



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesinas de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Abogacía

Mediación víctima – ofensor como herramienta
para la justicia restauradora

Nº 37

Ignacio Javier Pujante Mangiola

Tutora: Clarisa Leguer

Departamento de Investigación
Julio 2002

Índice general

Capítulo I.

Introducción.

I. Introducción	5
-----------------------	---

Capítulo II.

“Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos”. Parte General.

II.a. Origen. Historia	6
II.b. Naturaleza. Definición.	7
II.c. Características.	8

Capítulo III.

“Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos”. Parte Especial.

III.a. Negociación.	8
III.b. Conciliación.	9
III.c. Mediación.	10
III.d. Arbitraje.	11
III.e. Antecedentes normativos nacionales.	12

Capítulo IV.

Sistema de Mediación Víctima - Ofensor.

IV.a. Introducción.	13
IV.b. Inicios.	13
IV.b.i) De humilde comienzos.	13
IV.c. Concepto y características de los programas de mediación víctima – ofensor.	14
IV.c.i) Un modelo de mediación con características especiales: La Neutralidad.	14
IV.c.ii) Conflictos, dudas y temores sobre la mediación víctima – ofensor. ¿Cómo manejarse en las audiencias? El encuentro cara a cara.	14
IV.c.iii) Características del encuentro.	18

Capítulo V.

Aplicación de la mediación víctima – ofensor en nuestro derecho como método alternativo de resolución de conflictos y pacificación social.

V.a. Introducción. Orientación.	19
V.b. Repaso del marco normativo involucrado.	19
V.b.i) Ley 24.573. Mediación y Conciliación Obligatoria.	20
V.b.ii) Principio de legalidad.	20
V.b.iii) Principio de oportunidad.	21
V.b.iv) Marco Normativo de la Provincia de Buenos Aires.	21

Capítulo VI.

Conclusiones finales.

VI.a. Actualidad.	22
VI.b. Objetivo Final: Justicia Restauradora.	23
VI.c. Conclusiones.	24

Anexos

A.1. Bibliografía	26
A.2. Artículos: <i>Mediación Penal: Un balance positivo</i> , por Beatriz Elena Avila; <i>Mediación Penal: Una fructífera experiencia provincial</i> , por Beatriz Elena Avila; y <i>Mediación Penal, la experiencia derivada del Convenio entre la Procuración, la Fiscalía General y el Colegio de Abogados</i> , por Marcelo Gabriel Mendiola;	27

Capítulo I

Introducción

En los últimos años ha adquirido gran notoriedad la expresión “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos”. Hoy en día todos sabemos (aunque algunos no entiendan la esencia) a qué nos referimos al hablar de mediación, de arbitraje o de conciliación por dar algunos ejemplos.

Mucho se ha escrito y otro tanto se ha hablado sobre el tema, se han organizado congresos, mesas de trabajo, conferencias y cursos. El desarrollo de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos es ampliamente desarrollado por los estudiosos de la materia.

Tratando de dar otro enfoque sobre el tema en cuestión, con la intención de definir, o al menos delinear, una de las tantas vetas que alrededor de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos se van abriendo, mediante el presente trabajo, en lugar de desarrollar en general los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (o alguno de ellos en particular), pretendo penetrar en una de sus vertientes, quizás la menos explorada de ellas y a la vez la que más intriga ha despertado en el exterior (y en parte en nuestro país).

Todo ello sin perjuicio de hacer una obligada explicación de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en general, y también en particular, para poder individualizar el ámbito dentro del cual se encuentra la materia objeto del presente trabajo.

Me estoy refiriendo a la aplicación de la mediación en el ámbito de ciertos actos humanos que por su trascendencia están tipificados como infracciones, contravenciones, faltas y/o delitos, o que sin estar tipificados como tales albergan a una víctima y a un ofensor, ambos sujetos ubicados en extremos opuestos de la ecuación resultante de dicho acto humano.

Dicha disciplina carece en la práctica de una denominación uniforme, se encuentra en la doctrina denominaciones varias, como “Programa Víctima – Ofensor”, “Programa de Mediación Víctima – Ofensor”, “Mediación Penal”, “Mediación Juvenil”, “Mediación Vecinal”, etc., pero podemos encontrar en ellas un objetivo común: “la aplicación de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en la solución de ciertos conflictos entre personas derivados de la comisión por una de ellas de un hecho o acto que convierte a la otra en “víctima”.

A lo largo de éste trabajo se irá explicando la función de dicho método, demostrando mediante la propia explicación ofrecida, la viabilidad de la aplicación de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en la búsqueda de una solución “justa” para ciertos actos infraccionales. En síntesis, la aplicación lo que se ha dado en llamar “justicia restauradora”, a través de la mediación víctima – ofensor.

Para ello se comenzará con una explicación general sobre la historia, conceptos, desarrollo y características de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en general, siguiendo con un breve desarrollo de cada uno de dichos métodos en particular, entrando por último en el desarrollo en profundidad del Sistema de Mediación Víctima – Ofensor, su historia, antecedentes, conceptos, características, aplicaciones, etc.

La realidad actual del derecho en nuestro país, demuestra gran preocupación por lograr la disminución del nivel delictivo y el bienestar de la población.

Por otra parte observamos la existencia de crisis de los poderes judiciales y tribunales sobrecargados de expedientes cuando en realidad tendrían que ser quienes reciben el conflicto después de haberse intentado otras respuestas y no ser el lugar donde el conflicto comienza. A esto se suman los elevados costos, no solamente económicos, sino también de tiempo.

Si bien un sector importante de la sociedad reclama como modo de combatir las contravenciones, infracciones o delitos aumento de penas, reducir las posibilidades de excarcelación, más endurecimiento y persecución, hay estudios que han demostrado que la sanción punitiva no siempre disuade, y que engendra más violencia.

La justicia restauradora, objetivo mediato de la aplicación del sistema mediación desarrollado en el presente trabajo, aspira a reparar el mal causado, los protagonistas principales son aquí, víctima – victimario - sociedad, es decir, se le devuelve a la víctima su rol protagónico, con todas las implicancias positivas de dicho evento.

