

## VIABILIDAD DE LA MEDIACIÓN PENAL COMO PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN CONTEXTOS INTERCULTURALES

MARIELA A. BARRERA

### I. PRESENTACIÓN Y CONTEXTO

El presente informe corresponde al trabajo realizado entre los meses de abril de 2000 y marzo de 2001, cuyo propósito se dirigió a evaluar la viabilidad de la mediación penal como propuesta alternativa de resolución de conflictos en contextos interculturales.

La aproximación al tema se orientó en tres direcciones: penal, procesal y criminológica, a fin de contar con una herramienta de acceso cognitivo a sus aspectos problemáticos y así alcanzar los objetivos propuestos.

Por otra parte, en el plano de las actividades desarrolladas, se destacan la consulta a fuentes secundarias (bibliografía, doctrina, jurisprudencia, base de datos), la realización de trabajo de campo, así como la redacción de informes de avance.

### I. Contexto

Resulta de gran relevancia describir el contexto en el que se enmarca nuestro campo de estudio, toda vez que se halla atravesado por tres grandes ejes temáticos, cuyas implicancias y connotaciones lo condicionan.

El primero de ellos se refiere a la pluralidad jurídica, "íntimamente relacionada con la pluralidad cultural y multiétnicidad"<sup>1</sup>. Se define por "la existencia simultánea —dentro del mismo espacio de un estado— de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos (en constante

<sup>1</sup> Urquiza, Diego A., "La gestión de la multiculturalidad y la multiétnicidad en América Latina", en *Documentos de debate* n.º 5, Gestión de las Transformaciones Sociales - MOST, UNESCO (Contribución a la Conferencia Regional del MOST para América Latina, Buenos Aires, 28-31 de mayo 1995).

transformación y cambio <sup>1</sup>), basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales” <sup>2</sup>. En el presente supuesto se refiere a la “existencia de dos (...) sistemas jurídicos dentro del territorio de un Estado: el nacional y el de los pueblos indígenas” <sup>3</sup>.

Los movimientos indígenas de los últimos años han bregado por el efectivo reconocimiento del derecho a regular su vida de conformidad con sus costumbres, y de resolver los conflictos ante las respectivas autoridades comunitarias. El reconocimiento de la jurisdicción indígena implica reconocer la diversidad étnica y la vigencia de distintas tradiciones jurídicas dentro del territorio nacional por lo que “la plena satisfacción de estas aspiraciones constituye para los Estados de América Latina un reto democrático en la construcción de naciones multiculturales y pluriculturales” <sup>4</sup>.

Como tendencia general, los Estados latinoamericanos están enfrentando las demandas por el reconocimiento a la composición plural y múltiple de sus sociedades recurriendo a cambios en sus legislaciones internas, así como adhiriendo a tratados internacionales.

En el ámbito internacional, hallamos el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, del año 1989 <sup>5</sup>. Este representa un documento valioso debido a que conlleva la obligación de adecuar la normativa interna de los

<sup>1</sup> KALISKO, Ilonka, “El concepto de cultura y el llamado ‘tema culturalmente condicionado’”, en El Seminario-Taller sobre “Cultura y Derechos Humanos”, San Martín de los Andes, 18 y 19 de junio 1999. Este movimiento no puede ser desdibujado a la hora de analizar conflictos sociales como el que nos ocupa.”

<sup>2</sup> CARRERA MORALES, Vicente J., “El Pluralismo Jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador”, VII Congreso de Latinoamericanistas Españoles (29, 30 y 31 de Septiembre 1999).

<sup>3</sup> CARRERA MORALES, V. J., “El Pluralismo...”, cit.

<sup>4</sup> Informe rol de justicia comunitaria y transición del conflicto Etno-cultural (Rodrigo Lara Botello) Multiculturalismo, Etnicidad y Jurisdicción Especial Indígena en Colombia. Reflexiones en torno a comunidades indígenas plenas.

<sup>5</sup> Art. 1. 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas deberán tenerse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Art. 9. 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la resolución de los debates comunitarios por sus miembros.

Estados ratificantes a sus postulados<sup>7</sup>. La República Argentina ha ratificado el Convenio mediante ley 24.071, del año 2000, comenzando a regir plenamente en un plazo de 12 meses<sup>8</sup>.

Asimismo, diversos países latinoamericanos hicieron expreso el reconocimiento de algunas demandas y exigencias y sus derechos como colectividades en igualdad de condiciones y sin negárseles su especificidad cultural frente al resto de la nación, así como el reconocimiento de la diversidad cultural y jurídica. En este sentido se relevó provisiones del tipo en las legislaciones de Argentina<sup>9</sup>, Bolivia<sup>10</sup>, Brasil<sup>11</sup>, Chile (Ley Indígena)<sup>12</sup>,

<sup>7</sup> Casiano Múñoz, Vicente J., "El Pluralismo Jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador", VII Congreso de Latinoamericanistas Españoles, (20, 21 y 22 de Septiembre, 1999).

<sup>8</sup> El C149 ha sido ratificado y ha entrado en vigencia en los Estados de Bolivia (11/12/1991), Colombia (18/1/1991), Costa Rica (10/1/1993), Ecuador (24/5/1998), Guatemala (26/1/1996), Honduras (26/2/1995), México (17/1/1993), Paraguay (22/1/1988), Perú (22/1/1994).

<sup>9</sup> Constitución de la Nación Argentina (1994), Art. 75. Compendio al Congreso: "17. Reconocer la pertenencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenada, traspasada ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión comunitaria a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones." 18. "Disposiciones que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales."

<sup>10</sup> Constitución Política del Estado (1987, texto modificado 1994).

Art. 17. "Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la soberanía de todos los bolivianos".

Art. 176. "Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personería jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos pueden ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como alternativa a los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y la ley. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado".

Asimismo los arts. 163, 164 y 167 refieren sobre la exención legal de los pueblos indígenas; la legislación agraria adaptada a las diferentes condiciones regionales; y la participación en la educación ocupacional.

<sup>11</sup> Constitución de Brasil (1988, reformada en 1999), Art. 131. "Indios, reconoce la organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, los derechos originarios, usos consuetudinos y tradiciones sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Establece que es competencia del Estado demarcar y hacer respetar sus tierras. Establece el derecho de consulta y participación a las comunidades".

<sup>12</sup> Ley 19.253 (1993), Art. 1. "El Estado reconoce que los indígenas de Chile descienden de las adaptaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y su cultura [...] La voluntad de existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chi-

Colombia <sup>13</sup>, Ecuador <sup>14</sup>, Guatemala <sup>15</sup>, Paraguay <sup>16</sup>, Perú <sup>17</sup>, Venezuela

lata, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo con sus costumbres y valores. Es deber (...) del Estado (...) proteger, promover y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, lenguas y comunidades, adoptar las medidas adecuadas para su finca y proteger los tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propiciar a su ampliación". Art. 3. "El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias instituciones culturales, en toda la que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público". Art. 34. "Las costumbres hechas valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma civil, constituirán derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución de la República. En lo posible se la considerará cuando ella pudiere servir como antecedente para la aplicación de una norma o elemento de responsabilidad". Art. 35. "Para prevenir o terminar un juicio sobre tierras, en el que se encuentre involucrado algún indígena, los interesados podrán recurrir voluntariamente a la Cooperación a fin de que las tierras sobre de la materia de la constitución y de sus derechos y se procure la solución integral del mismo controversial).

<sup>13</sup> Constitución Política de Colombia (1991). Art. 7. "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana". Art. 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

<sup>14</sup> Constitución de Ecuador (1998). Art. 191, párrafo 6°. "Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con el sistema judicial nacional".

<sup>15</sup> Constitución de Guatemala (1985). Art. 58. "Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades, a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres". Art. 59. "Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el modo del trabajo indígena en hombres y en mujeres, idiomas y dialectos".

<sup>16</sup> Constitución del Paraguay (1992). Art. 82. "De los pueblos indígenas y grupos étnicos. reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de valores ancestrales a la formación y a la organización del Estado paraguayo". Art. 83. "De la identidad étnica. queda reconocida y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo habitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena".

<sup>17</sup> Constitución Política del Perú (1993). Art. 2. "Toda persona goza de los derechos (...) 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a que se respete ante cualquier autoridad su idioma. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son admitidos por adquirir ciudadanía". Art. 149. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establecerá las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

la <sup>18</sup>. Asimismo, las legislaciones de Costa Rica <sup>19</sup>, El Salvador <sup>20</sup>, Honduras <sup>21</sup>, México <sup>22</sup>, Nicaragua <sup>23</sup> y Panamá <sup>24</sup>, contemplan el reconocimiento de derechos a las comunidades indígenas. Sin embargo, sólo algunos reconocen el efectivo ejercicio de funciones jurisdiccionales <sup>25</sup>.

Por otra parte corresponde destacar que la provincia de Neuquén ha presentado un proyecto de reforma del Código Procesal Penal en el que se prevé el reconocimiento de la jurisdicción indígena <sup>26</sup>.

<sup>18</sup> Constitución de Venezuela (1999). Art. 119, contiene disposiciones específicas sobre áreas y asentamientos indígenas. Art. 260: "Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su ámbito instances de justicia con base en sus tradiciones asociadas y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propios estatutos y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

<sup>19</sup> Constitución de Costa Rica (1949, reforma 1997). Art. 76: "Declara el español como idioma oficial. [...] establece [...] el fomento de las lenguas indígenas".

<sup>20</sup> Constitución de El Salvador. Art. 62: "El idioma oficial de El Salvador es el castellano"; y agrega: "Las lenguas autóctonas que se hablan en el territorio nacional forman parte del patrimonio cultural y serán objeto de preservación, difusión y respeto".

<sup>21</sup> Constitución de Honduras (1982). Art. 146: "Es deber del Estado tomar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques desde categorías asociadas"; Art. 173: "El Estado preservará y estimulará las culturas nativas, así como las primarias expresiones del folklore nacional, el arte popular y las artesanías".

<sup>22</sup> Como Estados mexicanos (Oaxaca, Chiapas) mantienen la misma su indígena costumbre en crear regiones autónomas. Se plantea la modificación del art. 115, CM, inc. c, in: "Administrar e impulsar la justicia misma en aquellos estados que la ley determine, de acuerdo con las instituciones y prácticas jurídicas de los pueblos".

La Constitución del Estado de Hidalgo, México, en su art. 25 establece que: "La ley protegerá las tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas, que hasta ahora han utilizado para la elección de sus ayuntamientos" con forma concordante el art. 16 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Oaxaca (1992).

<sup>23</sup> Instituto de Anatomía de la Costa Atlántica, incluyó un Mapa de reconocimientos constitucionales a partir de la multi-continentalidad del país, un sistema autonómico que incluye un conjunto de instituciones como el Parlamento Regional al que se le otorgó el recurso de veto; y la promulgación de una ley específica, que comprendió el reconocimiento a las instancias jurídicas indígenas, en Ocosingo, Chiapas. "Derechos indígenas y pluricultural legal en América Latina", Instituto Miami (a más más datos).

<sup>24</sup> Como Copalaco de los Indios de San Blas (1925), prevé un sistema social bajo el liderazgo de sus autoridades tradicionales, fue validado en 1940, y en 1953 la ley 46 organiza la Comarca de San Blas, otorga las áreas de la jurisdicción local y reconoce la estructura política del pueblo. La Ley Electoral lo reconoce como sistema electoral para la Asamblea Legislativa.

La ley 221 crea la Comarca Indígena Waaqana (1982).

El 7 de junio 2000, se crea la Comarca Rama de Murgurol, se reconoce la propiedad colectiva, el Congreso General como máxima autoridad tradicional dentro de la Comarca, además de los Congresos Locales.

<sup>25</sup> Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

<sup>26</sup> Art. 40: "Cuando se trate de delitos que afectan bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes patrimoniales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima o sus familiares acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho

El segundo eje temático está comprendido por el actual impulso dado a la implementación de métodos alternativos al sistema penal, al proceso, a la pena o a la prisión, según el caso. Podemos definir el concepto de mediación reparadora como un "proceso de comunicación en el que la víctima y el infractor llegan a un acuerdo, con ayuda de un tercero y que supone una reparación de los daños causados, materiales e inmateriales y que en su caso afectará al proceso penal, entendido en sentido amplio"<sup>27</sup>. En este sentido, corresponde señalar los diversos documentos que propician y aconsejan su inclusión.

En el marco de las Naciones Unidas, hallamos la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Crímenes y Abuso de Poder (1985)<sup>28</sup>, The Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules) (1985)<sup>29</sup>, The Victims of Crime and Abuse of Power (1990)<sup>30</sup>, Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials (1990)<sup>31</sup>, Standard Minimum Rules for Non-Custodial

<sup>27</sup> *comunicación, se promoverá la extinción de la acción penal. En otros casos, cualquier miembro de la comunidad podrá solicitar que así se declare antes el juez de paz. Se excluyen los casos de homicidio doloso y los delitos agravados por muerte o aquellos que impliquen grave violación a los derechos del niño". Art. 26, "Diversidad Cultural. En los procedimientos se atenderá a la diversidad cultural".*

<sup>28</sup> Debemos señalar que el concepto de mediación es complejo y sus elementos identificados múltiples y cambiantes en cada sociedad, tiempo y espacio. Cfr. Verónica Muzio, *Curso de mediación reparadora como estrategia de control social con perspectivas criminológicas*, Caracas, Granada, 1998, p. 2.

<sup>29</sup> *Annex, 3. Informal mechanisms for the resolution of disputes, including mediation, arbitration and customary justice or indigenous practices, should be utilized where appropriate to facilitate resolution and redress for victims.*

<sup>30</sup> *For the reasons set out in article 10 of the Assembly's Declaration, Art. 18: Various dispute-resolution measures, including mediation, arbitration and customary justice or indigenous practices, should be utilized where appropriate to facilitate resolution and redress for victims. 18.1 A large variety of dispute-resolution measures shall be made available to the competent authority, allowing for flexibility so as to avoid instrumentalization to the greatest extent possible. Such measures, none of which may be optional, include: (a) Case guidance and supervision orders; (b) Probation; (c) Community service orders; (d) Financial penalties, compensation and restitution; (e) Intermediate treatment and other treatment orders; (f) Orders to participate in group counseling and similar activities; (g) Orders concerning foster care, living arrangements or other educational settings; (h) Other relevant orders. 18.2 No juvenile shall be removed from parental supervision, whether partly or entirely, unless the circumstances of her or his case make this necessary.*

<sup>31</sup> *For resolution of the Caracas Economic and Social, Art. 2. Requests the Secretary-General, together with all the organs of the United Nations system and other appropriate organizations, to undertake and coordinate the necessary actions, with a humanitarian objective, to prevent and control severe victimization where national means of recourse are insufficient; and (b) To develop and institute means of conflict resolution and mediation.*

<sup>32</sup> *Eighty United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Art. 20: In the training of law-enforcement officials, Governments and law-enforcement agencies shall give special attention to issues of police ethics and human rights, especially in the investigative process, to alternatives to the use of force and firearms, including the peaceful settlement of conflicts, the*

Measures (The Tokyo Rules) (1990)<sup>22</sup>, Guidelines on the Role of Prosecutors (1990)<sup>23</sup>, Recommendations on the Four Substantive Topics of the Ninth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (1995)<sup>24</sup>, Children as Victims and Perpetrators of Crime and the United Nations Criminal Justice Programme: From Standard Setting Towards Implementation and Action<sup>25</sup>, Guidelines for Cooperation and Technical

understanding of crowd behaviour, and the methods of persuasion, negotiation and mediation, as well as to technical means, with a view to limiting the use of force and firearms. Law enforcement agencies should review their training programmes and operational procedures in the light of particular incidents.

