salida alternativa al proceso en una etapa insipiente de la investigación penal preparatoria. Sin embargo, su reglamentación en el código de forma no le resta peso, sino que, por el contrario, le imprime un dinamismo específico y le otorga más concreción. Asimismo, su normativización otorga mayor seguridad jurídica, acompañando el fin social propio del Derecho Procesal Penal.³⁰

Ahora bien, el art. 204 del CPPCABA prevé la posibilidad de que las partes solucionen el conflicto en una audiencia de mediación. El sistema funciona bastante bien. Lo “malo” es que la norma establece que está es una facultad del Fiscal, y no de las partes, por lo que si esté no tiene voluntad no se activa el mecanismo. Por ejemplo, en los casos de violencia doméstica, o de género, existe un criterio de actuación de política criminal del Ministerio Público Fiscal que les prohíbe intentar acercarse a las partes.

En este sentido, desde una óptica restaurativa, sería óptimo lograr la ampliación de posibilidades que autoricen a dar mayor extensión a la mediación penal, delimitando el poder discrecional de los órganos de persecución, instando a la posibilidad de participación comunitaria para promover la pacificación y erradicar la violencia.

Por otro lado, también existen una serie de cuestiones que limitan la funcionalidad del sistema, como, por ejemplo, que se le exija a la víctima que comparezca acompañada de un abogado, lo que muchas veces no solo la coloca en una situación de

³⁰ En este sentido, vale recordar la opinión del Dr. Julio Maier, para quien la función del Derecho Procesal Penal, en su sentido político o material, tiene en cuenta el fin social que cumple, como rama jurídica, dentro del orden jurídico de un Estado. Maier divide tal función en tres objetivos claros: 1) la realización del Derecho penal material, 2) la protección de las personas, y fundamentalmente 3) la recomposición de la paz y seguridad jurídicas. En este último objetivo se centra la idea de que toda la regulación del procedimiento tiende a obtener el acto que resuelva definitivamente el conflicto social en el cual reside la imputación penal, dándole respuesta. Y esa decisión, por fuerza de las mismas reglas del derecho procesal, culmina la discusión y el conflicto, cualquiera sea la etapa del proceso, siempre que sea tal decisión la culminación exitosa de los fines que propone. Ver al respecto: Maier, J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto. págs. 91/92.

desventaja³¹, sino que imposibilita a los mediadores cerrar acuerdos, por más que exista consenso entre las partes.³²

De estas limitaciones nos ocuparemos en lo que sigue, entendiendo que son las que alejan el instituto de los dispositivos y principios de la justicia restaurativa.

Diferencias entre la mediación y los dispositivos restaurativos

La Justicia Restaurativa sirve para pensar la gestión de los conflictos socio-judiciales. En las diferentes formas que en la práctica puede adoptar, siempre procura liberarse de las restricciones propias del régimen sancionatorio, y problematizar la tradicional resolución adversarial de los conflictos.

En este sentido, sirve para estimular el desarrollo de un amplio abanico de posibles soluciones no punitivas, incluyendo algunos procedimientos ya tradicionales. De esta manera, podemos encontrar múltiples modelos o prácticas restaurativas en distintos ámbitos, como centros escolares, lugares de trabajo, etc.

Ahora bien, existen dos mecanismos típicos de la justicia restaurativa: las conferencias familiares y los círculos de paz. Los mismos, si bien pueden entenderse como adaptaciones de las prácticas tradicionales, por su propia dinámica, nunca podrían ser considerados réplicas de estas. En el caso de la mediación, en cambio, hay razones de peso que nos hacen pensar que no podría ser incluida dentro de los dispositivos restaurativos, y que constituye una réplica de las prácticas tradicionales.