Dentro del concepto de justicia restauradora, aparecen los Métodos Alternativos de Resolución de Disputas, que repersonalizan el conflicto sin privatizarlo. Significa que la víctima del delito como lo sostiene el Dr. Elías Neuman¹, emerge de su devalúo y postración de su pena estancada y encuentra en el resarcimien-

1. Elías Neuman, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Ed. U. Bs. As., 1994.

to de los daños (en el sentido trascendente del término) paz interior y, a la vez que el victimario no sea despeñado al laberinto represivo de la sociedad del que luego será difícil regresar.

Capítulo II.

Métodos alternativos de resolución de conflictos

Parte General.

Sumario: a. Origen. Historia. b. Naturaleza. Definición. c. Características.

II.a. Origen. Historia.

La historia indica que las primeras formas asumidas para la resolución de conflictos entre hombres fueron producto de sus propias decisiones. Ya porque aplicaban la ley del más fuerte, o bien porque convenían una pauta de acercamiento que evitaba profundizar la crisis.

En ambos casos se partía del enfrentamiento individual, no existían terceros involucrados, y si eventualmente estaban, en realidad compartían el interés de uno de los contradictores.

La misma “Ley del Talión” fue un avance en estos ejercicios, al impedir que sólo la fuerza bruta fuera la causa motivante de la justicia, logrando una satisfacción equivalente al perjuicio sufrido, aun cuando sea cierto que permanecía la idea de utilizar la bestialidad como vía generadora de pacificaciones.

La organización de la familia trajo consigo una inteligencia diferente. La armonía de la convivencia, la interrelación y los efectos, permitieron valorar adecuadamente la conveniencia de implementar una sociedad sin perturbaciones.

De esta manera, el patriarca con sus consejos, el culto a la sabiduría de la ancianidad, el respeto por el padre o cabeza de familia, la misma relación parental y los vínculos provenientes de la amistad, sugirieron nuevas formas de conciliación y avenimiento, pues cada uno en su ocasión y destino procuraba no afectar la pacífica vida en comunión.

Pero si la paz y concordia no se podía obtener, era natural que la causa o motivo de la contienda fuera sometido al juicio de un tercero, que según su leal saber y entender (*ex aequo et bono*) perseguía resolver la diferencia.

Recuerda Caravantes que “basta detenerse en un instante en los hechos que se realizan en la sociedad, en la manera como se acostumbran a tratar entre sí sus individuos, y terminar las divisiones que los separan, para comprender que el arbitraje ha debido ser una de las primeras prácticas de la humanidad”².

Estas formas de justicia obraron sobre el presupuesto de la confianza hacia un tercero, un hombre recto y honesto, cuya prudencia y sabiduría fundaba el sometimiento voluntario de las partes. La autoridad era exclusivamente moral, circunstancia difícil de conseguir cuando la sociedad fue desarrollándose en centros aislados que impedían la uniformidad de conceptos.

También, fue claro que el inconformismo y la inejecución de las sentencias obligaron a pactar formas de coerción, tales como la imposición de multas en favor de la parte contraria al desobediente.

Un concepto superior aparece entonces, una idea que desplaza la confianza hacia una autoridad incuestionable que concentra en sí la representación misma de la justicia. Estoy hablando de los jueces, auténticos inspiradores del “alma del pueblo” como lo denominan las Leyes de Partidas con gran vehemencia.

Pero, si repasamos la historia, tal situación empeoró con el transcurso del tiempo, alejando al proceso de sus finalidades primordiales, consagrando un esquema escrito mortificante e insidioso con las necesidades comunes del hombre actual.

A nadie escapa hoy en día la crisis que padece el proceso como método pacífico y justo de resolución de controversias entre los hombres. Concurren para ello experiencias notables, como la lentitud intrínseca en el sistema, la onerosidad del mismo que a diario aumenta la dificultad en el acceso, y en cierto caso la ausencia de definiciones claras y justas, donde no se someta a las partes a un estado de indefinición generadora de inseguridad jurídica o, en síntesis, a inocentes a largas y duras penurias.

Además, se hace evidente cierta desconfianza a los hombres de la justicia que perjudica la imagen y desacredita la instancia trascendente que la jurisdicción propone. Esa desconfianza que se asemeja, a mi entender, a la vivida en épocas pasadas y que diera uno de los fundamentos para la aparición en Europa de

2. José de Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. I, ed. Gaspar y Roig, Madrid, 1856, p. 11.

los sistemas de control de constitucionalidad fuera del ámbito del Poder Judicial, va en ascenso precipitado. Ante tal desconfianza del pueblo en los altos jueces, resulta razonable que las soluciones se busquen obviando su presencia.

El aumento desmedido de las causas, que transforma hasta al último rincón del juzgado en archivo oficial, la pobreza presupuestaria que particulariza la precaria asignación de recursos, el aumento de profesionales matriculados cada vez más inquietante por su número y calidad resultante, entre distintos registros de variada preocupación, ponen el acento en las alternativas pensadas para lograr la misma seguridad y eficacia que la vía jurisdiccional promete, pero sin sus vetas negativas.

Renacen así institutos como el arbitraje, la mediación y los conciliadores, sin olvidar otros carriles de igual motivación descongestiva y con iguales ventajas.

Lo común es que estas alternativas jueguen indiferentes al proceso judicial, es decir son remedios de soslayo, tienden a evitar el curso de las solemnidades procesales.

Lo curioso de este fenómeno se da en que de alguna manera significa una regresión a la justicia primitiva. Al no trascender la sustentación del derecho en el mandato provisto de jurisdiccionalidad, al no poder cumplirse en el ámbito del Poder Judicial, con el mandato que el pueblo ha transferido, comienza a interesar solamente solucionar el conflicto. Cíclicamente se retorna a la justicia en donde las partes se desenvuelven como actores principales y definitorios. Así renacen los ahora Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

II.b. Naturaleza. Definición.

Uno de los problemas a esclarecer en la cuestión, se trata del significado que tienen estas instituciones que se muestran opcionales para resolver controversias. Así, algunos como Carnelutti indican que se tratan de métodos equivalentes del proceso civil³, en tanto otros consideran que son procedimientos sustitutivos del juicio público, tal la posición de, entre otros, Leonardo Prieto Castro⁴. Sin perjuicio de estas posturas, hay fundadas opiniones que las refieren como auxiliares de la justicia⁵, o personificando figuras propias de la autocomposición y la autodefensa⁶.