<sup>22</sup>General Assembly. Recalling also resolution 46 of the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders on the reduction of the prison population, alternatives to imprisonment, and social adaptation of offenders, recalling further section XI of Economic and Social Council resolution 1986/LII of 23 May 1986, on alternatives to imprisonment, in which the Secretary-General was requested to prepare a report on alternatives to imprisonment for the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders and to study that question with a view to the formulation of basic principles in that area, with the assistance of the United Nations institutes for the prevention of crime and the treatment of offenders. Convinced that alternatives to imprisonment can be an effective means of treating offenders within the framework of the best advantage of both the offenders and society. Aware that the restriction of liberty is justifiable only from the viewpoints of public safety, crime prevention, just retribution and deterrence and that the ultimate goal of the criminal justice system is the reintegration of the offender into society.

<sup>23</sup>(Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders) Art. 10. In accordance with national law, prosecutors shall give due consideration to warning prosecution, diversionary proceedings conditionally or unconditionally, or diverting criminal cases from the formal justice system, with full respect for the rights of suspects and the victims. For this purpose, States should fully explore the possibility of adopting diversion schemes not only to alleviate excessive court loads, but also to avoid the stigmatisation of pre-trial detainees, indictment and conviction, as well as the possible adverse effects of imprisonment. Art. 10. In countries where prosecutors are vested with discretionary functions as to the decision whether or not to prosecute a juvenile, special considerations shall be given to the nature and gravity of the offence, protection of society and the personality and background of the juvenile. In making that decision, prosecutors shall particularly consider available alternatives to prosecution under the relevant juvenile justice laws and procedures. Prosecution shall not refer four-offenders to take prosecutory action against juveniles only to the extent strictly necessary.

<sup>24</sup>Art. 12. Urges Member States to develop educational, social and other programmes based on mutual respect and tolerance in order to lower the level of violence in society, with special emphasis on the importance of conflict prevention and conflict-management mechanisms, alternative dispute resolution mechanisms and other resolution mechanisms, and on the fundamental importance of education, at all levels and for all sectors of society.

<sup>25</sup>(Ninth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders) Art. 9. Requests the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice to invite the Secretary-General to continue including in the various advisory services and technical assistance programmes specific arrangements for technical assistance in the field of criminal justice and the administration of justice, with regard to children. Such assistance may include technical advice in law and criminal justice reform, including the provision of alternative measures, such as alternatives to custody, diversionary programmes, alternative dispute resolution, restorative, family conferences and community services. Art. 12: Recommends that States ensure that all structures, procedures and programmes in the administration of justice with regard to child offenders should provide assistance to allow children to take responsibility for their actions and to encourage, inter alia, negotiation, mediation and restitution, especially for the direct victims of the crime.

Assistance in the Field of Urban Crime Prevention (1995)<sup>36</sup>, Development and Implementation of Mediation and Restorative Justice Measures in Criminal Justice (1999)<sup>37</sup>.

Por su parte, diecinueve miembros del Comité de Ministros del Consejo Europeo recomendaron la implementación de la mediación en cuejpto-

<sup>36</sup> (Economic and Social Council) Ann. 2. Integrated crime prevention action plan. 3. The authors of an integrated crime prevention action plan, in order for it to be comprehensive and efficient, should: (a) Consider providing for action at various levels; (b) Primary prevention: i.- By promoting civic responsibility and social mediation procedures; (ii) Prevention of recidivism: b.- By facilitating the adaptation of methods of judicial intervention and implementation of alternative remedies; c. Diversification of methods of treatment and of measures taken according to the nature and seriousness of the crime (diversionary schemes, mediation, a special system for minors, etc.).

<sup>37</sup> (Economic and Social Council) Recalling its resolution 1997/13 of 21 July 1997, entitled "Elements of responsible crime prevention: standards and norms", as well as its resolution 1998/23 of 28 July 1998, in which it recommended its Member States that they consider using desirable means of uniformity to deal with petty offences, for example, by using mediation, acceptance of civil reparation or agreement to compensation, and to consider using non-custodial measures, such as community service, as alternatives to imprisonment. Recalling the existing regional instruments, including Council of Europe recommendations (85) 11, on the position of victims in criminal law and procedural criminal law, and (88) 1, on family mediation; 3. Emphasizes that mediation and restorative justice measures, when appropriate, can lead to satisfaction for victims as well as to the prevention of future illicit behaviour and can represent a viable alternative to short terms of imprisonment and to fines; 4. Welcomes the development in many countries of expertise in mediation and restorative justice in the field of criminal justice, where appropriate, in the areas of, inter alia, minor offences, family problems, school and community problems, and problems involving children and youth; 5. Calls upon States to consider, within their legal systems, the development of procedures to serve as alternatives to formal criminal justice proceedings and to formulate mediation and restorative justice policies, with a view to promoting a culture favourable to mediation and restorative justice among law enforcement, judicial and social authorities, as well as local communities, and to consider the provision of appropriate training for those involved in the implementation of such processes; 6. Calls upon interested States, international organizations and other entities to exchange information and experience on mediation and restorative justice, including in the framework of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme, and to contribute actively to the discussion and consideration of mediation and restorative justice policies in the framework of the Tenth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders and in particular in its workshop on community involvement in crime prevention; 7. Requests the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice to examine ways and means of facilitating an effective exchange of information concerning national experience in this area and possible ways to promote awareness among Member States of the extent of mediation and restorative justice; 8. Recommends to the Commission that it consider the desirability of formulating United Nations standards in the field of mediation and restorative justice, which are intended to create fairness in the resolution of minor offences; 9. Requests the Secretary-General to undertake, within existing or available resources, activities to assist Member States in developing mediation and restorative justice policies and to facilitate the exchange at the regional and international levels of experience on the issues of mediation and restorative justice, including dissemination of best practices.

According to Van Pelt and Strong, implementing restorative justice involves a number of steps. The following discussion summarizes those steps and their suggestions for how to address them (Van Pelt and Strong, 1997 at 133-172).

nes penales (Recomendación R [99])<sup>36</sup>. Asimismo, en el ámbito nacional, se incentivó su implementación mediante la Acordada 27/1999 de la Cámara Nacional de Casación Penal en la que declaran que resulta de interés institucional la experiencia piloto de mediación penal: el oficio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, que resuelve designar representantes de la Cámara a fin de integrar la experiencia; la resolución DGN 1244/1999 (10/8/1999) según la cual el Defensor General, Miguel Angel Romero, crea una comisión para llevar adelante la experiencia piloto; la Resolución 397/1999 (23/7/1999) del Ministerio de Justicia, que dispone facultar a la Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos a realizar las acciones necesarias para la puesta en marcha de una experiencia piloto en mediación penal; la Resolución PGN 45/1999 del Procurador General de la Nación, Nicolás E. Becerra (22/6/1999), que dispone la intervención y asesoramiento de la Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos al Ministerio de Justicia; la resolución PGN 46/1999 del Procurador General de la Nación, Nicolás E. Becerra, por la que se crea la comisión para establecer nexo permanente con la Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (24/6/1999).

Asimismo, se ve este desarrollo sostenido en la creciente cantidad de programas de mediación implementados.

Por último, cabe mencionar la previsión de medios alternativos de resolución de conflictos contemplada en el proyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> These guidelines apply to any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party mediator. Entre los principios que propuso se hallan: voluntariedad, confidencialidad, autonomía, la existencia de posibilidad de mediar en cada etapa procesal, solución accesible. Principles: freely consent, confidentiality sufficient autonomy, be available at all stages of the criminal justice process.

<sup>37</sup> Art. 21. Solución del conflicto: La imposición de la pena es el último recurso. Los jueces procurarán la resolución del conflicto surgido como consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social.

"Esta disposición general, junto con otras normas más punitivas, entre ellas la que contempla como criterio de severidad la catalogación como las partes y la reparación del perjuicio en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas, en los delitos culposos y lesiones leves (art. 33, arts. 5° y 6°), o las que establecen el mínimo castigo, 222, inc. 4° y 246), reduce la aplicación de un modelo de intervención penal basado exclusivamente en la pena, previa atención al conflicto preexistente víctima - ofensor y las lleva las partes a alternar sus conductas o composiciones de dicho conflicto, aportando una importante dosis de racionalidad al sistema penal especialmente en el caso a los delitos de menor gravedad".

En tercer lugar, nuestro proyecto se ve condicionado por las connotaciones atribuidas al concepto de "cultura". Si bien no abordaremos las variadas controversias que el mismo suscita, corresponde aclarar que lo interpretamos como "un cuerpo polivalente de significados (Howes, 1991; Kroeber, 1967 y 1989) que no es necesariamente compartido por todo el grupo"; "como repertorios mezclados y cambiantes que se crean y negocian en la vida cotidiana de las personas y comunidades" y que se generan una pluralidad de contextos que otorgan una multiplicidad de marcos de referencia: los mapas sociales, afectivos y cognoscitivos, junto con las instancias de confrontación"<sup>40</sup>.

En este contexto se ubica nuestro estudio. Consideramos que quejarse con una idea cerrada de cultura, permitiría aceptar la dinámica del contacto cultural, toda vez que la interculturalidad, como fenómeno social, permite poner en contraste los diferentes valores, así como la comprensión de las cosas en un sentido amplio, a fin de tender a la creación de sentidos y formas posibles de evaluación y decisión<sup>41</sup>. Esta dimensión nos lleva a considerar que la preservación cultural (...) se logra creando y cualificando espacios interculturales como, por ejemplo, la administración de justicia toda vez que las identidades culturales también se resuelven en los fueros individuales de los sujetos y que, por lo mismo, no basta con asimilar el pluralismo cultural al reconocimiento de derechos colectivos, sino también al reconocimiento de derechos y garantías individuales.<sup>42</sup> / 43.

## II. OBJETIVOS PROPUESTOS Y ALCANZADOS

Los objetivos propuestos tendieron a:

1. Evaluar la capacidad y grado de permeabilidad de las agencias policial, judicial, penitenciaria a la implementación de la mediación penal.
2. Evaluar el grado de aceptación de las diferentes comunidades a la forma de resolución de conflictos restitutiva.

<sup>40</sup> Kroeber, Beattie. "El concepto de cultura y el llamado 'error culturalmente condicionado'", en II Seminario-Taller sobre "Cultura y Derecho Penal", San Martín de los Andes, 18 y 19 de junio 1999.

<sup>41</sup> Conf. Kroeber, B., "El concepto de cultura...", cit.

<sup>42</sup> Conf. Informe de la Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla": Multiculturalismo, Etnicidad y Interculturalidad Especial Indígena en Colombia. Reflexiones en torno a comunidades indígenas pluriétnicas.

<sup>43</sup> La interpretación de las conductas de los sujetos no puede hacerse a partir de patrones culturales, con los que se espera sean debidos como conductas siempre y en todo lugar. La riqueza de que cada uno de los países de un sistema contiene en sí mismo a la totalidad del sistema no se aplica en estos casos.

3. Estudiar diversos programas de mediación a fin de tomar experiencia de su desarrollo en los diversos contextos.

## 1. Desarrollo

### *1.1. Evaluación de la capacidad y grado de permeabilidad de las agencias policial, judicial, penitenciaria a la implementación de la mediación penal*

#### *1.1.1. Agencia Policial*

Con el objetivo de evaluar el grado de permeabilidad de la agencia a este cambio se realizaron las siguientes entrevistas:

- Miembros de la policía.
- Jefe de la seccional.

La seccional se caracteriza por ser el espacio formal en el que los conflictos (muchas veces privados) se hacen públicos. A ella recurren los pobladores a fin de denunciar un acontecimiento vivido como injusto y que excede sus posibilidades de solución. La falta de resones previos a la instancia judicial transforma la "denuncia penal" en la forma legítima de visibilizar reclamos desoídos. Sin embargo, la respuesta del sistema penal generalmente no satisface la expectativa que motivó su impulso.

En este sentido, se advirtió la cotidiana disyuntiva de sus operadores en torno a las obligaciones legalmente establecidas por su calidad de funcionarios públicos y la asidua tendencia a dar respuesta concreta a conflictos, considerados menores, sorteando el trámite del expediente penal. De este modo, en ocasiones son tomadas tímidas, esporádicas y generalmente ocultas licencias (por temor a constituir ellos mismos un ilícito), en casos tales como conflictos familiares, usurpaciones, hurtos, o pequeños robos. En estos casos se convoca a las partes en conflicto a fin de interiorizarse del reclamo, satisfacer la "demanda" y armonizar a las partes.

El contacto permanente de los funcionarios con la gente del pueblo, y de las comunidades mapuches, permite un relativo conocimiento que facilita la recepción de "quejas", sin pretensiones punitivas por parte de quien las manifiesta. Se tomó conocimiento de algunos casos que patentizan lo expresado:

1. En las inmediaciones de la seccional, unos jóvenes habían robado la máquina de cocer a una señora que la utilizaba como medio de subsistencia debido a la precaria situación económica que atravesaba. En este caso, el acercamiento a la comisaría no pretendía dar noticia del hecho a fin de que se desarrolle una investigación penal, sino que requería la urgente devolución del bien sustraído. Ante esta situación, se "citó" informalmente a quienes se suponía, eran los responsables a fin de que den cuenta de lo acontecido y en su caso le rescaten la máquina. Luego de la entrevista, los jóvenes pidieron disculpas a la señora y acercaron a su domicilio la máquina.
2. En un lugar alejado de la ciudad una señora había usurpado una casa, cuyo terreno había pertenecido a su abuela mapuche debido a que se hallaba desocupada y ella no tenía un lugar para vivir con sus hijos. Cuando la actual dueña de la finca notó esa situación intentó echarla en diversas oportunidades, sin efectividad. La dueña pretende hacer una denuncia debido a que es el único camino a fin de recuperar su casa. Ante esta situación se citó informalmente a las partes, quienes en un clima de mayor tranquilidad lograron un acuerdo que las favorecía. Una situación similar se dio en el caso de una señora que adeudaba el alquiler.
3. Una señora, miembro de una comunidad mapuche, se presenta a denunciar a su marido porque éste, en estado de ebriedad, la ha insultado y le ha intentado pegar. Según manifiesta desea que le den un "buen saxo para que aprenda". Ante este acontecimiento se citó informalmente a las partes a fin de que arreglen sus diferencias en un marco distinto del hogar. Finalmente se logró que las partes se reconcilien y ella permita nuevamente el ingreso de su marido al hogar, previo compromiso de éste de asistir a un centro de asistencia a alcohólicos.