³¹ La situación de desventaja se vincula con que se pone en cabeza de la víctima la carga de buscar un profesional que la asista, mientras que al imputado, sin que tenga que hacer nada, se le designa un defensor oficial para el caso que no designe un abogado particular. A muchas víctimas que se encuentran en estado de extrema vulnerabilidad les resulta muy complicado encontrar un patrocinio gratuito o movilizarse hasta donde estos atienden al público. En este sentido, las víctimas terminan dependiendo de la asistencia de la Oficina de Asistencia a la Víctima del Ministerio Público Fiscal, que debe recibir la instrucción del Fiscal para intervenir en el caso, si este lo cree adecuado.

³² Un caso muy particular se da cuando, en las causas donde se imputa el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, los fiscales entienden que se trata de un tipo específico de violencia de género (violencia económica) y, por tanto, de acuerdo a los criterios de actuación de la Fiscalía General, no están de acuerdo con intentar una mediación. Pero puede que las partes tengan voluntad de solucionar el conflicto (en algunos casos la propia víctima solicita una audiencia), y que el Juez convoque a las partes. En estos casos la Fiscalía no ordena la asistencia de la Oficina de Asistencia a la Víctima, y los mediadores no cierran los acuerdos -por más que haya consenso- porque la víctima no está “asistida”.

Ello así porque, si bien la mediación tiene algunas similitudes con la Justicia Restaurativa, y se basa en algunas de las mismas habilidades, en lo específico, entendemos que no tienen mucho en común.³³ De este modo lo entiende Howard Zehr, quien en su obra *El pequeño libro de la justicia restaurativa*³⁴ se encarga de aclarar que la justicia restaurativa no es una mediación. En una entrevista realizada por Virginia Domingo de la Fuente³⁵, el pensador refiere que es un problema equiparar las dos, y brinda los siguientes argumentos:

1) Rendición de cuentas: Para Zehr, en la mediación, es tentador hacer caso omiso de los problemas de justicia subyacentes. La mediación, explica, implica una especie de campo de igualdad moral de juego entre los participantes. Sin embargo, si alguien ha perdido un hijo asesinado y va a encontrarse con la persona que lo mató, es muy problemático pensar en un encuentro de esta manera. Para la justicia restaurativa alguien ha hecho algo terrible a otra persona y este daño debe reconocerse. En este sentido, si bien el facilitador de Justicia Restaurativa debe preocuparse igualmente por ambas partes no resulta útil tratarlos de forma similar. La Justicia Restaurativa implica también un componente de rendición de cuentas que a menudo está ausente en la mediación.

2) Reparación del daño: El componente de rendición de cuentas considerado en el punto anterior se vincula con la premisa de reparación del daño, que puede estar ausente en un proceso de mediación. Zehr explica que sólo trabajando con el infractor podemos favorecer su asunción de responsabilidad su voluntad de querer reparar el daño, como paso previo para su transformación en una persona alejada del delito. En este sentido, vemos la relevancia de ciertos principios y valores morales que por lo general están ausentes en la mediación. La reparación del daño se vincula con entender las necesidades de cada víctima,

³³ Por supuesto muchas veces se presentan distintos tipos de programas de justicia restaurativa poniendo como ejemplo la mediación, así como las conferencias de grupos familiares y comunidad, sentencias en círculos, libertad condicional reparadora, foros de justicia indígena, etc. Sin embargo, es de destacar que en todos esos casos, los programas de justicia restaurativa complementan el sistema penal (no lo reemplazan), y pueden aplicarse en cualquier momento del proceso (antes de los cargos, después de presentados ellos, en la etapa de juicio, o en el nivel de corrección). Esto no sucede en el caso de la mediación penal, al menos en el ámbito de la CABA, donde solo puede intentarse en una etapa incipiente de la investigación. Otros atributos comunes a dichos programas son la participación de la víctima y el victimario, el reconocimiento de la responsabilidad por parte del victimario, la posibilidad de reparación del daño, las disculpas, etc. Todo ello sí puede surgir de una mediación en el ámbito local.