La definición depende de la perspectiva como la cuestión se focalice. En efecto, quienes advierten en los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, procedimientos supletorios del proceso judicial común, admiten la equivalencia procesal por tratarse, en definitiva, de una forma implementada para decidir un conflicto de intereses, tal es la posición a la que adhiero. En cambio, quienes cifran la función a partir de lo que el Estado tolera, entienden que constituye un permiso a los particulares para ordenar un procedimiento paralelo (o parajudicial), pero que la verdadera jurisdicción no queda desplazada, sino postergada ya que debe preservarse la revisión judicial de las definiciones que se alcancen.

Una visión diferente menciona al proceso como una consecuencia de los conflictos suscitados por las diferencias entre los hombres. Producida la crisis, se polarizan dos esferas contrapuestas de intereses que podrán encauzarse por obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de un tercero. También es posible que una de ellas resuelva sacrificar su propio interés (autocomposición), o imponer al otro el sometimiento a sus propias aspiraciones (autodefensa). De esta forma, proceso judicial, autocomposición y autodefensa presentan las variables posibles para resolver un litigio, sin que ello signifique ponerlas en pie de igualdad, ni que entre ellas se repelan.

El tema bajo análisis provoca inmediatamente una cuestión que perturba a más de uno, me refiero al interrogante sobre si estas instituciones alternativas pretenden sustituir o colaborar con la justicia.

En realidad, cada una de las modalidades (arbitraje, conciliación, mediación, etc.) tiene una motivación particular que está desprendida del modelo adversarial que tipifican los procedimientos ordinarios.

Son fórmulas de entendimiento racional, donde la crisis no se identifica necesariamente con la subsunción de los hechos en la norma jurídica; es decir, que persiguen la solución concertada, pacífica, sin tener que hallar el encuadre jurídico donde insertar (o empujar) la motivación fundante.

No quiero decir con ello que cuando la disputa versa sobre estrictas cuestiones *de iure* se puedan aplicar deducciones diversas de las normas jurídicas, las normas darán siempre la base sostenible, me refiero en realidad a que el tercero interviniente cuenta con una dinámica procesal que no lo somete al “corset” de las formas, pues el principio es la libertad de ellas.

Por supuesto que todas y cada una de las figuras tienen matices que las distinguen, y las aproximan o las distancian de los trámites adjetivados en los códigos; pero sus bases de conocimiento son diferentes,

3. Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, t. I, ed. Ejea, Buenos Aires, 1973, p. 109.

4. Leonardo Prieto Castro, *Cuestiones de derecho procesal*, ed. Reus, Madrid, 1947, p. 262.

5. Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. II, ed. Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 278.

6. Alcalá Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, ed. UNAM, México, 1991, p. 19.

están llamadas desde la confianza particular que el modelo inspira; desde la sabiduría que prometen los jueces seleccionados; y, esencialmente, del concierto voluntario de las partes para arribar a una solución sin controversia, a una justicia sin resentimientos.

Del estudio de la doctrina, de las legislaciones y de las propuestas programáticas e institucionales de los diferentes países que los contemplan, se observa que los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos vienen siendo propuestos y promovidos como una opción institucional de acceso y mejoramiento de la justicia. Desde su consideración en el ámbito constitucional y/o siendo el objeto de leyes específicas, los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos constituyen de más en más un aporte estructural relevante y marcan una orientación revalorizante de la función social de la justicia como garantía de la convivencia pacífica.

Por otra parte, la mención de “alternativos” con que se conocen y difunden estos medios y procedimientos, tiene relación y guarda mayor coherencia con el objetivo y las características de no confrontacionales, de autogestión y de protagonismo ciudadano en el tratamiento de la conflictividad social, que definen principalmente su aplicación. La mención de “alternativo” no puede entenderse como la pretensión y la búsqueda de una cierta privatización de la justicia o como la sola y exclusiva intención de restarlos de la institucionalidad de la Administración de Justicia y del Poder Judicial en el ámbito del Estado de Derecho.

II.c. Características.

Debe tenerse en cuenta que cada una de las posibilidades de elección (negociación, conciliación, arbitraje, mediación, etc.) carece de los elementos tipificantes de la función jurisdiccional. No de todos, pero sí de los más relevantes para conseguir la seguridad de la ejecución, que son aquellas atribuciones propias e intrasferibles del Estado.

Los medios que se ofrecen son hábiles, eficaces y probadamente rápidos y seguros, pero tienen el inconveniente de no contar, en su órgano decisor, con facultades de coerción y ejecución forzada.

El diálogo es la base de la concertación y entendimiento. La idea es simple: se debe abandonar la discusión permitiendo soluciones a partir de actitudes voluntarias.

A veces, los problemas terminan porque uno de los interesados renuncia unilateralmente a su reclamo; en otras, es el sujeto pasivo quien acepta la demanda formulada; es probable, también, que ambas partes sean quienes busquen salidas resolutorias; o bien, que las persigan mediante la decisión de un tercero.

Las primeras situaciones muestran el conflicto finito espontáneamente (autocomposición); las restantes, hallan en la heterocomposición la respuesta a sus problemas.

Como ya he adelantado, cuando nos encontramos ante el conflicto entre dos hombres, ellos pueden: a) autodefenderse, mediante el uso de la fuerza que, generalmente, es ilegítima y prohibida por la ley y excepcionalmente aceptada y legitimada por ella; b) autocomponerse directamente (sin la ayuda de nadie), obteniendo un resultado consistente en uno de tres supuestos: allanamiento, desistimiento o transacción; c) autocomponerse indirectamente (con la ayuda de un tercero), mediante la aceptación mutua de la presencia de un heterocomponedor (simple conciliador, mediador) para que, acutando como medio de acercamiento, los interesados lleguen a desatar el conflicto mediante una autocomposición que operará como resultado en una de sus tres fórmulas mencionadas; d) heterocomponer directamente el conflicto, mediante la presentación de las partes ante un tercero requiriendo una decisión que lo resuelva.

Capítulo III.

Métodos alternativos de resolución de conflictos

Parte Especial.

Sumario: a. Negociación. b. Conciliación. c. Mediación. d. Arbitraje. e. Antecedentes normativos nacionales.