Las características de su implementación fáctica impiden considerar estos acontecimientos como "mediaciones", toda vez que el rol y formación intelectual del "policía", el ámbito en el que tiene lugar ("la seccional") y el carácter formal y estigmatizante del contexto, toman ilusiones algunas de sus características propias. Por otra parte se destaca el criterio subjetivo y ocasional de su implementación, toda vez que no existen pautas objetivas que lo viabilicen; de este modo, será el funcionario de turno, así como circunstancias relacionadas con el tiempo, el lugar, la afinidad personal con las partes, la sensibilidad ante el hecho narrado, el conocimiento del marco conflictivo, entre otras cuestiones, las que determinarán la efectiva intervención ante su planteamiento.

Por otra parte, se destaca un intento por modificar las relaciones comunales y una tendencia al acercamiento de los problemas de los ciudadanos que se manifiesta entre otras cuestiones en la proyección de programas de contención de jóvenes y de violencia familiar. Asimismo, se ha accedido a la ubicación de un puesto policial en las comunidades mapuches a fin de que puedan contar con un acceso ágil a la policía <sup>46</sup>.

A pesar de ello, la comisaría resulta un lugar poco accesible para el poblador rural debido a las grandes distancias, y las implicancias de su acercamiento (representa la puesta en marcha del poder punitivo del Estado).

Se advierte un análisis crítico del sistema penal y su inoperancia para resolver “algunas” cuestiones, así como una predisposición hacia la implementación de medios alternativos de resolución de conflictos, en delitos leves y una gran reticencia a su consideración en aquellos que podrían considerarse graves.

Por último corresponde manifestar que el marco teórico-práctico en el que actualmente se desenvuelven varios programas de mediación penal, asignan a la agencia policial un rol relevante debido a que es la primera instancia formal de control social y esto la constituye en el receptor directo de los conflictos denunciados.

### *1.1.2. Agencia Judicial*

Con el propósito de evaluar la viabilidad de la mediación penal en contextos interculturales, se han realizado entrevistas a miembros del Poder Judicial local y nacional a fin de relevar sus consideraciones y, consecuentemente, estimar el posible impacto que su efectiva regulación produciría en sus operadores.

En las ciudades de Junín de los Andes y Zapala se realizaron, a miembros del Poder Judicial local, las siguientes entrevistas:

- Dra. Raquel Bricetto: Titular del Juzgado de Paz de la Ciudad de Junín de los Andes.
- Dr. Mariano Echeverri: Titular de la Defensoría de Instrucción en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Junín de los Andes.
- Dr. Andrés Luchino: Titular de la Defensoría Civil de la Ciudad de Junín de los Andes. Subrogante en el fuero penal.
- Dr. Víctor Hugo Martínez: Juez integrante del Tribunal Oral de la Ciudad de Zapala.

<sup>46</sup> Su reciente implementación ha resultado dificultosa y no permanente.

- Dr. Pedro Telleriarte: Titular de la Fiscalía de Instrucción de la Ciudad de Zapala (interino).
- Dr. Miguel Valero: Titular de la Defensoría Oficial de Cámara de la Ciudad de Zapala.
- Dr. Carlos Héctor Trova: Juez, Juzgado de Instrucción de la Ciudad de Zapala.

La agencia judicial constituye la instancia institucional predispuesta para resolver los múltiples conflictos sociales. En este sentido, consideramos que uno de los objetivos subyacentes de la atribución monopólica de esta facultad estuvo dada por la capacidad de resolver situaciones de modo más pacífico y equitativo que sus implicados directos. Sin embargo, el análisis de su actividad manifiesta que generalmente su pretendida actuación deviene selectiva, estigmatizante y violenta, desdibujando sus promesas y acentuando el dolor y el conflicto<sup>45</sup>.

La instancia judicial se caracteriza por ser formal, rígida, burocratizada, distante, y tardía, connotaciones que dificultan el acercamiento y consecuentemente la resolución de los conflictos reales toda vez que tiende a estereotiparlos, etiquetarlos y estandarizarlos, ante situaciones de extrema diversidad.

En algunas ocasiones, los propios operadores hallan acotada su capacidad judicativa a las estrictas categorías normativas, que les brindan escasas alternativas de respuesta.

En este sentido se reconoce la aplicación encubierta y subjetiva de criterios de oportunidad y de soluciones alternativas, cuya implementación no siempre se orienta a una mejor y más adecuada resolución del conflicto, sino que muchas veces responde a circunstancias ajenas, relacionadas con el calendario judicial, la pronta entrega de informes estadísticos, así como las situaciones personales del imputado, juez, defensor o fiscal.

Por otra parte, se advierte, como es propio del sistema penal, una importante cifra negra<sup>46</sup> que en estos contextos se agudiza por diversas circunstancias, tales como el conocimiento previo de las partes en conflicto, el

<sup>45</sup> "El monopolio estatal de la coerción está en crisis. Esta idea ha fracasado en la fundación judicial y el monopolio estatal evita la cooperación, porque en muchos sistemas el propio Estado ha sido el "persecutor social" de una violencia mucho más brutal que la que pueden producir los particulares. También ha fracasado en su intento de salvaguardar el interés de la víctima porque la única que se ha logrado es que, la misma, apropiada de su conflicto, no sea atendida por el Estado y deba sacrificar sus intereses a un dudoso interés general" (Corti, *Proyecto de Reforma al Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén*, parte primero, punto 3, apartado b).

<sup>46</sup> Casos que típicamente antijudiciales y culpables que no llegan a la instancia judicial.

difícil acceso a los centros judiciales y la organización burocrática de la justicia (que la torna lenta, engorrosa y distante).

La grave crisis en la que actualmente está sumergido el sistema penal en su conjunto es reconocida por sus operadores<sup>42</sup>, por lo que, en este contexto, la propuesta de implementar la mediación penal como medio alternativo de resolución de conflictos, en principio, fue aceptada. Sin embargo, entre sus postulados se pueden enunciar parámetros coincidentes y divergentes, producto de las dificultades "extra e intrasistemáticas"<sup>43</sup> que plantea su incorporación práctica.

El ámbito extrasistemático se relaciona con "la existencia del sistema penal como sistema de apropiación de conflictos, como sistema de disciplinamiento de respuestas y con la cultural del castigo"<sup>44</sup>. En este sentido, fue relevante la preocupación manifestada por los operadores del sistema respecto de la posible conformación de una justicia paralela, ajena al control estatal, que represente una manifiesta violación a los derechos y garantías consagrados en el proceso penal, toda vez que se constituiría en un "espacio en el que el poder estatal pierda sus límites, o éstos se vuelvan difusos e inciertos"<sup>45</sup>.

Estas consideraciones estarían íntimamente relacionadas con el grado de alternatividad<sup>46</sup> y de pertenencia<sup>47</sup> aceptado, debido a que determinaría el nivel de control aceptable.

En el mismo nivel, se advirtió, tal como se había previsto, una dificultad de orden procesal. Ella es definida por la vigencia en el ámbito nacional del principio de legalidad, que prohíbe la realización de una adecuada selección de las conductas penalmente relevantes mediante criterios de oportunidad. Este escollo tomaría existir el planteo de la mediación penal; sin embargo, ha sido profundamente analizado y superado por los operadores locales con motivo de la presentación de un proyecto de reforma al Código Procesal Penal provincial. En dicha oportunidad se determinó que la norma que prevé el principio de legalidad (art. 71, Código Penal) "es de estricta naturaleza procesal e interfiere con el ejercicio autónomo de la administra-

<sup>42</sup> En este sentido su clara exposición de la problemática fue descrita en el proyecto de reforma al Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén.

<sup>43</sup> Rosendo Pissavento, Gabriela, "Resolver alternativamente los conflictos penales", en *Resolución alternativa de conflictos penales*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2000.

<sup>44</sup> Rosendo Pissavento, G., "Resolución...", cit., pág. 4.

<sup>45</sup> Soto, Mía Paula, "Derecho penal mínimo, garantías constitucionales y sistemas informales de resolución de conflictos", en Rosendo Pissavento, G., *Resolución...*, cit., p. 34.

<sup>46</sup> Afirmativo al sistema penal, al proceso penal, a la pena o a la pena privativa de libertad.

<sup>47</sup> Fuente de donde proviene el conflicto y por qué es estado sustantivo, nacido o derivado.

ción de justicia que el art. 5º de la Constitución Nacional garantiza a las provincias". Por lo que corresponde a éstas la regulación de la disponibilidad de la acción penal.<sup>31</sup>

En el orden intrasistemático se analizó el grado de alternatividad y de pertinencia considerado óptimo a fin de implementar la mediación penal en su jurisdicción.<sup>32</sup> En este sentido advertimos que los operadores del sistema no consideran relevante como criterio de análisis, la existencia de un contexto intercultural que dificulte el diálogo y la comprensión de la criminalidad o bien que condicione en algún sentido a las partes intervinientes. Referían que, según su experiencia, los conflictos con connotaciones culturales jurídicamente relevantes eran intracomunitarios en su gran mayoría. La excepción estaría dada por los delitos de usurpación, hecho de ganado, o bien la utilización por no mapaches de "tierras sagradas", es decir delitos considerados "leves".<sup>33</sup> Por otra parte, aquellos "delitos", donde una sola de las partes era mapache (víctima o victimario), constituían un hecho meramente circunstancial en la conducta desarrollada por sus sujetos activos, por lo que su origen étnico resultaría irrelevante.

Según entendemos, el conflicto en este aspecto está dado por considerar que el concepto de "cultura" "plantea un modelo disyuntivo en la com-

<sup>31</sup> Reforma Procesal de la provincia del Neuquén. Anteproyecto de Código Procesal Penal y Exposición de Motivos, noviembre 2000, antecedente.

Art. 30. "Criterio de oportunidad. No obstante podrá prevalecer total o parcialmente del ejercicio de la acción penal si resultara a alguno de los delitos que intervienen en el hecho, en los casos siguientes:

1) Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia no ofende gravemente el interés público, si cuando la intervención del imputado se estime de mayor relevancia, a excepción que la acción arbitral haya previsto una sanción que exceda los límites de pena privativa de libertad. 2) En los delitos culposos cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que haya motivado y desproporcionado la aplicación de una pena. 3) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se previene, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede imponerse por los restantes hechos. 4) Cuando exista concurrencia entre las partes y el imputado haya reparado el perjuicio causado, en los delitos con contenido patrimonial cuando sea grave violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos, y 6) en los casos de lesiones leves, cuando haya ocurrido concurrencia o la víctima exprese desistimiento en la persecución penal, salvo cuando este concierne al interés familiar. No corresponde la aplicación de los criterios de oportunidad en el delito que consista por su funcionamiento público en el ejercicio de su cargo o por razón de él".

Art. 38. "Efectos. La decisión que previene de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad, obstatiza extinguida la acción pública con relación al punto que se extingue en caso de ser la decisión. No impedirá la persecución del hecho por medio de la acción privada, salvo que la víctima haya dado su consentimiento para la aplicación del criterio de oportunidad".

<sup>32</sup> Los criterios ones de los hechos factibles de ser sometidos a mediación penal están definidos en el presente informe.

<sup>33</sup> El criterio está determinado por la previsión legal del número de la pena en abstracto: "en otros de penas".

presión de las realidades tanto cotidianas como extraordinarias”<sup>56</sup>, es decir que quien realiza una conducta típica, antijurídica y culpable, respondería a una “determinación cultural” que le impediría comprender o internalizar una distinta. Sin embargo, “las personas, todas, en condiciones en que no medien con la coerción o con la misma fuerza, limitaciones simbólicas, usamos un margen de incertidumbre por el cual podemos optar por las creencias en que queremos creer”<sup>57</sup>.

Un orden de convivencia plural debe dar cuenta de “la diversidad social, cultural, religiosa, existencial y moral que tiene implícito”<sup>58</sup> por lo que según entendemos, debe prever ámbitos de diálogo en los que puedan desamollarse. El sistema jurídico penal sólo prevé eximentes ante conductas motivadas en “errores culturalmente condicionados (art. 34, inc. 1º, CP)”<sup>59</sup>.

En relación con el grado de alternatividad y penitencia aceptados, se consideró óptimo, en términos generales, la incorporación de métodos alternativos al proceso penal o a la pena, a fin de que evitara un ingreso al sistema oficial y un consecuente control mediante un sistema organizativo del tipo retenido<sup>60</sup> o derivado<sup>61</sup>, debido a que el fiscal es quien detentaría la disposición de la acción. Su incorporación como alternativa al sistema penal fue relativamente considerado debido a que se teme la conformación de una justicia paralela.

Las dificultades implícitas estarían determinadas por un lado, por la posible ampliación del control social si se derivan casos en los cuales la justicia oficial no podría dar una respuesta punitiva, y por otro, por el posible compromiso a garantías constitucionales (pruebas aportadas en el proceso de mediación, confesión del imputado, deberes de los mediadores, etc.).

Por último, corresponde señalar que los operadores judiciales no consideraron como viable la implementación de medios alternativos de resolución de conflictos ante “delitos graves”<sup>62</sup>, sino meramente ante conflictos penales “leves”, situaciones de violencia familiar y delitos con contenido patrimonial, excluyéndose expresamente su análisis ante delitos contra la

<sup>56</sup> Kussner, Beatriz: “El concepto de cultura y el Barato ‘error culturalmente condicionado’”, en H. Soriano-Talier sobre “Cultura y Derecho Penal”, San Martín de los Andes, 18 y 19 de junio 1999.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> El Código Penal prevé como eximente de pena al error culturalmente condicionado (art. 34, inc. 1º).

<sup>60</sup> Proceso por personas penitenciarias al sistema penal.

<sup>61</sup> Los ingresos al sistema penal derivan al BAC alquilado dentro del Estado pero fuera del sistema adversarial.

<sup>62</sup> En el presente trabajo consideramos delitos graves, aquellos para los cuales se prevé, en abstracto, una pena de prisión superior o igual a los tres años.

vida, la integridad física y sexual, el orden constitucional, así como aquellos cometidos por funcionarios públicos, toda vez que según se consideró, "se escudaría la facultad de mediación víctima-victimario".

Por último, corresponde señalar que en cuanto al reconocimiento de la diversidad cultural en casos individuales y su relación con la implementación de medidas alternativas a la privación de la libertad, fueron relevados tres casos, que no configuran una tendencia institucional al respecto. En este sentido hallamos el otorgamiento de una excarcelación a una joven acusada de intento de homicidio calificado por el vínculo (infanticidio)<sup>63</sup>, una solicitud remitida por una comunidad indígena al juez de Instrucción, a fin de que permita al cacique (detenido en prisión preventiva acusado de homicidio simple) encabezar una festividad<sup>64</sup>, y, por último, el caso de un indígena que estuvo alojado en un destacamento policial durante la prisión preventiva y condena, a fin de que el lugar de alojamiento le permita mantener condiciones de vida semejantes a las que estaba acostumbrado y socializado<sup>65</sup> y<sup>66</sup>.

Párrafo aparte merece la Justicia de paz<sup>67</sup>. Su función propia es intentar un avenimiento de las partes en conflicto fundado en principios de equidad, y mediante un procedimiento poco formal<sup>68</sup>.