³⁴ Zehr, H. *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Pág. 12. Disponible en: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_la_justicia_restaurativa.pdf

³⁵ Entrevista disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4063101.pdf>

por eso hay que escucharlas y hacerlas sentir entendidas, que no están solas, procurando conseguir que sus necesidades sean satisfechas. Todo ello brindando la información necesaria a fin de que estén dispuestas a ser constructivas durante el encuentro, y no utilizar la reparación como una forma de “castigar” a los delincuentes.

3) Participantes: La justicia restaurativa se basa fundamentalmente en encuentros restaurativos, que pueden darse entre la víctima y el infractor, pero que también pueden incluir a más afectados, como, familiares y allegados, u otros miembros de la comunidad. Aquí podemos encontrar una diferencia con la mediación, donde los encuentros se reducen exclusivamente a la víctima y al infractor.

4) Encuentros presenciales: Howard Zehr explica que los encuentros cara a cara son fantásticos, pero que no siempre son posibles o adecuados. En este sentido, es importante brindar opciones, sobre todo a las víctimas, y ser creativos, guiados por los valores y principios de la Justicia Restaurativa. Por eso, si bien todas las víctimas deben tener el derecho a reunirse con la persona que les ha hecho daño u ofendido, siempre hay que garantizar que esto pueda hacerse de manera segura, y evitar hacerlo si no están dadas las condiciones. En igual sentido, puede ocurrir también que la víctima no quiera participar en un encuentro restaurativo, o no necesite nada para sentirse reparada, o que el infractor no quiera asumir su responsabilidad, etc. Explica Zehr que en esos casos no hay que dejar abandonada a una de las partes, negándole la posibilidad de ser ayudada a través de la justicia restaurativa. Aquí hay otra diferencia con la mediación, ya que la justicia restaurativa puede trabajar con las víctimas o con los infractores por separado, o usar representantes o sustitutos.

5) El rol del facilitador: Los encuentros restaurativos se realizan bajo la dirección de facilitadores que guían y supervisan el proceso, buscando siempre el equilibrio entre los intereses de las distintas partes. A diferencia de los árbitros o mediadores, los facilitadores no intentan imponer un acuerdo entre las partes.

En resumen, en base a los puntos desarrollados, si bien entendemos que existen dentro del sistema penal institutos no adversariales de resolución de conflicto que se insertaron dentro del proceso judicial con una lógica interna específica, como es el caso de

la mediación³⁶, consideramos que no constituyen propiamente institutos restaurativos. Sin embargo, y a pesar de ello, estamos convencidos que podrían ser transformadas a la luz de la lógica propia de la "Justicia Restaurativa".

Conclusión: Algunos aportes al mejoramiento de la herramienta desde el enfoque de la Justicia Restaurativa

La lógica restaurativa propone dejar atrás las visiones tradicionales del Derecho Penal (de acto y de actor³⁷) para desarrollar sistemas de pensamiento-acción centrados en el daño producido, considerándolo de manera polifacética. En este sentido, la relación víctima-victimario remite a una lógica causal específica (binaria) que la Justicia Restaurativa intenta superar. De allí que se centre en el "daño", en sus diferentes caras.

Howard Zehr, siguiendo esta idea, sostiene que la justicia restaurativa es una mezcla de los mejores enfoques tradicionales y la sensibilidad de los modernos derechos humanos. Lo restaurativo, en este sentido, está más relacionado con la pretensión de investir a los procedimientos judiciales según horizontes de pacificación social antes que de acuerdos de intereses.³⁸

De este modo, la justicia restaurativa ofrece una manera concreta de pensar la justicia dentro del marco de la teoría y práctica de la transformación de conflictos o construcción de la paz. Los principios que la orientan pueden proporcionar un modelo concreto con el cual abordar los distintos problemas de justicia implicados.

³⁶ Podría agregarse otras como la Negociación, el Arbitraje, etc.,

³⁷ El derecho penal en un momento se centró en las características de los sujetos, dando lugar al que se conoce como Derecho Penal de Autor, contexto de pensamiento en el cual la sanción tenía lugar por lo que el hombre era (sus características personales, sus condiciones, etc.). En un segundo momento, ya como avance democrático significativo, se centra en el acto (los actos del sujeto) dando lugar al hoy dominante Derecho Penal de Acto.