III. a. Negociación.

La vida de relación nos impone conductas determinadas que acuerdan la convivencia social. Armonía y tolerancia oscilan permanentes entre otros temperamentos procurando el sostén de los valores que inspiran el orden y la seguridad.

Evidentemente, no siempre resulta fácil mantener esta idea de la paz sostenida; a veces, es preciso imponerla en el marco del ordenamiento jurídico diseñado al efecto; en otras, son los hombres quienes resuelven entre sí sus diferencias.

La vida misma se convierte en una negociación permanente, donde los intereses presentes concilian e interactúan buscando equilibrios que no sacrifiquen las aspiraciones de otros.

La mutua cooperación, en definitiva, nos lleva a ese equilibrio social que muestra al hombre civilizado actuando entre derechos y libertades compartidos.

Los “bienes de la vida”, como se califica idealmente a las apetencias, son productos de permanente intercambio; no en el sentido de comercializar o producir, sino en el terreno más amplio de la capacidad contributiva para alcanzar logros y mutuos beneficios.

Si recurrimos al diccionario de la Real Academia, al brindarnos una de las definiciones de “negociar”, el mismo nos hace notar la relación del término con el sentido de mejoramiento, de superación no solo en sentido económico sino en todos los ámbitos de la vida. Dicho diccionario establece:

*“Negociar: (Del lat. Negotiári) ...2. Tratar asuntos públicos o privados procurando su **mejor logro**”.*⁷

Se negocia cuando se hace un contrato, cuando decidimos un cambio de estado civil, en la mudanza territorial, en los pactos y tratados internacionales y también al comprar una revista o un pasaje de colectivo o al alquilar una vivienda, en fin, en todo acto cuanto supone conversar para conseguir resultados o fines determinados, negociamos durante todo el día, durante toda nuestra vida, muchas veces sin siquiera percatarnos de ello.

La negociación se vuelve un hábito de conducta, un método para alcanzar la felicidad común, una herramienta para la convivencia social y para el bien común. En definitiva, es una herramienta para el mantenimiento de la sociedad.

Pero cuando las posiciones son irreductibles, personalizando las pretensiones sin reconocer sacrificios necesarios para dicha convivencia y pacificación, aquella armonía se quiebra, siendo imperioso hurgar en el conflicto y sus razones.

Aparece allí la urgencia en investigar a conciencia los motivos que producen la controversia y las formas posibles para solucionarlo.

La negociación, en síntesis, es un proceso que les ofrece a las partes interesadas la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos en un esfuerzo para solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo. En este proceso no interviene un tercero en el carácter de órgano decisor o mediador, solo participan las partes.

III. b. Conciliación.

La conciliación es una de las formas más antiguas para resolver disputas humanas. Embrión del modismo, se halla en las formas tribales, para avanzar históricamente afincándose en los consejos de familia, clanes o, tal como lo caracteriza Alvarado Velloso, “reunión de vecinos caracterizados”⁸.

Conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. El verbo proviene del latín *conciliatio*, que significa composición de ánimos en diferencia.

Supone ánimos opuestos, y así lo hace notar el concepto que nos brinda el diccionario de la Real Academia Española cuando dispone:

*“Conciliar: ...Componer y ajustar los **ánimos de los que estaban opuestos entre sí**...”*⁹

En cada una de estas precisiones está presente la intención de solucionar pacíficamente el problema que afrontan voluntades encontradas.

De conciliación se puede hablar en dos sentidos: o proveniente del acuerdo de voluntades que encuentra puntos de acercamiento entre intereses que los enfrentan sin que para ello intervengan terceros; o, también, de la actividad dispuesta por otro en miras a aligerar las tensiones y desencuentros de las partes.

En el primer caso, la conciliación es el resultado de actitudes libres y privadas. En el segundo supuesto, el tercero, denominado “conciliador”, puede ser impuesto por la ley o elegido voluntariamente.

7. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Primera Edición, 1992, ed. Espasa Calpe S.A.

8. Adolfo Alvarado Velloso, *La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses*, en “Revista Uruguaya de Derecho Procesal”, 1986-3, ps. 235 y ss.

9. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Primera Edición, 1992, ed. Espasa Calpe S.A.

Asimismo, este mecanismo, a veces, se establece como presupuesto previo a formalizar el reclamo ante la jurisdicción. Es común encontrar este tipo de procedimiento establecido en una cláusula contractual dando la base para iniciar el desarrollo del mismo en caso de divergencias entre las partes, como requisito previo a la demanda.

Está contemplada en la legislación de muchos países, pero con una importante diferencia entre los que la consideran - siempre y en todo caso - formando parte del procedimiento judicial, y los que la utilizan, además, como un mecanismo obligatorio prejudicial (etapa previa al inicio del juicio) e incluso extrajudicial, como es el caso de las conciliaciones administrativas y de las conciliaciones en equidad.

Entendida en general como *“el intento de un tercero de lograr un entendimiento entre las partes de una contienda o juicio, que implica recíprocas concesiones para llegar a un acuerdo razonable para ambas”*, la conciliación se hace obligatoria para determinados procedimientos judiciales. Es el caso de varias legislaciones que la contemplan como etapa o trámite obligatorio en contiendas y juicios relativos a materias

En nuestro país, la conciliación es obligatoria para los conflictos de trabajo; mientras en otros países se organiza institucionalmente, como acontece en Francia con sus “conciliadores”.

La conciliación pública obligatoria se encuentra también, por ejemplo, en el art. 255 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay, cuando establece que *“no se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley”*.

En líneas generales, la conciliación responde a la justicia coexistencial que refiere Cappelletti, de forma tal que la diversidad de circunstancias y de sociedades permite hallar fisonomías diferentes, aun cuando inspiradas en el mismo modelo.

No hay necesidad de formas ni de procedimientos, basta con establecer un método que ponga en el blanco de prueba las formas de superar la crisis afrontada. La decisión consensuada debe ser la resultante.

La técnica, en cambio, es preciso auspiciarla. La preparación del conciliador es de suma importancia. No basta con tener oficio, debe informarse previamente de la situación, ayudar a las partes a explorar las soluciones factibles y predisponer a la “negociación”. Una vez puesto en materia podrán alcanzarse recíprocas concesiones, según Vescovi¹⁰ conforme esta idea, la conciliación es el marco y la transacción su contenido.