Sin embargo, su desempeño concreto excede lo establecido, constituyéndose en "una instancia directa, no burocratizada, inmediata y resolutive en cuanto a soluciones posibles, siendo reclamada con asiduidad cuando los problemas no pueden esperar o no hay paciencia para hacerlo"<sup>69</sup>. Su lenguaje claro y entendible y la ausencia de distancias jerárquicas, la conforman en una instancia conciliadora y no estigmatizante para las partes, facilitando la negociación y el consecuente acuerdo consentido por las partes<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> Juzgado de Instrucción y Correccional de la ciudad de Zapala.

<sup>64</sup> Juzgado de Instrucción y Correccional de la ciudad de Baño de los Andes.

<sup>65</sup> Cámara de Apelaciones de todos los Andes, Sala Penal, de la ciudad de Zapala.

<sup>66</sup> Kucenas, Ricardo, "El juez y el cacique. Pluralidad jurídica y diálogo intercultural: el caso del derecho penal", en *Justicia, Género e Derechos Penales*, p. 93.

<sup>67</sup> Regulado por la ley orgánica de la Justicia de Paz (ley provincial 887 y 1975) sus funciones básicamente son: resolver juicios contravencionales cuyo monto no excede los \$ 500, demandas de desahelo por falta de pago (sin contrato o por incumplido \$ 100), informaciones sumarias por motivación de estupro, molestias de carácter de intimidar al solicitante de regularizar estatus, desahucios y cartas de paz, adoptar medidas de resguardo respecto al caso de fallido intento de persona sin derecho-político, cometidos en la jurisdicción, producir informaciones sumarias para iniciar juicios de faltas o contravenciones.

<sup>68</sup> El procedimiento podrá iniciarse verbalmente o por escrito. En sus resoluciones no será necesario la invocación de textos legales.

<sup>69</sup> Kucenas, Ricardo, "La Justicia de Paz", trabajo y plasmación desarrollada en el Juzgado de Paz de Baño de los Andes, manuscrito, mayo 2000.

<sup>70</sup> Cfr. Kucenas, R., "La Justicia de Paz", cit.

Entre los casos que llegan a su conocimiento se hallan supuestos de diversa índole y gravedad, muchas veces encubiertos en cuestiones cotidianas o menores. En este sentido, se advierten supuestos de violencia doméstica, problemas entre vecinos, usurpaciones de tierras, hurto o robos leves, entre otros supuestos.

Se puede advertir que en diversas oportunidades, los jueces de Paz utilizan técnicas de mediación a fin de lograr el avenimiento de las partes, quienes en general aceptan su intervención y cumplen lo acordado.

Por otra parte, según resalta Kalinsky, se puede advertir que el "Juzgado de Paz se ha convertido temporalmente en una instancia de relación entre las comunidades indígenas y los organismos oficiales de la provincia, convirtiéndose en un "juzgado mixto"<sup>11</sup> toda vez que tanto los miembros de las comunidades indígenas, como los pobladores de la ciudad de Junín de los Andes, acuden a él a fin de buscar una alternativa viable y eficiente para la solución de controversias.

*Ámbito nacional.* En este ámbito se consideró relevante la realización de entrevistas a miembros del Poder Judicial, Ministerio Público y abogados matriculados que tuvieran un acercamiento directo con la problemática penal y/o con modos teóricos y prácticos de resolver disputas. Por este motivo se realizó un estudio de las connotaciones intra y extrasistemáticas relevadas, a fin de conocer las implicancias percibidas. Cabe destacar que no se intentó la realización de un muestreo de las tendencias vigentes, sino un mero acercamiento a algunos operadores judiciales, muchos de ellos estudiosos de la mediación penal. A tal fin se realizaron las siguientes entrevistas:

- Dra. María Elena Caram: Mediadora del Centro de Revolución de Conflictos. Lleva adelante un programa de mediación penal.
- Dra. Susana M. Costaferra de Emiltozzi: Titular de la Defensoría Oficial nro. 4 en los Criminal de Instrucción.
- Dr. Luis Cevalco: Fiscal ante los Tribunales Orales de la Capital Federal.
- Dr. Francisco Díaz: Presidente de mediadores en red.

<sup>11</sup> Gert, Karswac, B., "La Justicia de Paz", cit. "Así lo plasman algunas legislaciones de países andinos, y también muchas propuestas para encajar los foros más benignos de actuación entre legisladores y jueces oficiales y representantes justicia indígena".

- Dr. Carlos Alberto Elbert: Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.
- Dra. Estela González Espul: Abogada. Especialista en mediación penal.
- Dr. Gustavo M. Iglesias: Titular de la Defensoría Oficial de Cámara nro. 8 ante los Tribunales Orales de la Capital Federal.
- Instituto Inecip: entrevistas a sus miembros y relevamiento de información en biblioteca.
- Dr. Julián Langevin: Titular de la Defensoría Oficial de Cámara ante los Tribunales Orales nro. 7, Especialista en mediación penal.
- Dra. Liliana L. Martínez: Mediadora. Presentación de un proyecto de ley en la Cámara de Senadores a fin de que se implemente la mediación penal.
- Dr. Elías Neuman: Especialista en Criminología.
- Dra. Ma. Carolina Obarrio: Mediadora. Presentación de un proyecto de ley en la Cámara de Senadores a fin de que se implemente la mediación penal.
- Dra. Ms. Quintana: Mediadora. Presentación de un proyecto de ley en la Cámara de Senadores a fin de que se implemente la mediación penal.
- Dra. Ma. Gabriela Rodríguez Fernández: Abogada. Especialista en mediación penal. Titular de la materia "Mediación Penal" de la Facultad de Derecho de la UBA. Coordina un programa de mediación penal en el Patrocinio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho de la UBA.
- Dr. Alejandro Sliotar: Titular adjunto de la Defensoría General Convencional de la Ciudad de Buenos Aires.
- Dra. María Paula Soza: Abogada. Especialista en mediación penal.
- Dr. Adolfo Tamini: Abogado. Especialista en mediación penal.
- Dra. Zulma Fellini: Juez. Miembro del Tribunal Oral de Menores nro. 2 de la Capital Federal.

En términos generales, los entrevistados coincidieron en la necesidad de implementar criterios de oportunidad, a fin de dar en alguna medida un criterio a la arbitraria selección de casos realizada por el sistema penal.

Los criterios compartidos en cuanto a la implementación de la mediación penal reflejan diversas posturas.

En primer lugar, podemos destacar aquella que si bien reconoce las actuales falencias del sistema penal, teme que la implementación de criterios informales agrave las arbitrariedades y genere una justicia paralela que

profundice los aspectos negativos atribuidos a la oficial. Por este motivo, se muestran escépticos a la hora de proponer innovaciones. Estiman que la mediación penal debe ser una opción al proceso penal o a la pena, tendiente a resolver conflictos de carácter leve (contravencionales y correccionales) o de contenido patrimonial, en la que la afectación al bien jurídico sea "reparable". Asimismo, se manifestó como viable la utilización de la mediación víctima-victimario en delitos graves sin que ello implique para el condenado el otorgamiento de beneficios o ventajas en la etapa de ejecución de la pena. En cuanto al grado de penitencia, se consideró óptima la elección del sistema derivado con independencia de los órganos RAC en el que se prevea un control y homologación del acuerdo.

Según entendemos, estas consideraciones responden, en muchas ocasiones, a la percepción de la mediación penal como la "tercera vía del derecho penal" por la que se logra la reparación a la víctima. Si embargo, esta perspectiva elude la profunda transformación propuesta por la incorporación de medios alternativos al sistema de justicia.

Por otra parte, pocos consideran viable la implementación de la mediación penal en "conflictos graves", toda vez que se identifican los conceptos de delito y conflicto. Y, consecuentemente, pretende analizarse a los segundos según las categorías analíticas creadas para los delitos<sup>22</sup>, lo que deviene incompatible. En todo caso, los conflictos deberían ser analizados según sus categorías propias a fin de determinar la posibilidad de mediación.

Según los defensores de la mediación ante todo tipo de conflicto (en abstracto), esta herramienta podría utilizarse en problemáticas de violencia familiar (incluyendo conductas tipificadas como violación y estupro), lesiones graves, homicidios (considerados culposos o dolosos), defraudaciones, estafas, robos, etc.<sup>23</sup>. Debería contarse con la contención de un cuerpo interdisciplinario que respalde la labor del mediador, conformado por psicólogos, abogados, asistentes sociales y antropólogos, entre otras disciplinas.

Se planteó la conveniencia de que constituya una alternativa al sistema penal a fin de evitar la ampliación del control social por parte del Estado, toda vez que sería el modo de plantear un camino alternativo a la justicia retributiva.

<sup>22</sup> Grave, leve, más de tres años, menor, excarcelable, no reevaluabile, etc.

<sup>23</sup> Si bien en la descripción se utilizan categorías jurídicas penales, las mismas fueron utilizadas al momento clasificativo, sin que implique una forma de pensar en este sentido.

Los responsables de programas de mediación manifiestan que la efectiva implementación cuenta con un firme rechazo por parte de sus detractores y un tímido respaldo de quienes la aceptan, lo que torna poco probable su aceptación institucional en el corto plazo, al menos con la pretensión de redefinir las relaciones sociales involucradas y la consecuente respuesta estatal.

Asimismo, manifiestan que muchas de las disquisiciones teóricas planteadas acerca de la mediación penal y sus posibles implicancias, devienen abstractas en la práctica cotidiana. Por ejemplo, existe gran preocupación entre los teóricos de la mediación por determinar las condiciones y requisitos de la homologación y seguimiento del acuerdo arribado entre las partes. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la creación o reconstrucción de un lazo de confianza entre las partes torna innecesario el seguimiento del acuerdo.

Por último, quienes estiman que la efectiva instauración de métodos alternativos podrían "resquebrajar la estructura normativa que sustenta al Estado de Derecho", consideran que ella sería adecuada en contextos interculturales, en los que la existencia de órdenes normativos diversos y "equivalentes", requiere la construcción de espacios de diálogo y entendimiento.

### *1.1.3. Agencia penitenciaria*

En el proyecto presentado se ha propuesto el relevamiento de la agencia penitenciaria, a fin de evaluar el posible impacto que el desarrollo de la mediación penal tendría en la faz de ejecución de la pena. Sin embargo, el estudio global de la mediación penal y su viabilidad en contextos interculturales, orientó nuestro trabajo en orden a considerar que el grado de alternatividad adecuado debería identificarse con etapas previas al efectivo cumplimiento de la pena privativa de la libertad, a fin de no aumentar el grado de vulnerabilidad de los sujetos involucrados, así como el desequilibrio entre los universos culturales enfrentados.

### *1.1.4. Conclusiones*

Se aprecia una relevante predisposición a la recepción de criterios de oportunidad. En cuanto a la incorporación de la mediación penal, se considera posible la implementación en delitos "leves", tanto en la justicia de menores como en la de adultos, con los matices previamente señalados. Sin embargo, en forma paralela se advierten opiniones fuertemente contrarias, aun ante propuestas exploratorias sin afectación directa en el proceso penal.

En cuanto al análisis realizado se advierte un temor por parte de los operadores judiciales por desprenderse de aquello formalmente establecido, lo que dificulta el análisis desprejuiciado, toda vez que se intenta transporlar una estructura de tipo formal a una de tipo informal, analizando conflictos de tipo emergente<sup>14</sup>, y no de tipo subyacente, identificados con el conflicto de modo global y circunstanciado.

### III. OBJETIVOS PROPUESTOS Y ALCANZADOS

#### *1.2. Evaluación del grado de aceptación de las diferentes modalidades a la forma de resolución de conflictos restitutivo*

A fin de cumplimentar el objetivo previsto se realizaron entrevistas a miembros de las comunidades de:

- Catícul.
- Atreuco.
- Chiquilibuin.

Se relevaron las opiniones de miembros que:

- Residían en forma permanente junto con su comunidad de origen y allí desarrollaban sus actividades.
- Residían en forma permanente junto con su comunidad de origen, pero desarrollaban actividades en la ciudad.
- Residían en forma permanente junto con su comunidad de origen, pero desarrollaban actividades en una distinta.
- Residían en forma permanente en la ciudad, pero desarrollaban actividades en su comunidad de origen o en una distinta.

#### *1.2.1. Consideraciones*

La población de las comunidades tiene serias dificultades para utilizar los servicios de justicia en la solución de conflictos, debido al difícil y desigual acceso al sistema legal por restricciones formales y fácticas tales como la distancia, incomprensión, o falta de medios.

Su consecuencia directa es la actitud de desconfianza hacia el sistema penal, toda vez que los conflictos no han sido históricamente procesados de

<sup>14</sup> Sojo Sáez, es aquel que se encuentra tipificado ("Derecho Penal mismo...", cit.)

manera adecuada por el sistema de administración de justicia estatal pues éste ha omitido generalmente la diversidad cultural existente<sup>75</sup>. Así, el hombre mapuche tiende a "aceptar, sin oposiciones las imputaciones realizadas". Incluso, algunas personas consideran que deben "acatar la ley para permanecer fuera de las cárceles pero no necesariamente para ser y sentirse inocentes"<sup>76</sup>.

Los mecanismos implementados por las comunidades para buscar soluciones a sus conflictos prevén la intervención del cacique y del grupo de consejeros. Asimismo, existe una organización de segundo grado: la confederación mapuche que interviene en aquellas resoluciones que no han sido aceptadas<sup>77</sup>.

Las comunidades poseen en algún sentido, normas, procedimientos y sanciones estipuladas. La normativa existente es el derecho consuetudinario, interpretado por la frase "así lo hacían los antiguos"; el procedimiento en general prevé la reunión del cacique con sus consejeros y en algunas oportunidades se convoca a la comunidad o a la familia. La sanción más grave es la expulsión de la comunidad, establecida ante casos graves que la afecten en su conjunto. Asimismo, se establecen apercibimientos, reparaciones, acuerdos, etc. Esto manifiesta que la forma tradicional de tratar los conflictos internos no siempre se relaciona con la mediación o el acuerdo.

Resulta necesario advertir que el modo de resolución de "los antiguos", no podía prever la posibilidad de conflicto intercultural en condiciones de pluralismo jurídico.

Esto torna a la mediación en una herramienta no invasiva que permite la interrelación equilibrada de las partes en conflicto dado que la diversidad en el cuadro general de los valores se profundiza entre quienes participan del conflicto intercultural<sup>78</sup>.

Cabe señalar que si bien todas las comunidades han sufrido "un violento contacto con la cultura hispánica"<sup>79</sup>, las estrategias dirigidas a mante-

<sup>75</sup> Cuello, Verónica, *Ignora, la mediación consuetudinaria en Ecuador*, 2000 (ed.).

<sup>76</sup> Kjaerbo, B., "El concepto de cultura...", cit.

<sup>77</sup> En cuanto al sistema de regulación de conflictos o justicia, los temas oscilaban problemas a nivel familiar y los queches de edad avanzada, considerados sabios, resolvían conflictos a nivel de grupo; daban consejos e impartían justicia a solicitud de los implicados. Cuello, Verónica, *Dirige, "Estrategia de la delincuencia mapuche y de otros tipos de delincuencia"*, XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Horizontal Legal, Desafíos del Tercer Milenio, Anaco, Chile, 2000.

<sup>78</sup> Kjaerbo, B., "El concepto de cultura...", cit.