³⁸ En consecuencia, explica, no se confunde con -por ejemplo- el resarcimiento económico de algunos daños, sino que toma a éstos en su condición polifacética, con énfasis en la restauración de los vínculos sociales. Y retoma la discusión respecto del Estado-Nación con su condición de meta-institución, incluyendo sus posibilidades efectivamente reguladoras en un marco de disputa de poderes con esa entelequia a la que venimos conociendo como el mercado. Y si abre el debate respecto de los lazos Estado-Mercado, también los abre en términos interculturales, procurando imaginar soluciones que tengan en cuenta la perspectiva de los actores, con sus tradiciones, sus pautas comportamentales, dentro del marco pautado desde la perspectiva de Derechos Humanos.

Ahora bien, todos estos principios que orientan de una manera particular los mecanismos restaurativos³⁹ podrían ser trasladados a la mediación penal, siempre y cuando se reformen ciertas cuestiones básicas relacionadas con los puntos ya tratados. En este sentido, es importante que el encuentro gire en torno a la rendición de cuentas por parte del ofensor, asumiendo voluntariamente su responsabilidad a fin de lograr la reparación del daño causado.

Justamente, lo substancial del encuentro debe residir en el reposicionamiento subjetivo de las partes ante lo sucedido. Es decir, en el cambio de actitud que cada participante, como sujeto social, debería asumir desde el punto de vista de la respuesta que está dispuesto a comprometer ante el otro.

De este modo, para resolver cualquier tipo de injusticia, hay que considerar que la mediación penal tendría que lograr, al menos, los siguientes tres objetivos: 1) que se reconozca el daño o la injusticia; 2) que se restaure la equidad; y 3) que se discutan los planes y expectativas para el futuro. El encuentro de mediación tendría que ofrecer entonces la oportunidad para que las víctimas expresen la injusticia sufrida, y para que los ofensores la reconozcan.⁴⁰

El encuentro de mediación, además de cumplir con dichos objetivos, debería tender a garantizar los siguientes requisitos, que son propios de cualquier modelo de conferencia restaurativa: 1) permitir que las preguntas sean abordadas en el contexto de un encuentro mediado por un facilitador; 2) que la participación de las partes sea enteramente voluntaria, y 3) que el ofensor reconozca, por lo menos, algún grado de responsabilidad.

En igual sentido, el instituto debería tender la ampliación de su intervención, no solo actuando en una etapa determinada del proceso, y no dependiendo exclusivamente de la voluntad del representante del Ministerio Público Fiscal. De este modo, los casos podrían ser remitidos por la policía, la comunidad, el fiscal, el patronato de liberados, cualquier oficina de control de pautas, el juzgado, las prisiones, etc.

³⁹ Hay tres modelos de conferencias que han tendido a dominar la práctica de la justicia restaurativa: las conferencias víctima-ofensor, las conferencias familiares y los círculos. Sin embargo, estos modelos tienen importantes elementos en común y se han ido entremezclando cada vez más dando origen a otras formas de programas alternativos, programas terapéuticos o de sanación, programas de transición, etc.

⁴⁰ Resultados como la restitución o las expresiones de arrepentimiento ayudan a que las personas “queden a mano”, es decir, se restauren la equidad. Pero generalmente, también es necesario discutir las interrogantes o dudas acerca del futuro. Sería importante, en este sentido, que la mediación tenga en cuenta estos aspectos.

Otro aspecto importante que puede aportar el enfoque de la justicia restaurativa se vincula con el lenguaje a utilizar y el modo de operar con palabras. Lo comunicacional caracteriza de especial manera a la Justicia Restaurativa. La comunicación, desde este enfoque, es genuina en la medida en que no usa al otro como instrumento de obediencia procesal y/o substancial, sino que intenta cooperar para transformar las situaciones desde una perspectiva de redistribución de responsabilidades.