Tal como sostiene el Diccionario Manual Jurídico Abeledo – Perrot, *“...La conciliación no tiene los caracteres de un pleito ni de un procedimiento controvertido, pues en ella la misión del juez se limita a simples exhortaciones y consejos.”*¹¹

La “facultad conciliadora” de los jueces es también una interesante y eficaz herramienta que se ha reconocido y desarrollado en la legislación de varios países. Mediante ella, los jueces (en algunos países los “fiscales de familia”; los “Jueces de Paz”; los “conciliadores en equidad”; y también los “centros de conciliación”), pueden llamar con fines conciliadores a las partes en contienda o juicio en cualquier estado del proceso.

III. c. Mediación.

Comúnmente, la conciliación adscribió a los conflictos derivados de una relación contractual que requiera de soluciones jurídicas, mientras que la mediación asumía el acercamiento de otros intereses enfrentados aun cuando desarrollaba un trámite más sacramental.

Carnelutti sostiene que la conciliación tiene la estructura de la mediación, ya que se traduce en la intervención de un tercero entre los portadores de los dos tipos de intereses en conflicto, con objeto de inducirlos a la composición contractual; sin que la fisonomía de litigio que asume el trámite de mediación excluya posibilidades de arreglo concertadas¹².

Posiblemente, la solemnidad que tuvo en el proceso italiano posterior a 1940, determinó la incredulidad de Denti sobre sus posibilidades reales. Pero actualmente, la mediación ocupa un espacio diferente. Se instala anterior al procedimiento judicial, y fuera de él crece y con mejores variables que las fórmulas comunes de resolver un pleito (el clásico allanamiento, desistimiento, transacción, etc.).

Enseña Sharon Press¹³ que la mediación “es un proceso en el cual una tercera persona neutral, que no está involucrada en el conflicto, se reúne con las partes (que pueden ser dos o más) y las ayuda para que puedan manifestar su particular situación y el problema que los afecta. El mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y las técnicas adecuadas, se puede llevar a las

10. Enrique Vescovi, *La justicia conciliatoria*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal”, 1982-2, ps. 164 y ss.

11. José Alberto Garrone, *Diccionario Manual Jurídico Abeledo – Perrot*, ed. Abeledo Perrot, 1989, p. 200.

12. Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, ed. Cárdenas, México, p. 203.

13. Ex-Directora del Centro de Resolución del Estado de Florida, EE.UU.; cfr. “Revista Libra”, año 1, n° 1, p. 44.

partes hacia los puntos de coincidencia y, si ellas no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión al respecto porque él no puede obligarlas a hacer o aceptar nada. Llegado el caso, ahí termina la mediación”.

La técnica de esta modalidad se despoja de formalismos. Está reducida a una o varias audiencias que, enfrentando “cara a cara” a las partes (o en caso de ser necesario en audiencias particulares), pone de relieve sus posiciones, puntos de conexión y distancia, obrando el mediador tras la solución del caso, sin tener que recurrir a determinados procedimientos vericatorios (esto es, que a nadie se le pide que demuestre tener razón), ni que la opinión que se vierta pueda obligar a alguna de ellas.

Como se aprecia, la mediación parte de una premisa diferente. No se trata de conciliar intereses opuestos que miran una misma situación (contractual o de hecho); sino de encontrar una respuesta pacífica, una alternativa flexible que no tenga el marco preciso de la perspectiva analizada, pudiendo conseguir resultados absolutamente diferentes del cuadro típico que califica la pretensión y su resistencia.

Es decir, por esta vía se puede flexionar el objeto querido, propiciando aperturas y oposiciones tan válidas como las que obran el derecho con que se actúa.

En consecuencia, no se aplican principios consabidos del proceso judicial, tales como la noción de *litiscontestatio*, congruencia, verificación de presupuestos *de iure* y *de facto*, etc.

En la actualidad y en dirección de futuro, la mediación es y será institucional, organizada en diversos centros de atención que atienden una amplia gama de conflictos. Los más comunes provienen de cuestiones de vecindad, laborales, y aún escolares, donde en los mismos establecimientos se fomenta entre los alumnos la idea de constituirse en mediadores entre sus compañeros. Ahora es momento de agregar un tema más a ser tratado en audiencias de mediación, y son aquellos conflictos surgidos de alguna contravención, falta o infracción. Nos encontramos ante la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación del beneficioso procedimiento de mediación a los hechos mencionados, que terminan teniendo una víctima y un victimario.

Sabemos ya que la mediación es un proceso en el que un tercero neutral ayuda a las partes a identificar y satisfacer sus intereses e ideas en relación con la disputa. Sus rasgos característicos son:

- Voluntariedad: Las partes deciden libremente concurrir a la audiencia, permanecer y ponerle fin en cualquier momento si estiman inviable la solución del conflicto;
- Confidencialidad: Todas las conversaciones entre las partes, terceros, letrados y mediador no podrán salir del ámbito de reunión, ni aún al judicial, con la finalidad de favorecer el diálogo y que puedan expresarse con libertad. Para dar seguridad sobre la confidencialidad y garantizarla se firma un convenio comprometiéndose en ese sentido a todos los participantes. Tal característica resulta de esencial importancia en la materia objeto del presente trabajo;
- Flexibilidad del procedimiento: El mediador resolverá el desarrollo del mismo en la norma que estime conveniente para favorecer una mejor comunicación entre las partes, realizando reuniones conjuntas o privadas (caucus);
- Autocomposición: Las partes se darán su propia solución en forma colaborativa, ayudadas por el mediador.

III. d. Arbitraje.

De todas las instituciones descritas, el arbitraje es el que mayor aproximación tiene con el modelo adversarial de litigio común.

Puede definírsele como un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero (o tribunal) para que los resuelva.

El arbitraje está contemplado en la legislación de varios países y en general con la misma comprensión: *“las partes de común acuerdo someten sus controversias futuras y presentes al conocimiento de árbitros o tribunales de arbitraje”*. El ámbito de aplicación del arbitraje está generalmente referido a asuntos susceptibles de transacción, de carácter patrimonial, y en materias de carácter civil y comercial. En algunas legislaciones se incluyen también casos y conflictos laborales (negociaciones colectivas). También se observa la aplicación del arbitraje en las relaciones comerciales internacionales.