<sup>79</sup> Informe de la Red de Justicia Consuetudinaria y Tratamiento del Conflicto, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Multiculturalismo, Etnicidad y Jurisdicción Especial Indígena en Colombia. Reflexiones en torno a comunidades indígenas platinas.

mer su identidad fueron disímiles. Este factor determina que no todas las comunidades cuentan con igual nivel de recuperación de su derecho interno. En este sentido, las comunidades del sur y aquellas que se crearon recientemente "iniciando procesos de recuperación cultural", cuentan con un grado mayor de organización e implementación de su derecho interno, a diferencia de las del norte que, por su precaria situación, se hallan menos organizadas en este sentido.

En diversas oportunidades, se advirtió que si bien se valoraba discursivamente el sistema tradicional de resolución de disputas, se consideraba conveniente la remisión de las cuestiones "graves" al sistema oficial ("ese lo debe resolver el juez").

Por otra parte, algunos de sus miembros manifiestan una relativa desconfianza a la capacidad o criterio resolutorio de la autoridad encargada de resolver las disputas internas y prefieren acudir a otras formas de justicia (estatal o por mano propia). En este sentido corresponde aclarar que la figura del cacique se halla muy deteriorada, ya que no es respetado por todos los miembros comunales por los excesos, arbitrariedades e injusticias en los que incurren en algunas oportunidades.

Las consideraciones descriptas colaboran a la existencia de criterios ambivalentes a la hora de determinar el sistema a utilizar, que se patentaría con la frase: "cuando uno no funciona me voy al otro, y ya está"<sup>20</sup>, sin sentir que sea una contradicción creer y aceptar algo y lo opuesto al mismo tiempo<sup>21</sup>.

Si bien aún no se han implementado expresamente normas que reglamenten el derecho consagrado en el art. 75, CN, se debe destacar que las instituciones estatales brindan un relativo pero creciente respeto a las facultades decisorias de las autoridades indígenas, manifestado en algunas actitudes y documentos tales como el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, "Puel, Raúl s/diño" (expediente 228/1998), el proyecto reforma del Código Procesal de la provincia de Neuquén, así como el constante respeto que el Juzgado de Paz mantiene en supuestos de conflictos internos.

Entre los conflictos vivenciados por los miembros de las comunidades, se destacan aquellos de carácter familiar (generalmente relacionados con casos de violencia familiar), vecinal, de propiedad de la tierra (dificultades entre terrenos linderos, referidos a propiedad individual o comunal, utilización de tierras sagradas, usurpación de tierras, etc.) y otros bienes (robo,

<sup>20</sup> Para referirse a la pluralidad médica, religiosa o jurídica.

<sup>21</sup> Kussner, B., "El concepto de cultura...", cit.

hurto, apropiación, dolo, etc.), hechicería, alcoholismo, drogadicción, falta de respeto a normas comunitarias. Asimismo, se registran homicidios, violaciones, estupro, abusos deshonrosos, etc.<sup>82</sup>. Éstos, exceptuando aquellos de carácter propiamente interno, se desarrollan tanto entre miembros de la comunidad como entre ellos y gente de fuera de ella.<sup>83</sup>

Se han relevado experiencias individuales concretas que reproducían sustancialmente las connotaciones postuladas en el presente trabajo. Un ejemplo de ello lo constituye la experiencia vivida por un integrante de las comunidades, cuyo hijo falleció en un accidente automovilístico provocado por un miembro ajeno a su comunidad. Este acontecimiento ocasionó que se desarrollaran dos caminos paralelos. Uno guiado por los principios del sistema oficial cuyo objetivo estaba dado por pensar al responsable de un delito cuya calificación "homicidio culposo", puede dar lugar a una pena de cuatro años de prisión. Y otro, señado por el dolor y la angustia vivenciadas por ambas partes que permitió el acercamiento, entendimiento, reconciliación y mutua colaboración a fin de cumplimentar las obligaciones cotidianas.

Este proceso, teóricamente improbable, logró la resolución interna de un conflicto que el proceso penal aún no logra develar y que hecha luz al complejo camino de instaurar un modelo de justicia restaurativa en estos contextos.

Por último, corresponde señalar que si bien se valoró positivamente la posible implementación de la mediación penal propuesta, debido a que contempla la resolución de los conflictos entre los sujetos intervinientes así como el respeto por el acervo cultural propio, se señaló reiteradamente la necesidad contar con mediadores comunitarios de ambas "culturas", a fin de garantizar adecuadamente la representación y el equilibrio.

### 1.2.2. Conclusiones

Las comunidades indígenas están, en algún sentido, redefiniendo su sistema de justicia sobre todo respecto del Estado Nación, quien recientemente reconoció la preexistencia cultural de su pueblo. Este acontecimiento nos "permite comprender a la cultura y sus portadores, las comunidades, como entes dinámicos pues no se pueden entender las formas de solución de conflictos como estáticas, ya que los conflictos que antaño eran solucionados a través del juzgamiento o la sanción, hoy pueden ser objetos de mediación"<sup>84</sup>, toda vez que, si bien no constituye un modo tradi-

<sup>82</sup> Se sitúa la categoría jurídica a fin de que se reproduzca el conflicto.

<sup>83</sup> Conf. Viveros La Jaine, *La mediación comunitaria en Ecuador*, 2000 (SUD).

<sup>84</sup> Conf. Viveros La Jaine, *La mediación comunitaria en Ecuador*, 2000 (SUD).

cional de resolver los conflictos, resulta compatible con el derecho consuetudinario.

Por otra parte, existen nuevas problemáticas, tales como la drogadicción o los "malos hábitos aprehendidos" por miembros que sufrieron encarceramiento, que no cuentan con referentes tradicionales para su abordaje, por lo que en algún sentido los mecanismos tradicionales de control se ven desconcertados.

Se puede inferir de algunas apreciaciones vertidas por sus miembros que aún no se sienten en condiciones de regular autónomamente la vida comunitaria<sup>85</sup>, toda vez que las autoridades no ejercen efectivamente el control sobre sus integrantes. Por esta razón en ocasiones se solicita la intervención de la policía y el juez a fin de resolver los conflictos<sup>86</sup>.

La mediación intercultural permitiría un diálogo entre personas con bagajes culturales diversos, ante terceros neutrales<sup>87</sup> que faciliten a sus miembros el manejo del conflicto<sup>88</sup>, evitando los estructurados y prejuiciosos discursos oficiales a fin de alcanzar soluciones más acordes con su propia realidad y por consiguiente más justas<sup>89</sup>.

Por último, entendemos que en estos contextos se aprecia como probable la mediación en hechos considerados menores, sin perjuicio de lo cual no se descarta la posibilidad de su implementación en hechos graves debido al análisis menos estructurado de sus miembros.

En cuanto al grado de alternatividad, consideramos óptimo el desarrollo de la mediación comunitaria como alternativa al sistema penal a fin de evitar conflictos jurisdiccionales.

#### IV. OBJETIVOS PROPUESTOS Y ALCANZADOS

##### TRABAJO CON EXPEDIENTES

#### 1. Casos interculturales ingresados a la Justicia Penal

Como parte de la presente investigación resultó necesario, a fin de estimar el impacto o factibilidad de la implementación de la mediación penal en estos ámbitos, el estudio de aquellos casos que cuentan con los ca-

<sup>85</sup> Según la relevada por la Lic. Kalfordy, "lo anterior del que se está volviendo a notar, el reglamento interno de las comunidades no se cumple y su violación es caso de todos los días", en Kalfordy, B. "El juez y el código", *l. cit.*, p. 116.

<sup>86</sup> La comunidad ha solicitado a la policía que realice un patrullaje quinzenal.

<sup>87</sup> Únicamente cuando y donde las diversas realidades convergen.

<sup>88</sup> Villarreal, F. La mediación... *cit.*, características: confidencialidad, voluntariedad, neutralidad, gratuidad, rebeldad.

<sup>89</sup> *Ibid.*

racterísticas seleccionadas y que efectivamente fueron ingresados a la justicia penal local.

Con este propósito se definieron los presupuestos, las fuentes de datos y el método a desarrollar.

En el primer sentido, tal como lo habíamos planteado en el proyecto, se seleccionaron casos judicializados en los que uno de las partes sea de origen mapuche y la otra no. El criterio utilizado para su determinación fue el domicilio de origen o el constituido por las partes en el expediente, toda vez que resulta sumamente compleja para la determinación de la identidad a la que pertenecen o adscriben las personas, la simple lectura de las actuaciones judiciales.

Asimismo, se seleccionaron casos de imputados que no hayan tenido condenas anteriores, cuyos hechos hayan sido tramitados o resueltos entre 1998 y 2000 y que la pena en abstracto sea igual o superior a los tres años de prisión, a fin de asegurar la relevancia de aquellas conductas consideradas graves.

Debo señalar que en ocasiones, los límites preestablecidos se tomaron difusos debido a que no se contaba con la información requerida.

Fuentes de extracción de datos: causas penales correspondientes a los Juzgados de Instrucción en lo Criminal de Zapala y Tribunal Oral Criminal de la Ciudad de Zapala, copiado de sentencias del TOC de la Ciudad de Zapala, y archivo digitalizado de las causas tramitadas en el Juzgado de Instrucción de la Ciudad de Junín de los Andes.

Corresponde advertir que el carácter selectivo del sistema penal, la vulnerabilidad de algunos sectores sociales a su captación, así como la gran "cifra negra de delitos", determinan que los datos relevados sean meros reflejos o ejemplos de aquellos conflictos efectivamente suscitados. Ellos serán considerados a modo de acercamiento a algunas problemáticas a fin de permitirnos un análisis circunstanciado de la respuesta penal a la controversia y la viabilidad de implementación de mediación penal en estos contextos.

## 2. Consideraciones

Si bien el acceso a las fuentes primarias ha sido dificultoso<sup>99</sup>, se logró el relevamiento de una serie de acontecimientos cuyas connotaciones se adecúan a nuestro proyecto:

<sup>99</sup> No se logró el contacto con las comarcas de devencas, ni con causas en trámite de los Juzgados de Instrucción.

1. Estupro agravado: se le atribuyó haber sometido sexualmente a la hija de su concubina que contaba con 13 años de edad, obligándola a mantener relaciones sexuales con él. La menor quedó embarazada. La denuncia la realizó la médica del hospital donde se atendió. En este caso después de un largo proceso en el que el imputado permaneció detenido, se resolvió su absolución debido a que no se pudo comprobar la violencia. En el expediente se encuentran diversas manifestaciones de los integrantes de la familia que intentan eliminar los efectos provocados por la denuncia. La menor manifiesta que "ella lo buscaba" y que "temía que la madre se entere porque la echaría", asimismo refiere que "no volvería a andar con él para no hacerle mal a mi mamá". El informe psicológico indica que se "encuentra ansiosa, temerosa, culpándose de todo (situación del detenido, estado de salud de sus hermanas, sentimiento de soledad, desamparo familiar, situación de su hijo, etc.)", "no se considera víctima". La madre depende económica y afectivamente de su concubino. Paralelamente el imputado se hallaba encarcelado, siendo visitado por su familia durante dos años (aproximadamente).
2. Estupro: se le imputa haber tenido relaciones con una menor de 14 años, quien quedó embarazada. La denunciante es la madre de la "víctima". Luego de un proceso de 4 años se resuelve condenar al imputado (padre del hijo de la menor) a la pena de 3 años en suspenso.
3. Violación en grado de tentativa: se le imputa haber intentado acceder carnalmente a una mujer mientras se dirigía caminando a su trabajo. Habría corrido detrás de ella para luego recriminarle un acontecimiento con el hijo de la víctima en el que el imputado le habría pegado debido a que éste habría intentado robarle. Finalmente le manosea los senos mientras ella trata de desprenderse. El imputado le habría manifestado "la voy a agarrar a Ud. porque a su marido le tengo rabia". Finalmente, luego de un proceso de dos años, se resuelve modificar la calificación legal, por la de abuso deshonesto y condenar al imputado a la pena de 1 año de prisión en suspenso, más la prohibición por dos años de consumir alcohol y/o estupefaciente y la obligación por igual término de fijar residencia.
4. Robo: se imputa a dos sujetos el haber colocado un tronco sobre el camino para impedir la circulación de vehículos, en oportunidad en que el chofer de un taxi con su pasajero se disponía a atravesarlo. Por este motivo, los tripulantes del automóvil se dispusieron a qui-

tar el obstáculo del camino, momento en el que fueron agredidos a fin de lograr la sustracción de la billettera. La causa está en trámite.

5. Robo de ganado: se le imputa el haber sustraído con fuerza en las cosas un animal vacuno, cuerearlo y carnearlo para luego venderlo en partes. La denuncia fue formulada por el dueño del semoviente indicando al posible culpable. Luego de un largo proceso (tres años) se resuelve modificar la calificación jurídica por la de hurto, motivo por el cual la causa se encontraría prescripta y por ende se absuelve de culpa y cargo al imputado.

Asimismo, se relevaron del sistema informático diversos casos de amenazas con armas, lesiones graves y un homicidio culposo, así como otros delitos contra la propiedad.

En primer término, se destacan los delitos contra la integridad sexual. Su tratamiento resulta sumamente complejo debido al carácter íntimo que reviste la sexualidad de cada individuo. Por este motivo, la participación del Estado se limita a aquellos casos en los que hay menores de edad involucrados, en ejercicio de su función tutelar, o bien cuando falta el consentimiento de una de las partes. Es por este motivo, y a fin de resguardar el pudor de la víctima adulta, que el Código Penal hace depender el impulso de la acción de su voluntad de denunciar<sup>91</sup>.

Usualmente, la sanción penal agrava las situaciones de hecho manifestadas en estos conflictos: es habitual que la "víctima" sea familiar o conviviente del "victimario", por lo que la sanción rompe el vínculo afectivo establecido, generando, a su vez, sentimientos de culpa, impotencia y desprotección. Por otra parte, tampoco se dirige a resolver las patologías (si las hubiera) que coadyuvaron para que se haya desarrollado la conducta "típica", sino que, está demostrado, las fomenta e ignora los conceptos profundos de sexualidad individual, toda vez que en muchos casos responden a parámetros culturales y sociales distintos del legislador o del juzgador.

El proceso fue percibido en algunos casos como una instancia de dolor y enfrentamiento aun para quien representaba el rol de víctima, generando situaciones traumáticas que se añaden a las padecidas. En ningún caso se dio una respuesta satisfactoria a la conflictiva, toda vez que según entendemos excede sus posibilidades intrínsecas.

Por este motivo, consideramos que estos supuestos requieren de un análisis mucho más complejo y profundo a fin de que se propongan, en caso

<sup>91</sup> Algunos autores sostienen que esta facultad contraria una excepción al principio de legalidad, establecido su criterio de oportunidad.

de ser necesario, cursos de acción adecuados a la conflictividad. En este sentido, consideramos que la mediación penal puede ser una herramienta adecuada a fin de lograr su tratamiento, debido a que el "juzgador tiene jurisdicción para resolver sobre intereses calificados de jurídicos, mientras que el mediador cuenta con una cierta autoridad para facilitar la resolución de conflictos de diversa naturaleza"<sup>92</sup>.