En este sentido, es valioso el aporte que hace John Langshaw Austin, en su obra “Cómo hacer cosas con palabras”⁴¹, en donde atiende la diferencia entre distintos actos de habla con énfasis en el impacto sobre los sujetos y sus situaciones, postulando la existencia de actos locutivos, ilocutivos y perlocutivos.⁴²

Los actos perlocutivos, para Austin, tienen efecto transformador, y este es justamente uno de los objetivos que busca la justicia restaurativa. Los distintos dispositivos restaurativos son tales en la medida en que logran reacomodamientos subjetivos e intersubjetivos simultáneos. Así, la profundización empática de los vínculos se transforma en condición necesaria en cuyo marco las palabras –y la escucha- son centrales.⁴³

Las relaciones humanas basadas en la lógica de mando-obediencia (como los sistemas judiciales) obstaculizan el desarrollo de la autonomía progresiva. Por el contrario, debería instalarse como regla general la construcción conjunta de soluciones restaurativas y, sólo como estricta excepción, apelar a la citada relación de mando-obediencia.

Por último, a modo de cierre, proponemos una serie de preguntas que podrían ser formuladas cuando tengamos dudas respecto del carácter restaurativo de un encuentro, que

⁴¹ Austin, J. (1956). *Cómo hacer cosas con palabras*. Edición Electrónica. Chile, Universidad Arcis. Archivo disponible en: https://aulavirtual3.unl.edu.ar/moodle/pluginfile.php/132111/mod_resource/content/1/Austin%2C%20J.%20%281956%29.%20C%20C3%B3mo%20hacer%20cosas%20con%20palabras.%20Edici%C3%B3n%20Electr%C3%B3nica.%20Chile%2C%20Universidad%20Arcis.pdf

⁴² Los locutivos solamente producen sonidos mediante la utilización de determinados vocablos. Por ejemplo, decir “tengo hambre”, sin más, no produce movilización alguna. Los Ilocutivos, en cambio, conllevan alguna intencionalidad a partir de la locución, es decir que el sujeto dice, pero movilizándolo un interés específico. La expresión “tengo hambre” formulada por un niño frente a su madre busca lograr algo, sin quedar en la mera producción de sonidos. Cuando dicha expresión logra que la madre alimente al niño nos encontramos frente a un ejemplo de acto de habla perlocutivo, es decir con efecto transformador.

⁴³ Los efectos perlocutivos no deben ser unidireccionales, pues el daño que se intenta reparar es –per se- polifacético. La concepción de causalidad tiende por la propia naturaleza del enfoque restaurativo a considerar todo hecho como efecto final de procesos complejos en los cuales diversas responsabilidades son identificables. Es por ello que cada aspecto del daño necesita ser puesto en discusión desde distintas perspectivas. Así, no procede la reducción de los procedimientos a la utilización de la fuerza estatal bajo, por ejemplo, distintas mimesis.

sirven también para evaluar la efectividad y alcance de este: ¿se tratarán los daños, las necesidades y las causas de la ofensa?, ¿se centrará adecuadamente en la víctima?, ¿instará a los ofensores a asumir la responsabilidad por sus acciones?, ¿involucrará a todas las partes pertinentes?, ¿existirán oportunidades para dialogar y tomar decisiones de manera participativa?.

Bibliografía

- Maier, Julio B.J., “La víctima y el sistema penal”, en AA.VV, “*De los delitos y las víctimas*”, Ad-Hoc 1992.
- Fábregas, D. *El Proceso de mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Editorial JUSBAIRES. CABA. 2015.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. 1a, ed.-Buenos Aires. 2002, Siglo XXI Editores Argentina.
- Gargarella, R. El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social. En *Revista Derechos y Libertades*. N° 25. Madrid, Universidad Carlos III Archivo. 2011
- Maier, J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto.
- Zehr, H. *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*.
- Austin, J. *Cómo hacer cosas con palabras*. Chile, Universidad Arcis. 1956.