Si bien en general el arbitraje es esencialmente voluntario, hay materias o lugares en que se prescribe legalmente el arbitraje como forzoso (partición de bienes en herencia - negociación colectiva – como sucede con algunas disposiciones de nuestro Código Civil (v.gr., arts. 1627, 2621, entre otros). Los procedimientos son relativamente simplificados, y cuando se refieren a la selección y nombramiento del arbitro, las legislaciones exigen que se trate de personas hábiles y capaces para comparecer en juicio. En general se distingue entre “árbitros en equidad” o amigables componedores y “árbitros de derecho”, que deben ser abogados. Excepcionalmente y de acuerdo a la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (1997), se contempla el arbitraje de los jueces.

Existen particularidades de la figura que admiten presentarlos conforme al sistema donde vayan a insertarse.

- (a) El arbitraje voluntario proviene de la libre determinación de las partes, sin que preexista un compromiso que los vincule.
- (b) El arbitraje forzoso, en cambio, viene impuesto por una cláusula legal o por el sometimiento pactado entre las partes antes de ocurrir el conflicto.
- (c) El arbitraje puede ser jurídico o de equidad; en el primer caso se requiere de jueces capacitados en la materia a resolver; mientras que en el otro basta con los buenos oficios (amigable composición).

A su vez, la elección de la vía supone recurrir a árbitros libremente seleccionados, o bien designar a un organismo especializado (arbitraje institucionalizado).

Respecto a las formas ellas pueden ser pactadas o derivadas a las reglamentaciones procesales ordinarias. También se pueden aplicar las que surjan de las disposiciones internas de los cuerpos de árbitros organizados (v.gr., Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Bolsa de Comercio de Mar del Plata, Uncitral, etc.).

La decisión (laudo) obliga pero no somete, es decir, determina efectos que vincula el derecho de las partes, pero la inejecución no tiene sanciones de árbitros. En su caso, son los jueces ordinarios quienes asumen la competencia ejecutiva.

El arbitraje (al igual que los demás Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en general) tiene grandes bondades de reflejo inmediato (celeridad, disposición absoluta entre las partes, informalismo, economía de gastos y esfuerzo, etc.); sin embargo, no existe aun adecuación entre el índice de litigiosidad común y el número de arbitrajes.

En nuestro país, la experiencia potenciada a partir de numerosos tribunales de arbitraje creados por distintas entidades (v.gr., colegios de escribanos, abogados, contadores, entre otros) va en ascenso, aunque son aún comparativamente pocos los casos bajo estudio.

En síntesis, el arbitraje es la facultad discrecional confiada a un tercero (unipersonal o colegiado) al que las partes han sometido un litigio para que lo decida.

III. e. Antecedentes Normativos Nacionales.

En nuestro derecho, contamos con varias normas involucradas en los temas recién referidos, algunas de dichas normas son, entre otras, las siguientes:

- Código Civil: art. 1627, determinación del precio del trabajo por árbitros cuando no esté determinado; art. 2621, determinación de reglamentos en el país en relación a restricciones y límites del dominio, entre otros.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: arts. 736 y ss. relativos al proceso de juicio arbitral.
- Ley 24.635 y normas reglamentarias (dec. 1169/96): Procedimiento laboral. Conciliación obligatoria previa.
- Ley 24.573, ley 25.287 y normas reglamentarias (dec. 1021/95 y ss): Mediación y conciliación obligatoria.
- Ley 24.240: Ley de Defensa del Consumidor, tribunales arbitrales (art. 59).
- Ley 24.322: Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- Decreto 276/98: Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo.

Cabe hacer mención al avance logrado con el dictado de la Ley 24.573 (y normas complementarias), que estableció el sistema de mediación obligatoria, el cual inició en nuestro país un proceso de toma de conciencia de todos los abogados y hombres y mujeres relacionados con el derecho.

Dicha normativa ha dado un empuje evidente en lo referido a los sistemas alternativos de resolución de conflictos, impulsando en nuestro sistema una nueva herramienta necesaria para la pacificación. Considero que es hora de complementar lo logrado con la Ley 24.573, ampliando su ámbito de aplicación para lograr la mediación víctima – ofensor.

Capítulo IV. Sistema de Mediación Víctima - Ofensor.

Sumario: a. Introducción. b. Inicios. b. i) De humilde comienzos.
c. Concepto y características de los Programas de Mediación de Víctimas – Ofensores Concepto.
c. i) Un modelo de mediación con una característica especial: La Neutralidad.
c. ii) Conflictos, dudas y temores sobre la mediación víctima - ofensor.
¿Como manejarse en las audiencias? El encuentro cara a cara.
c. iii) Características del encuentro.

IV. a. Introducción

Repasados y analizados los clásicos Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, en adelante desarrollaré los sistemas de mediación víctima – ofensor y su posibilidad de aplicación en nuestro país, con el objetivo mediato de lograr lo que en la actualidad se denomina “justicia restauradora”.

IV. b. Inicios.

Inicialmente, las disputas de caracteres similares a las que hoy llamamos contravenciones, infracciones o delitos, se resolvían entre los directamente involucrados (víctima – ofensor directamente), con o sin la participación de sus entornos. El sistema aceptado ponía a los dos protagonistas frente a frente, cara a cara, como adversarios iguales, que podían sufrir idénticas consecuencias según el resultado del enfrentamiento.

El antecedente más citado de esta forma de resolver los conflictos son las ordalías germanas; sin embargo lo que se conoce como sistema acusatorio se perfiló recién con el nacimiento de la formalización en el campo de la aplicación de las normas (paso de la ordalía al juicio). Probablemente esta formalización se justifique por la necesaria presencia de un tercero que venga a jugar el papel de regulador formal del conflicto, como presencia simbólica del interés que la sociedad tiene en que ese conflicto sea resuelto de forma pacífica. Aquí, claramente, el tercero aparece como garante, y no como representante total de un cuerpo social cuyo derecho ha sido violado.