La iniciación sexual de los jóvenes por parte de los propios padres o de personas de edad adulta, llega a conformar un fenómeno habitual, no sólo en las comunidades indígenas sino en las zonas rurales en general y, por ende, inconcebible como delito que deba ser castigado por medio de una pena privativa de la libertad. En diversas oportunidades, el imputado<sup>93</sup> ha manifestado: "Si lo dicen, debe ser así nomás" aceptando que si el blanco dice que es delito y lo juzgan y condenan deberá cumplir una pena privativa de libertad sin protestar, aunque no entienda de qué se trata el delito cometido"<sup>94</sup> y<sup>95</sup>.

Muchas veces estas situaciones se dan en la misma pareja ante relaciones muy agresivas y el estigma de la pena impide que se den a conocer, "la exposición social y la vergüenza de plantear el caso ante los estrados públicos" unido a la "falta de asilo posterior y la responsabilidad de resguardo de los hijos menores (en oportunidades involucrados en el conflicto)"<sup>96</sup>, impiden el acceso a instancias de conciliación y ayuda. En ocasiones es el Juzgado de Paz el que recepta encubiertamente reclamos de este tipo.

El segundo grupo de delitos lo conforman aquellos que afectan el bien jurídico propiedad. Ante estos supuestos existe consenso en la doctrina en cuanto a su capacidad de ser sometidos a mediación en tanto no se aprecie violencia en el hecho. Entendemos que ello revela su asimilación al conflicto civil en el que la mera reparación resulta suficiente.

En este sentido corresponde destacar que las comunidades mapuches solían solucionar estos conflictos mediante un acuerdo entre las familias

<sup>92</sup> Vargas Muzzari, Guisa, *La mediación reparatoria como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Corrientes, Corredor, 1998, p. 126.

<sup>93</sup> De origen rural, indígena o no indígena.

<sup>94</sup> Kautsky, B., "El concepto de cultura...", cit.

<sup>95</sup> En las comunidades mapuches la mayor violencia surge respecto a la libertad sexual. Conf. Coasta Nieto, Dora, "Etiología de la delincuencia mapuche y de otras tipos de delincuencia", cit.

<sup>96</sup> Kautsky, B., "La Justicia de Paz", cit.

con la intercesión del cacique o bien, mediante la imposición de una indemnización al autor, que en caso de resistencia podía realizarse por la fuerza.<sup>97</sup>

El tercer grupo de delitos relevados lo conforman aquellos que afectan al bien jurídico libertad, tal como lo configura el tipo penal de "amenazas con armas".

Estos hechos se caracterizan porque tanto la denuncia como la amenaza se dirige a lograr la realización de una conducta o una no-conducta en el otro, debido a que se han quebrado los canales de diálogo y negociación. Por otra parte, quien realiza la denuncia intenta eliminar el fantasma que representa la amenaza dirigida en su contra. Asimismo, se caracterizan por existir una previa relación entre las partes implicadas que permite que se invierta en ocasiones los roles de víctima y victimario.

Se relataron acontecimientos de este tipo en los que el amenazado-denunciante pedía disculpas a la familia del denunciado argumentando que no era su intención que las cosas tomaran un rumbo tan grave.

Ante esta situación, consideramos que una instancia de diálogo mediada permitiría lograr con mayor efectividad la resolución de la conflictiva y evitar las respuestas impulsivas al respecto. Algo similar ocurre con el delito de violación de domicilio, toda vez que quien denuncia pretende la conservación de su ámbito privado sin intromisiones.

El cuarto grupo de delitos lo conforman los delitos contra la vida.

Entre los supuestos que se producen en el seno de una familia (particidio<sup>98</sup>, adulterio<sup>99</sup>, homicidio por parte de la mujer a su esposo golpeador, etc.), el más controvertido resulta ser el infanticidio<sup>100</sup>, cuya comisión es relativamente frecuente en las zonas rurales. Por definición sería aquel homicidio del bebé recién nacido cometido por su madre. Este acto no era

<sup>97</sup> Cosío Mesa, D., "Etiología de la delincuencia mapuche y de otros tipos de delincuencia", 48.

<sup>98</sup> "La conducta actualmente denominada particidio habría sido aceptada en la comunidad mapuche, ya que se habría considerado que el partícida sólo derramaba su propio sangre", conf. Cosío Mesa, D., "Etiología de la delincuencia mapuche y de otros tipos de delincuencia", 48.

<sup>99</sup> "La comunidad mapuche habría perseguido al adulterio con la pena de muerte en el caso de que el autor fuera de sexo femenino, aunque también el marido podía exigir un pago del esposo o vender la mujer si era casado", Conf. Cosío Mesa, D., "Etiología de la delincuencia mapuche y de otros tipos de delincuencia", 48.

<sup>100</sup> "Constituye una figura atípica de homicidio, actualmente fue derogado. Los hechos de este tipo configuran homicidios calificados por el vínculo.

sancionado por las comunidades mapuches<sup>180</sup> y el ordenamiento jurídico-penal, basado en que la mujer había actuado con el "fin de ocultar su deshonra", le asignaba una atenuante respecto del homicidio simple, sin embargo, una modificación legal eliminó la figura y acotó las posibilidades judiciales en la determinación de la pena prevista para el homicidio simple agravado por el vínculo y sus consecuencias<sup>181</sup>.

Se advierte que en estos casos las consecuencias jurídico-penales devienen gravosas y traumáticas toda vez que se prevé irremediablemente pena de prisión.

También se señalaron homicidios entre diversas familias<sup>182</sup> o producto de accidentes de auto, riñas entre personas alcoholizadas, etc.

Compartimos la idea de que la pluralidad cultural es "disidencia valorativa y por ende el valor vida puede estar antes o después de acuerdo con los criterios que se elijan. La tolerancia a lo distinto, desde el punto de vista cognoscitivo, puede querer decir distintas concepciones de la vida, la muerte, nacimiento, felicidad, salud, enfermedad, entre otras cosas". Por este motivo, entendemos que tal vez la construcción de un marco comunal o institucional en el que se puedan manifestar las diversas concepciones y sus consecuencias permitiría redefinir en los sujetos involucrados, la experiencia vivida.

Por otra parte, consideramos que no pueden preconstituirse esquemas impermeables si se pretende lograr un diálogo pluricultural y, por ende, más democrático. En este sentido, afirmamos que "si logramos prescindir de la cultura de la culpa y el estigma cuando pensamos un sistema RAC, los únicos hechos que no podrían tratarse en el sistema son aquellos en los que una o ambas partes digan no"<sup>183</sup>.

<sup>180</sup> En ocasiones se relacionaba con la brujería. Conf. Cuesta Mora, B., "Etnología de la delincuencia mapuche y de otros tipos de delincuencia", *id.*

<sup>181</sup> "Es muy frecuente y cuando ves la imagen de una mujer delirante, víctima de las circunstancias y no le puedes apartar de ella, la ley no le puede imponer de ninguna manera que sea como juez de conciencia ni como juez vital cuantitativo". Conf. KANTOAN, B., *id.*, *id.*

<sup>182</sup> Las comunidades mapuches en estos casos habían estado frecuentemente las competencias, penales o la competencia familiar si el ofensor no pagara el dolo materializado (barridos, I. T.).

<sup>183</sup> BODELIER, FRANCISCO, *Coloquio. "Resolviendo alternativamente conflictos penales"*, en *Resolución alternativa de conflictos penales, mediación de conflictos, penas y conciertos*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 9.

	Delito	Dañificado	Resolución	Causa/Tipo	Características
<b>Delitos contra la integridad sexual</b>	Estupro agravado	Doctora de hospital	Absuelve	No acreditada la violencia	Relación previa
	Estupro	Madre de la menor	Condena	En suspenso	Relación previa
	Violación calificada	Directora de colegio	Absuelve	Cambio de calificación	Relación previa
	Violación en tentativa	Victima	Condena	En suspenso	Relación previa
	Violación calificada	Directora de colegio	Condena	Cumplimiento efectivo	Relación previa (había sido acusado previamente y secretado)
<b>Delitos contra la propiedad</b>	Robo	Dañificado			
	Robo de ganado	Dañificado	Absuelve	Cambia calificación prescripta	Relación previa
	Robo de ganado	Dañificado			
	Robo en grado de tentativa	Dañificado			
<b>Delitos contra la libertad</b>	Amenazas con armas	Dañificado	En trámite		
	Violación de domicilio	Dañificado	En trámite		
<b>Delitos contra la vida</b>	Homicidio calificado	Por posesión			
	Lesiones graves	Dañificado			

## V. OBJETIVOS PROPUESTOS Y ALCANZADOS

### 2.1. Estudio de programas de mediación

Se ha realizado un relevamiento de los principales programas de mediación penal desarrollados actualmente en la Argentina, así como en algunos países de América y Europa.

Su estudio facilitó el acercamiento a problemáticas concretas que plantea la implementación de la mediación penal, así como la desmitificación de conflictos teóricos no reflejados en la práctica cotidiana.

#### Argentina:

Se han realizado las siguientes entrevistas:

- Asistente social: Miembro del grupo de mediación penal en el ámbito de asistencia a la víctima.
- Dra. Verónica Baldomé: Especialista en mediación penal: experiencia internacional.
- Dr. Norberto Barma: Especialista en mediación penal. Lleva adelante un proyecto en Córdoba.
- Dr. Bulgheroni: Lleva a cabo un proyecto en Mendoza.
- Dra. María Elena Carano: Mediadora del Centro de Resolución de Conflictos. Lleva adelante un programa de mediación penal.
- Dra. Inés Marensi: Lleva adelante un programa de casas de justicia en La Plata.
- Mediadoras del Centro de Mediación Penal de La Plata.
- Dr. Jorge Michelin: Desarrolla junto a un grupo interdisciplinario un programa de mediación que incluye causas penales en la Universidad Kennedy.
- Dra. Silvana Paz: Estuvo a cargo del programa de mediación penal en La Plata. Actualmente lleva adelante un programa para unificar los criterios en toda la provincia de Buenos Aires.
- Lic. Beatriz Requeiro: Psicóloga. Desarrolla junto a un grupo interdisciplinario un programa de mediación que incluye causas penales en la Universidad Kennedy.
- Dra. María Gabriela Rodríguez Fernández: Abogada. Especialista en mediación penal. Titular de la materia Mediación Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Coordina un programa de mediación penal en el Patrocinio.
- Dra. María Paula Soza: Especialista en mediación penal.
- Dr. Luis Zapicúa: Mediador en conflictos interculturales.

Se relevaron los siguientes programas de mediación penal:

- Universidad de Buenos Aires: Se desarrolla en la sede del consultorio jurídico gratuito dependiente del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Propone un programa alternativo al sistema penal, que intenta "abordar las cuestiones teóricas y prácticas que padecían generar un sistema de resolución de conflictos en nuestro medio"<sup>165</sup>. Procedimiento: se realizan entrevistas individuales con cada parte a fin de identificar el conflicto. Luego se los propone una entrevista cara

<sup>165</sup> *Id.*, cit. p. 97.

a carta, seleccionando las alternativas no adversariales <sup>196</sup>. No está previsto un seguimiento del acuerdo logrado. Selección de casos: sin denuncia penal, sin límite objetivo en cuanto a su gravedad: generalmente usurpaciones, robo simple, lesiones leves dolosas o culposas. Se trabaja con adultos domiciliados en Capital Federal.

- Universidad Kennedy: Se desarrolla en el Centro de Mediación de la Universidad Kennedy. Principalmente median cuestiones civiles derivadas de los juzgados nacionales y de los centros de asistencia a la víctima. Actualmente, incluyen conflictos con posibles implicancias penales, con participantes adultos, que no hayan sido denunciados. No está previsto límite objetivo, sin perjuicio de lo cual generalmente se trata de hechos menores. El acuerdo está controlado por el equipo de mediación, conformado por un abogado y una psicóloga.
- Dirección Nacional de la Promoción de Métodos Participativos de Justicia (ex Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos) <sup>197</sup>: Se desarrolló en el ámbito de la Capital Federal una experiencia piloto de mediación penal dirigida a adultos, implicados en delitos correccionales. Los casos eran derivadas por los jueces que participaban de la experiencia. Las entrevistas se desarrollaban en forma individual, y en caso de un posible acuerdo se convocaba a las partes simultáneamente. El acuerdo, que debía ser informado a los operadores del sistema, no tenía implicancia directa en el proceso penal ni en la graduación de la pena. Los mediadores eran abogados especialistas en mediación.
- Provincia de Buenos Aires: El Código Procesal Penal y la Ley Orgánica del Ministerio Público prevén la posibilidad de la implementación de la mediación penal. Por este motivo se han desarrollado diversos programas de mediación penal <sup>198</sup> en las distintas jurisdicciones (La Plata, San Martín, San Isidro, Mer-

<sup>196</sup> Mediación pena, conciliación o conferencia de conciliación con mediador.

<sup>197</sup> Este programa fue planteado en marzo 2001 debido a una solicitud en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que luego se aprobó para comenzar con la experiencia piloto.

<sup>198</sup> El nuevo sistema de enjuiciamiento penal propicia la conciliación de las circunstancias atenuantes a la solución o superación del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas en la oportunidad de ser ojeada la acción penal (art. 86, inc. 1°) y auspia la solución de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos (art. 98, LMP). Además la conclusión en torno a la conveniencia de alentar la ejecución de un proyecto conjunto, contemplando la posibilidad de un convenio en el marco del art. 13, inc. 23, Ley Orgánica del Ministerio Público.

cedes, etc.). Actualmente un equipo dirigido por la Dra. Silvana Paz <sup>109</sup> intenta homogeneizar según el criterio utilizado en el programa de La Plata, los parámetros seleccionados por cada uno de los proyectos:

- √ La Plata: Se desarrolla como oficina independiente en el marco de competencia de la UFI <sup>110</sup>, quien selecciona los casos derivados a mediación. No está previsto el límite objetivo, sin embargo generalmente se trata de delitos menores, sin causal probatorio suficiente. Se cuenta con el respaldo de la oficina de asistencia a la víctima. Procedimiento: una vez registrado el caso se cita a las partes mediante telegramas cursados por la policía. La audiencia es realizada por mediadoras abogadas y con ambas partes presentes. Su resultado es informado a la UFI; si hay acuerdo se realiza un acotado seguimiento del caso y se cierra el expediente.
- √ Mercedes: Se desarrolla en el marco de un convenio <sup>111</sup> de colaboración institucional suscripto entre la Procuración de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y el Colegio de Abogados del Departamento de Mercedes <sup>112</sup>, a fin de poner en marcha el Centro de Mediación Penal y la nueva Ley de Ministerio Público <sup>113</sup>. Procedimiento: la UFI selecciona y deriva casos que considere aptos para mediación <sup>114</sup>.

<sup>109</sup> Es director del Programa de Mediación Penal desarrollado en La Plata.

<sup>110</sup> Unidad Funcional de Investigación (sección civil de las fiscalías).

<sup>111</sup> Firmado el 01/11/1999.