IV. b. i) De humildes comienzos

Los programas de mediación modernos realizados con la participación directa de la víctima y del ofensor se disparan y nacen de un *leading case* que tiene lugar en una planta de granos en Kitchener, Ontario, Canadá, hace mas de 20 años, después de que dos muchachos intoxicados con drogas prohibidas (de 18 y 19 años) estuvieron en una violenta destrucción de un total de 22 autos. Había ventiladores, espejos, parrillas y luces, autos con radiadores rotos y cubiertas pinchadas. Ese tipo de cosas no ocurrían todos los días en la pequeña y tranquila ciudad de Kitchener y la gente se sentía ultrajada.

Los chicos no tenían antecedentes de ofensas. Su *oficial de probation*, que había sido anteriormente un voluntario de justicia en una comunidad menonita, penso que no era el castigo lo que ellos necesitaban. Él le recomendó al juez que “debería haber algún valor terapéutico si esos dos jóvenes hombre se encontraban personalmente con las víctimas de sus numerosas ofensas”.

Primero el juez no presto atención a la recomendación y la rechazó por que “no tenia bases en la ley”. Pero después de la sentencia, ordenó a los muchachos hacer lo que el *oficial de probation* recomendaba.

Mientras el oficial de observaba, los muchachos fueron a las casas y negocios de las 22 víctimas del crimen. Ellos admitieron el crimen y llegaron a un acuerdo para la restitución de las perdidas de las víctimas. Tres meses después, los muchachos habían cumplimentado los acuerdos y pagado perdidas por u\$s 2.500. La comunidad experimentó la significancia de algo que el castigo no le podía proveer, y así nació el primer Sistema de Mediación Víctima – Ofensor norteamericano. Poco después el nuevo programa Kitchener fue copiado en Elkhart, Indiana estableciendo el primer VORP (Victim – Ofender Resolution Program) en los Estados Unidos.

La mayoría de los Programas de Resolución entre Víctimas y Ofensores estaban basados en la comunidad, y la mayoría estaban relacionados con Iglesias, en general menonitas, La Oficina del Comité Central Menonita en Crimen y Justicia continúa proveyendo información, recursos, entrenamiento y soporte para los programas mundiales de víctima ofensor.

IV. c. Concepto y nociones de los Programas de Mediación de Víctimas – Ofensores.

El Programa de Mediación Víctimas – Ofensores (VOMP: Victim Ofender Mediation Program) se conoce también como el Programa de Reconciliación de Víctimas - Ofensores (VORP) y carea a los ofensores con

las víctimas de delitos o infracciones, con la asistencia de un mediador entrenado, quien es generalmente un voluntario de la comunidad. El crimen se personaliza a medida que los ofensores aprenden las consecuencias humanas de sus acciones, y las víctimas (que han sido largamente ignoradas por el sistema de justicia formal) tienen la oportunidad de abrir sus mentes y hablar de sus sentimientos a quien debe escucharlos, contribuyendo al proceso de escucha de la víctima. Estas virtudes del sistema lo tornan altamente necesario en una sociedad como la nuestra, donde se pide cada vez mayores penas y donde se olvida cada vez más a las víctimas y a los ofensores en sí.

Los ofensores toman una responsabilidad importante por sus acciones mientras median por un acuerdo de reparación con la víctima, para restaurar las pérdidas de la víctima, de todas las maneras posibles. La restitución puede ser monetaria o simbólica, puede consistir en trabajo para la víctima, servicio comunitario o alguna otra cosa que cree la sensación de justicia entre la víctima y el ofensor.

El programa de mediación víctima – ofensor ha estado mediando justicia entre las víctimas de crímenes y los ofensores por más de 20 años, existen actualmente más de 300 programas en Estados Unidos y Canadá y alrededor de 700 en Inglaterra, Alemania, Escandinavia, el Este de Europa, Australia, Nueva Zelanda y otros países. Existen serias estadísticas de un sector de los programas de Norteamérica que muestran que dos tercios de los casos a los que se refirió resultaron en una mediación cara a cara, y más del 95% de los casos mediados resultaron en un acuerdo de reparación escrito, y más del 90% de esos acuerdos de reparación fueron completados en el periodo de un año. Por el otro lado, el promedio actual de pagos de restitución ordenados por los juzgados (en EEUU donde se aplica mayormente este sistema de mediación) es generalmente del 20-30%.

¿Por qué hay tanta diferencia en el cumplimiento de las restituciones? La experiencia muestra que raramente los ofensores consideran a la recomposición ordenada por la corte como una obligación moral. Pareciera que es algo impuesto contra ellos por un sistema de justicia impersonal. Por una justicia que, en nuestro país, está cada vez más desprestigiada. Cuando la obligación de restitución es voluntaria y cara a cara, encontrándose con las víctimas de sus crímenes, los ofensores lo experimentan de una manera diferente. Probablemente lo más importante es que después de encontrarse con sus víctimas los ofensores cometen crímenes menos serios y en menor cantidad que los ofensores que son procesados por el sistema de justicia formal.

IV. c. i) Un modelo de mediación con una característica especial: La Neutralidad.

La neutralidad, tal como la entendemos en la mayoría de los marcos de resolución de conflictos (civiles, comerciales, laborales), requieren que el mediador no “acuerde” con ningún de las partes en las cuestiones que se disputan. El rol de “neutral” requiere que el mediador no favorezca de ninguna manera a ninguna de las partes. El mediador no debe “tomar partido” y no debe hacer juicios de cosas correctas o incorrectas sobre las acciones de las partes en disputa”.

Cuando se ha cometido una falta grave, el mismo concepto de neutralidad pareciera no ser el apropiado. En la mayoría de los casos, algo equivocado ha hecho la otra persona. Las partes, por lo tanto, concurren al programa de mediación víctima - ofensor como una persona equivocada y una persona que hizo algo equivocado. Si no se hubiera cometido nada equivocado (en la mayoría de los casos) estas personas no hubieran concurrido al programa.

La justicia de restauración es justamente la forma de tratar estas equivocaciones de una manera trascendente y de reconciliación. Por estas razones, así como salvaguardan la posibilidad de re-victimización de la mediación, los modelos vigentes de programas víctima - ofensor raramente median con ofensores si estos no admiten haber hecho algo equivocado, o hayan sido condenados por la ofensa. La ausencia de admisión o condena, significa que los individuos son “la persona acusada” o el “condenado”, pero no el “ofensor”.