<sup>112</sup> Ley 12.227, art. 29, inc. 18. Los Colegios de Abogados departamentales: facilitan a propiciar el establecimiento de centros de mediación. El art. 42, inc. 15, establece que corresponde a los consejos directivos de dichos colegios promover y resolver el funcionamiento de institutos vinculados a la mediación. El Colegio de Abogados de la provincia, según art. 90, ley 12.227, tiene entre sus deberes y atribuciones, la promoción del desarrollo de modos alternativos para la solución de conflictos y, en ese sentido, la resolución 234/1997 reglamentó el funcionamiento de los centros de mediación que funcionan en el interior de los Colegios de Abogados departamentales.

<sup>113</sup> La nueva ley ha asignado a la Fiscalía legitimación plena como representante de la sociedad en procura de la vigencia equitativa y simultánea de todos los valores contemplados en las normas vigentes. Lo cual impone no solo atender a la persecución de los responsables de delinquir sino también a procurar la armonía de la convivencia mediante la solución alternativa de conflictos y la asistencia a la víctima. Para ello se facultó a los fiscales para que consideren las circunstancias atenuantes a la solución o integración del "conflicto originario" o la "verificación entre sus protagonistas" en la oportunidad de ser ejercida la acción penal y se auspicio la utilización de todos los mecanismos de conciliación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos". En "Mediación Penal", manuscrito, inéd.

<sup>114</sup> Ley 12.227, art. 2º. El Centro de Mediación del Colegio de Abogados integrará el Servicio de Asistencia a la Víctima y recibirá los casos de conflictos para mediación penal que le derive el Mi-

Generalmente se trata de delitos de bagatela. La audiencia es realizada por abogadas mediadoras con ambas partes, excepto casos particulares. El resultado es informado a la UFI. Según el Dr. Urcal "los casos que serían factibles de llevar a mediación (daños, lesiones leves, ley 24.270, usurpaciones, y amenazas) representan un ingreso promedio de 650 causas mensuales que abarrotan las UFIs y hacen derivar tiempo y esfuerzo necesario para la atención de causas de mayor entidad".

- √ Mendoza: se está intentando implementar la mediación en casos de menores infractores.
- √ Córdoba: se desarrolla en el Centro Judicial de Mediación<sup>114</sup>. Prevé la posibilidad de mediar cuestiones planteadas en la acción civil en procesos penales por delitos de acción pública. Los casos son derivados por los juzgados correccionales. Se trata, en su gran mayoría, de delitos culposos. Si bien no está prevista la implicancia directa entre el acuerdo y la prosecución penal, de hecho, su cumplimiento paraliza la causa hasta la prescripción de la acción penal.
- √ Santa Fe: se desarrolla en el Centro de Mediación "Pablo Benetti Arostio"<sup>115</sup>. Se prevé la posibilidad de abordar y resolver por vía de acuerdo, conflictos de diversa índole, entre los que se incluyen los de naturaleza penal. Procedimiento: una vez planteado el conflicto ante la Defensoría y previo acuerdo de las partes involucradas, se deriva el caso a un mediador quien informa a las partes el carácter voluntario, extrajudicial, informal, sumario y confidencial<sup>116</sup> del procedimiento, así como su carácter neutral tendiente a facilitar la comunicación entre las partes y la resolución del conflicto. Las reuniones pueden ser conjuntas o privadas. Si se logra

acuerdo Público, para lo cual se ha abierto la inscripción a los fines de integrar una lista de posterior ley, interesados debidamente validados con arreglo al reglamento vigente del Centro de Mediación" Art. 3° "El Ministerio Público practica las actuaciones necesarias, para lo cual ambas partes definen voluntariamente los mecanismos administrativos de comunicación entre sí".

<sup>114</sup> Ley provincial de Mediación 8938, art. 3°.

<sup>115</sup> Corresponde al ámbito de la Defensoría del Pueblo de la provincia.

<sup>116</sup> Se firma un acuerdo de confidencialidad según el cual el mediador no podrá revelar lo sucedido en negociaciones preliminares o futuras en a terceros ajenos al trámite de la mediación, tampoco podrá revelar a la parte contraria lo que las partes le confían en sesión privada, salvo que ésta lo autorice. Las partes y todo lo que haya intervenido en la mediación se comprometen a respetar el deber de confidencialidad.

un acuerdo (total o parcial) se redacta y firma un acta que tendrá el valor de un acuerdo extrajudicial, pudiendo ser presentado para su homologación ante un juez o autoridad administrativa. En caso contrario, se destruyen las actuaciones pertinentes al caso.

Por otra parte, se ha tomado conocimiento del desarrollo de mediaciones con carácter intercultural realizadas por agentes designados del Estado<sup>119</sup> a fin de coordinar intereses estatales y comunales ante una problemática específica. En los tres casos relevados<sup>120</sup>, sólo "Pulmarí" habría tenido implicancias penales debido a que se trataba de cuestiones de tierras (usurpación). La mediación en este caso no fue desarrollada entre sujetos sino entre organizaciones.

Asimismo, se estudió el Proyecto de Ley de Mediación Penal presentado ante la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la Cámara de Senadores de la Nación<sup>121</sup>, por los Dros. Obarrio y Quintana. En él se propone la implementación de la mediación penal con "carácter obligatorio" (art. 1) y aplicable a delitos de contenido patrimonial, los que prevean pena de multa o inhabilitación, y aquellos que correspondan pena de ejecución condicional (art. 2). Se aplicará al régimen penal de menores. No se aplica a detenidos ni a reincidentes. El resultado ante el acuerdo cumplido es la extinción de la acción penal.

### 3.2. Conclusiones

En el ámbito nacional se percibió una importante tendencia en orden a implementar mecanismos alternativos que permitan resolver pacíficamente conflictos cotidianos. La amplitud teórica de sus operadores, sobre todo de quienes no participan de programas oficiales, no se condice con sus posibilidades físicas, por lo que en ocasiones se deben conformar con una aplicación acotada a fin de lograr la efectiva realización de estas prácticas.

Los programas estudiados median conflictos considerados menores y suscitados entre adultos, a pesar de que en la mayoría no se hallan previstos límites objetivos que determinen esta selección. Sin embargo, la todavía difusa idea de justicia restitutiva en la percepción de los operadores (generalmente quienes derivan los casos) condiciona esta tendencia.

<sup>119</sup> Luis Zapata.

<sup>120</sup> "Finca Tambora" (Jujuy), "Finca San Andrés" y "Pulmarí" (Pueyrredón).

<sup>121</sup> Expediente Parlamentario 12360. Iniciado por parlamentarios. Fecha de ingreso 2/12/2001.

Entre los programas que se desarrollan en el marco de las UPIs (La Plata, Mercedes, etc.) se percibe una gran satisfacción por la cantidad de casos mediados, así como por la percepción de conformidad de las "víctimas". Sin embargo, el tratamiento acotado de los conflictos<sup>121</sup> toma a esta instancia en una suerte de ámbito en el que se acuerda o no la forma de reparar el daño ocasionado y no en un espacio de diálogo y análisis de la conflictiva profunda, tal vez sea este el motivo por el que no se incluyan conflictos graves.

Como todo sistema de alternatividad derivado o retenido<sup>122</sup>, en muchas oportunidades se derivan a mediación hechos cuya prueba resulta imposible o estéril, lo que ocasiona un aumento del control social formal<sup>123</sup>.

Por otra parte, aquellos programas que se desarrollan en forma alternativa al sistema, si bien no cuentan con un respaldo formal (homologación del acuerdo o bien garantía de *ne fiat in idem*), proponen una instancia sin límites de tiempos en donde se respetaría el proceso interno de cada persona a fin de garantizar una reestructuración de la relación entre las partes (previa o ocasional) que se vio fracturada o deteriorada por el conflicto.

En cuanto a la situación del mediador se advierte que si bien se reconoce la necesidad de la intervención de equipos interdisciplinarios que permitan abordar la problemática global planteada en el caso concreto<sup>124</sup>, generalmente los mediadores son abogados, especialistas en mediación penal. Aquellos que pertenecen a los programas oficiales tienen cargos rentados, sin embargo, los otros son *ad hoc*.

Los objetivos propuestos por los programas tienden a lograr una transformación social, una conducta más responsable de las partes intervinientes en el conflicto, así como un mejor servicio de justicia mediante el otorgamiento de una respuesta eficiente a los conflictos y el descongestionamiento de la justicia formal.

<sup>121</sup> Los mediadores resachan generalmente tres resoluciones diarias.

<sup>122</sup> Es el caso de los programas de La Plata, Mercedes, etc.

<sup>123</sup> El Estado carece a mediar, se trata de continuar el orden de las actuaciones, en casos en los que ninguna resolución hubiera sido posible.

<sup>124</sup> Esta apreciación fue manifestada por quienes llevan adelante programas no oficiales.

Los miembros de la Universidad Kennedy presentaron un proyecto de mediación penal que prevé la compatibilización interdisciplinaria del equipo de mediación: psicólogos, abogados, asistentes sociales, etc. Registra que en cada caso concreto se seleccionará un coordinador a fin de que dirija el diálogo.

### 2.3. *Contactos en el exterior*

- Dr. Willem Assies: Colegio de Michoacán, Centro de Estudios Rurales (México).
- Dr. Eduardo Dargent: Miembro de la Comisión Andina de Juristas.
- Dra. Cecilia Anicama Campos: Miembro de la Comisión Andina de Juristas.
- Dr. Eduardo Castillo Claudett: Perú.
- Fernando García Serrano: Antropólogo. Miembro de la Universidad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Ecuador).
- Dr. Armando Guevara Gil (Perú).
- Dra. Kenia Herrera: Miembro de las oficinas para Latinoamérica del INECIP (Guatemala).
- Dr. Gustavo Jalkó: Miembro de ProJusticia. Miembro responsable de la modernización del sistema de justicia de Ecuador.
- Dr. René Kuppe: Jurista. Miembro del Departamento de Antropología Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. Consultor en Venezuela. Consultor de la GTZ en la elaboración de un proyecto de apoyo para la aplicación de mecanismos de mediación por parte de los pueblos indígenas de Venezuela. (Venezuela).
- Dra. Lillian Landeo: Autora de la ponencia: "Costumbre indígena: Complementación o sistema paralelo de justicia", presentada en el Congreso de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Arica, Chile, 2000 (Perú).
- Dr. Félix Luna: Miembro de la Comisión Andina de Juristas.
- Dr. Ramiro Molina: Miembro de la Defensoría del Pueblo (Bolivia).
- Dr. Alfredo Prado: Miembro de la Comisión Andina de Juristas.
- Dr. Franco Sánchez Hidalgo: Especialista en mediación penal (Ecuador).
- Dra. Esther Sánchez Botero: Perito Antropóloga (Colombia).
- Dr. Manuel Bermúdez Tapia: Miembro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (Perú).
- Dr. César Torres: Miembro de la Red de Justicia Comunitaria (Colombia).
- Sergio Ruiz Vasco: Miembro de una Fiscalía (Ecuador).
- Dr. Jaime Vintimilla: Abogado mediador y coordinador de programas de medios alternativos de solución de conflictos en CIDES.

- Dra. Raquel Yrigoyen Fajardo: Coordinadora de RELAJU (red de antropología jurídica en Latinoamérica), editora de ALERTANET (portal de derecho y sociedad).

#### 2.4. *Programas televisivos*

##### a) *Latinoamérica*

- Bolivia
- Brasil
- Colombia
- Costa Rica
- El Salvador
- Ecuador
- Guatemala
- México
- Nicaragua
- Panamá
- Paraguay
- Perú
- Puerto Rico
- Uruguay

*Consideraciones generales.* Entre los países latinoamericanos existe una gran diversidad de propuestas alternativas de resolución de conflictos. En este sentido debe destacarse que la mayoría de los países estudiados cuenta con códigos de procedimientos penales nuevos que permiten implementar criterios de oportunidad, lo que flexibiliza las alternativas disponibles.

Entre los programas que desarrollan la mediación en el ámbito comunitario se destacan los de Bolivia <sup>115</sup>, Colombia, Ecuador <sup>116</sup> y <sup>117</sup>, Guatemala <sup>118</sup> y Perú. Si bien con características diversas, intentan resolver los conflictos internos, formando mediadores, con previo y destacado reconoci-

<sup>115</sup> Centros de Conciliación Comunitaria, con alto grado de informalidad, debido al delicado acceso a la justicia formal. El acuerdo arbitral es respaldado por la posibilidad de que los tribunales estatales apliquen pena. Se consensó imponer una obligación de carácter moral.

<sup>116</sup> La Ley de Arbitraje y Mediación del 4 de septiembre de 1997, reconoce legalmente la mediación comunitaria.

<sup>117</sup> Los delitos mediables son los familiares, sociales (pelos, ritos, ladroes, calumnias), propiedad de tierra y otros bienes y asociaciones o miembros de comunidades por parte de parte de fuera de su zona.

<sup>118</sup> La normativa penal prevé la posibilidad de reparación con el agraviado según los usos y costumbres de cada comunidad. Es desarrollada por los oficinas para Latinoamérica del INECP.

miento local. Estos programas prevén la intervención en conflictos leves. Su carácter previo a la intervención del sistema penal impide un aumento informal del control social del Estado.

Asimismo, se relevó la implementación de programas dependientes del Poder Judicial local <sup>129</sup>. En su mayoría prevén la posibilidad de celebrar audiencia de conciliación ante delitos considerados leves, o bien ante aquellos que admitan desistimiento. En términos generales, reciben las causas en trámite seleccionadas por los juzgados a fin de ser resueltas en mediación. El resultado de las audiencias realizadas es informado a quien las derivó.

En Nicaragua, Costa Rica <sup>130</sup> y el Salvador <sup>131</sup> prevén igualmente estos métodos en el ámbito de la justicia de menores.

#### b. América del Norte

- Canadá
- Estados Unidos

En estos países se desarrollan los programas VCRP <sup>132</sup>, cuyo principal objetivo se dirige a lograr que la víctima obtenga una reparación tanto económica como moral. Existe gran cantidad de programas dirigidos tanto a menores como a adultos con procedimientos diversos, sin embargo, aquellos desarrollados para delitos graves se ubican en la faz de ejecución de la pena y no se centran en los "posibles beneficios penitenciarios o en la libertad condicional". Procedimiento: pasado un plazo prudente desde el hecho conflictivo y luego de un trabajo individual con cada una de las par-

<sup>129</sup> Ecuador: la ley prevé la derivación o posición del juez o de las partes, pero siempre con su consentimiento en cualquier estado de la causa (si es materia susceptible). Puerto Rico: procedimiento sin conflictos no procesados a la justicia, pero el juez penal puede derivar. No hay abogados ni representación judicial de las partes. Paraguay prevé la reparación en el ámbito de los delitos disponibles. El Salvador: el código procesal prevé procedimientos especiales en los que se establecen "medidas alternativas del sistema penal", entre las que se incluyen opciones de oportunidad que contemplan la opción y que pueden ser aplicadas a delitos de acción pública, y la conciliación prevista sólo para algunos delitos del Código Penal. Panamá: está previsto en el proceso el caso de la prisión preventiva o infracción programada, se se logra la reparación del daño. México: si bien no existe una normativa expresa, los Tribunales del estado de Veracruz realizan audiencias pre-penales a fin de lograr un acuerdo entre las partes. Brasil: se prevé en proyectos de ley, intervenciones, conciliaciones y delitos cuya pena no exceda de un año de prisión. En una audiencia de conciliación que se hace en la primera audiencia y es conducida por el juez o un mediador.

<sup>130</sup> Se prevé la posibilidad de un "arreglo conciliatorio" cuyo efecto es la suspensión del proceso. Asimismo, se pueden obtener prescripciones alternativas a la cárcel.

<sup>131</sup> La mediación ante conflictos penales está prevista fundamentalmente para menores infractores, debido a la finalidad educativa que reviste la norma. El procedimiento implica la participación de los intereses en conflicto.

<sup>132</sup> Victor Glendon Reconciliates Project.

tes, se realiza un encuentro víctima-victimario en el lugar de alojamiento de este último a fin de que dialoguen acerca de las consecuencias personales que el acontecimiento conflictivo provocó en cada una de ellas y con miras a lograr una pacificación entre los protagonistas.

En este sentido, se asemeja a los desarrollados en Gran Bretaña, por las asociaciones de libertad condicional, cuyo fin es pacificar y responsabilizar.

Los mediadores suelen ser voluntarios, interviniendo miembros de la comunidad, personal de las prisiones, grupos de apoyo a las víctimas, etc. En los casos de delitos graves suelen tener una preparación especial para abordarlos. En Canadá y Gran Bretaña también participan mediadores profesionales.

Estos proyectos cuentan con financiación tanto pública como privada.

c. Europa:

- Alemania
- Austria
- Bélgica
- España
- Finlandia
- Francia
- Gran Bretaña
- Holanda
- Italia
- Noruega
- Suiza

En el contexto europeo existen igualmente gran cantidad y diversidad de medios alternativos de resolución de conflictos.

Entre los programas destinados a adultos y que prevén la mediación penal en delitos considerados graves, se destaca el desarrollado en Lovaina (Bélgica). Debe aclararse que no constituye propiamente una vía alternativa, debido a que involucra casos respecto de los cuales el fiscal ha decidido acusar. La mediación no paraliza ni suspende la tramitación del conflicto en sede penal. El fiscal selecciona entre los casos que toma conocimiento<sup>113</sup>.

<sup>113</sup>Esta es una carta informativa a la víctima a fin de informarle sobre las alternativas con las que cuenta y si deliberante le comunica tanto la decisión de acusar como la posibilidad de colaboración para concertar una solución al conflicto suscitado. Asimismo, se le informa la futura visita de un mediador y que su colaboración podría influir positivamente en la resolución de la causa.

de acuerdo con la gravedad del delito, la condición de reincidente y el daño personal ocasionado a la víctima <sup>124</sup>. El procedimiento de mediación consiste en la realización de audiencias individuales entre cada una de las partes y el mediador. Luego se acuerda un encuentro personal entre los implicados a fin de firmar un "contrato", que generalmente incluye un acuerdo económico, así como otras diligencias que tomen menos gravoso el pesar de la víctima. Entre sus objetivos principales se destaca la realización de un servicio a la comunidad, el logro de un cambio de actitud, el eventual compromiso de no acercarse a la víctima, etc. <sup>125</sup>.

Noruega, por su parte, prevé una instancia de mediación comunitaria o social así como juntas municipales de mediación para delitos menores, generalmente contra la propiedad.

Francia desarrolla un programa comunitario denominado "Casas de justicia" que no depende del Poder Judicial toda vez que responde a objetivos sociopolíticos. Lo llevan adelante mediadores voluntarios, quienes se encargan de resolver pequeños delitos o infracciones. Por otra parte, se implementó un sistema de mediación rotunda, dependiente del Instituto Nacional de Asistencia a la Víctima y Mediación. En los casos en los que se logra la reparación, se habilita el archivo del expediente. En la justicia de menores se prevé la posibilidad de que el procurador remita el caso a mediación a fin de lograr un acuerdo de reparación entre las partes.

Suiza ha instituido un sistema denominado "penitenciaría abierta", caracterizado por pretender la compensación entre autor y víctima del delito. En los casos en los que se hace efectiva puede lograr dejar sin efecto la pena impuesta <sup>126</sup>.

En España el proyecto Valenciano <sup>127</sup> incluyó a infractores adultos y tenía por objeto "mediar en faltas y delitos dentro del procedimiento abrevia-

<sup>124</sup> Quedan excluidos aquellos delitos y ofensas cometidas por personas entre las que se existió una larga data en el ámbito, así como para ser castigado que este tipo de delitos requiere otro tipo de mediación y en los que el imputado niega los hechos.

<sup>125</sup> El programa tiene como objetivo una justicia de restauración o reparación. Se hace una crítica a la relación bipolar Estado-delincuente, que excluye todo espacio a la víctima del delito. Esta filosofía debe transformarse en una constructiva triangular delincuencia-víctima-estado. Por ello, se da prioridad a la promoción de la restitución como objetivo sustancial de la administración de justicia. Esto quiere decir que lo que se trata es de mover el sistema judicial penal hacia una vía restaurativa y de reparación. Es un proyecto que está totalmente integrado dentro del sistema judicial, no constituye una vía alternativa. *Proyecto de mediación para las reparaciones*. Caracas, 1993 (A/6).

<sup>126</sup> En los casos en los que las penas no exceden los 18 meses de prisión.

<sup>127</sup> Si bien el programa nació en 1996 por falta de recursos humanos, actualmente se desarrolla mediaciones en forma espontánea.

do, valorando positivamente el acuerdo con los jueces de Instrucción”<sup>138</sup>. En los fallos, el fiscal no acusaba y en los delitos se acordaba el mínimo legal. El programa preveía dos límites objetivos: el infractor no debía ser reincidente y debía reconocer los hechos.

Procedimiento: se dividía en nueve fases: valoración informal por el juez, comunicación a la oficina (datos víctima, imputado y denuncia), apertura de un archivo del caso por el mediador, entrevistas separadas con la víctima y el sospechoso, fijación del interés de la reparación económica y moral de la víctima, determinación de la oferta del infractor, concreción del acuerdo entre el autor y la víctima, firma del acuerdo, omisión de un informe al juzgado y ratificación del acuerdo o bien del no acuerdo. Se incluyeron algunos casos de violaciones y agresiones sexuales.

Por último, en Alemania<sup>139</sup>, la Ley de Fiscalía prevé que en casos de delitos cuyas consecuencias sean mínimas, si la culpabilidad es leve y con consentimiento del acusado se puede trasladar la causa al servicio de conciliación (conformado por tres personas), cuya misión es colaborar en la resolución extrajudicial de asuntos penales<sup>140</sup>. Si el acusado cumple con las obligaciones asumidas<sup>141</sup> en un plazo máximo de seis meses, la fiscalía lo sobresee.

En el ámbito de menores, se relevó la existencia de un programa de resolución alternativa de conflictos dedicado a delitos sexuales, especialmente a casos de violación<sup>142</sup>. Se desarrollaba fuera del establecimiento penitenciario en un centro de tiempo libre a fin de que el conflicto se pueda tratar en el ámbito comunal donde tuvo origen. Su principal objetivo consistía en implementar discusiones con las víctimas femeninas de los delitos sexuales<sup>143</sup> a fin de que el joven infractor modificara la concepción

<sup>138</sup> Vázquez Martínez, Gertra. *Los mediadores repensados como estrategia de control social. Una propuesta criminológica*. Caracas, Granada, 1998, p. 268.

<sup>139</sup> Documento “Asistencia judicial de Adultos”, de un manual en el que se pretende lograr la conciliación. Actúan por derivación institucional o a pedido de parte. Los mediadores son trabajadores sociales, pedagogos, sociales, psicólogos y juristas. La finalidad de esta institución es proporcionar información acerca de las circunstancias personales y sociales del imputado desde la perspectiva de la prevención especial. Actúa durante el proceso o durante la ejecución de la pena (libertad condicional). El fiscal y juez selecciona casos concretos. Se encuentra en la administración de justicia y no garantiza la suspensión del proceso.

<sup>140</sup> La ley dice que el procedimiento de conciliación para asuntos penales está dirigido a restablecer la paz social perturbada a través del delito y a lograr la comprensión entre el autor y la víctima.

<sup>141</sup> Puede consistir en el desarrollo del trabajo, reparación de los daños causados, donar una suma de dinero a favor de una institución de bien público o a otras prestaciones sociales.

<sup>142</sup> Heuganess, A. - L. Sorett, P. “Los delitos sexuales en el contexto de las feministas y de reconciliación víctima-delincuente —observaciones críticas—”, *Revista de Estudios y Formación*, año 8, 1992.

<sup>143</sup> Luego esta práctica fue reemplazada y se incluyó en el encuentro a preparadoras feministas que completan el rol de víctimas.

de la mujer como un ser débil, confrontando con un modelo de mujer autónoma.

Procedimiento: el seminario sobre "papeles sexuales" se desarrollaba juntamente con un grupo de mujeres. De las sesiones participaban preparadoras, psicólogos del centro penitenciario y dos miembros de grupos anteriores. El programa contaba con cinco fases que intentaba dividir la vida de la nueva identidad. Su finalidad era principalmente educativa.<sup>144</sup>

En el ámbito juvenil se destacan actualmente los programas de España, Finlandia, Holanda, Italia y Francia.

En España se relevaron los programas de Cataluña<sup>145</sup> y Madrid, y el País Vasco, que prevén reparaciones extrajudiciales cuyo resultado positivo se refleja en el archivo del procedimiento.

Finlandia estipula una instancia de mediación o conciliación en la etapa del proceso. El Tribunal tiene la facultad de no aplicar pena si considera al acuerdo arribado como positivo.

Holanda prevé una instancia previa al proceso, en donde se pretende lograr la resolución del conflicto en términos materiales, a diferencia de los anteriores programas que invocan fines personales. No está previsto un límite objetivo. En este sentido coincide con el desarrollado en Italia. Este programa se caracteriza por estar coordinado por psicólogos, criminólogos, abogados, trabajadores sociales y estudiantes.

En los programas de adultos se advierten objetivos tendientes al crecimiento personal y a la participación de la comunidad en el proceso, de mediación y reconciliación.

## VI. Conclusiones

En primer término corresponde señalar que las diversas características atribuidas a los programas de mediación en conflictos penales, permiten deducir las diversas funciones asignadas a ésta.

Entre los programas previstos en el ámbito de menores o adultos existen varios que sólo se ocupan de hechos leves. En este sentido consideramos que esta conflictiva se asemeja a aquella de carácter civil, por la escasa "relevancia institucional de sus características", razón por la cual no genera prácticamente oposición la preeminencia del acuerdo celebrado entre las partes, a fin de lograr la reparación del daño ocasionado, por sobre la vo-

<sup>144</sup> Fue suspendido en 1999.

<sup>145</sup> Históricamente plantea la alternativa ideal en las penas, se aplica a poblaciones menores de 16 años por delitos de poca gravedad. Los casos son derivados por los Fiscales. El acceso al programa es voluntario e implica el reconocimiento de los hechos.

luntad del Estado de perseguir estas conductas. Este tipo de resoluciones, si bien en ocasiones se vuelven esquemáticas y desatienden al conflicto global, permiten el acercamiento hacia uno de los postulados del abolicionismo penal.<sup>146</sup>

Por otra parte, corresponde señalar la existencia de programas que apuntan en forma casi exclusiva a la conciliación de las partes, dejando en segundo plano las consecuencias jurídicas del acuerdo.

Entre los programas que prevén la viabilidad de la mediación en delitos graves, algunos excluyen expresamente aquellos casos en los que víctima y victimario tenían una relación previa. Seguramente por considerar que dificulta el acuerdo, ya que revisten una complejidad que no debe ser abordada mediante esta herramienta. Sin embargo, existen programas que consideran a esta característica como muy relevante a fin de que se prefiera la implementación de la mediación, toda vez que son precisamente estos casos lo que el sistema penal ignora y aplica pena sin dar respuesta efectiva a la controversia.

Asumiendo, se pueden diferenciar aquellos proyectos que otorgan a la mediación el carácter de respuesta única, en tanto que otros sólo la perciben como complementaria.

Por último, corresponde señalar que si bien existe una importante cantidad de programas en desarrollo, con resultados satisfactorios y gran conformidad de los intervinientes, aún no revisten gran influencia en el sistema penal.<sup>147</sup>

Tal como se aprecia, la mayoría de los programas nacieron como respuesta a la ineficiencia demostrada por el sistema penal a fin de dar respuesta a los conflictos concretos, tendiendo a brindar a las partes mayor participación en la conflictiva. En este sentido se vieron fuertemente influidos por las teorías del abolicionismo penal y la criminología crítica. Consideramos que éste es un campo fértil para el estudio de las conexiones entre la cultura y el control del delito, dada la transferencia o adaptación de la mediación a distintos contextos sociojurídicos, su peso simbólico, a pesar de su escasa importancia numérica y su discurso contra el sistema penal tradicional existente y a favor de reavivar la noción de comunidad.<sup>148</sup>

<sup>146</sup> Haberán manifestado su deseo de que se elimine el derecho penal a favor del civil y que se limitara la mediación separadora.

<sup>147</sup> Cuzil, Vazquez Martínez, G., *La mediación...*, cit., p. 247.

<sup>148</sup> Cuzil, Vazquez Martínez, G., *La mediación...*, cit., p. 246.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CORCO MALLO, VICENTE J., "El pluralismo jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador", VII Congreso de Latinoamericanistas Españoles (20, 21 y 22 de septiembre de 1999).
- COYRA MAS, DAISY, "Etiología de la delincuencia mapuche y de otros tipos de delincuencia", XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Decenio del Tercer Milenio, Arica, Chile, 2000.
- HERRERA, A. - LAROTI, F., "Los delitos sexuales en el contexto de las tentativas y de reconciliación víctima-delincuente —observaciones críticas—", *Papeles de Estudios y Formación*, no. 8, 1992.
- Informe Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Multiculturalismo, Etnicidad y Jurisdicción Especial Indígena en Colombia. Reflexiones en torno a comunidades indígenas plurales.
- IRIBARRA, DIEGO A., "La gestión de la multiculturalidad y la multiétnicidad en América Latina", en *Documento de Debate* no. 5, Gestión de las Transformaciones Sociales, MOST, UNESCO (Contribución a la Conferencia Regional del MOST para América Latina (Buenos Aires [28 - 31 de marzo 1998]).
- KALINOWICZ, BEATRIZ, "El concepto de cultura y el llamado 'en x' culturalmente condicional", en II Seminario-Taller sobre "Cultura y Derecho Penal", San Martín de los Andes, 18 y 19 de junio de 1999.
- "El juez y el varaque. Pluralidad jurídica y diálogo intercultural: el caso del derecho penal", en *Actas de cultura y derecho penal*.
- "La Justicia de Paz", trabajo exploratorio desarrollado en el Juzgado de Paz de Junta de los Andes, manuscrito, mayo 2000.
- RUBIOZ DE FRANSUAGA, CARMELA, "¿Resolución alternativamente conflictos penales?", en *Resolución alternativa de conflictos penales, análisis de conflictos, penas y contextos*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- VANOS MARTÍNEZ, GEMMA, *La mediación penal como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998.
- VIZUPELLA, JAIME, *La mediación comunitaria en Ecuador*, 2000 (MJ).

Nota: Esta bibliografía es la citada en el presente trabajo. La consultada es bastante más amplia.