Siendo sensible a las necesidades de las víctimas, se requiere el reconocimiento directo del hecho equivocado a la víctima. Las víctimas necesitan escuchar “esto no debería haberte pasado, no es tu culpa, no lo mereces”. Este proceso de facilitar el reconocimiento de los ofensores generalmente requiere de ayuda para que ellos reconozcan su equivocación y su responsabilidad en el hecho. Los mediadores son neutrales a los individuos – están ahí para beneficio de ambos, la víctima y el ofensor. Pero no deben ser neutrales con lo que constituye un acto equivocado. Es un modelo diferente de neutralidad, altamente necesario para que estos programas funcionen. Es inviable aplicar estos programas sin tener en cuenta el punto que acabo de mencionar.

En algunos casos, es difícil pero no imposible determinar quien es la víctima y quien es el ofensor. A veces la distinción está basada apenas en qué parte llamó a la policía o hizo la denuncia. En estos casos donde no es claro quien hizo el daño, lo que tenemos enfrente de nosotros es una disputa y no una equivo-

cación. El mediador víctima - ofensor debe estar preparado para “cambiar la marcha” de acuerdo al caso de que se trate.

La distinción entre los modelos de neutralidad también es importante para los recientemente entrenados en la mediación víctima - ofensores que han tenido, en la mayoría de los casos en nuestro país, un entrenamiento de mediación civil.

Ellos se han entrenado en el modelo de neutralidad tradicional de las disputas civiles, que es por lejos uno de los más conocidos. La mediación víctima – ofensor es única. Los hechos que los motivan son distintos. Ha no ser que se clarifique esta distinción, mediadores entrenados previamente siempre tienen serias dificultades cuando se acercan y reconocen una “equivocación”. Ellos creen que deberían ser neutrales en todos los aspectos, cuando en realidad ellos deben distinguir lo correcto de lo equivocado. Esto puede producir un fracaso en la aplicación del sistema de mediación víctima – ofensor.

IV. c. ii) Conflictos, dudas y temores sobre la mediación víctima - ofensor. ¿Como manejarse en las audiencias? El encuentro cara a cara.

Los temores sobre cómo gestionar un caso de esta naturaleza, en un sistema de resolución alternativa de conflictos, siempre teniendo en consideración lo expresado en el punto precedente acerca de la neutralidad, también son frecuentemente infundados. Básicamente, lo único que necesita aquel que se proponga actuar como tercero en un conflicto de estas características es buena disposición para escuchar, ubicuidad para abstenerse de la censura de los sentimientos y emociones, empatía para conocer a los protagonistas del suceso y para ayudarlos, sobre el final del cara a cara, a enfocar sus energías en la reparación de los daños y en la formación de un grupo de pautas de convivencia a futuro. Esto último, no es otra cosa que separar la *posición* que se asume frente al hecho pasado (reproche de lo que ocurrió –en la víctima- y las explicaciones), de *interés* (representado por la pregunta ¿cómo mejoro mi vida futura?).

Existe otro grupo de interrogantes que surgen cuando se especula sobre la posibilidad de llevar adelante casos “infracionales” en un sistema alternativo, son las denominadas por la doctrina como “dificultades extrasistemáticas”. Éstas aluden directamente a la existencia del propio sistema penal y a la cultura del castigo. La existencia del sistema penal como sistema de apropiación de los conflictos, como sistema de disciplinamiento de las respuestas (siempre punitivas, siempre mutilantes, siempre estereotipadas) ante conflictos humanos, hace que nos preguntemos si alguien distinto del Estado puede intervenir en un conflicto en el que, según parece, es él quien tiene el “derecho de pernada”, y esto mas allá de su actual desprestigio como sistema de solución.

Preocupaciones como la posible violación de los derechos humanos cuando un sistema alternativo de resolución de conflictos interviene simultánea o sucesivamente con el sistema penal, o el problema de la ampliación *ad-infinitum* de la red de control social, o el de la creación de una justicia “paralela” en el marco de un Estado de derecho, son temas que deben enfrentarse a la hora de pensar en sistemas de mediación víctima – ofensor.

La tentación de establecer sistemas de composición del conflicto (con mayor o menor pretensión de informalidad) dentro de la lógica de un sistema formal es sin duda una preocupación que debemos mantener viva si no queremos violar las garantías del imputado; como contracara de ello, el problema del facilitador que, desde una posición que en la teoría de la mediación se define –y se acepta- como “directiva”, interviene definiendo el conflicto según su propio criterio de relevancia y asigna valor a cada solución propuesta (o directamente, propone soluciones), es que estará creando una justicia de “segunda”, informal, donde sin acuerdo del Poder Legislativo se habrá entronizado en el lugar de juez, decidiendo según criterios abstractos (procedimentales o éticos) siempre ajenos a las partes; con ello estará restando legitimación a su lugar y todo el movimiento mediador que haya realizado.

Los principios por los que se rige la actuación del facilitador de un sistema alternativo que se ocupa de casos infraccionales son básicamente los mismos que los de la resolución de conflictos no penales. Voluntariedad, confidencialidad y neutralidad (con la característica referida) son las bases para que la actuación de un tercero sobre un conflicto ajeno pueda enmarcarse en los principios de la mediación.

No obstante, cuando de casos víctima - ofensor se habla, debe incluirse un cuarto principio, que como parte de la ideología de la mediación está de una u otra manera presente en la mayor parte de los manuales y documentos¹⁴, significa que el mediador debe comportarse, respecto de las partes, como alguien sin poder sobre ellas, que obtiene la legitimación de su intervención por la aceptación de ambos. Este principio aportará la imprescindible nota diferenciadora entre el sistema alternativo informal de resolución de conflic-

14. Por ejemplo, los estándares de conducta de SPIDR (*Society of Professionals in Dispute Resolution*), la AAA (*American Arbitration Association*) y la ABA (*American Bar Association*), incluyen como primer estándar la autodeterminación, que significa basar la posibilidad de acuerdo en la voluntad y la *ausencia de coerción* sobre las partes.

tos y el sistema judicial de persecución pública, caracterizado por la figura fuerte del Estado que desplaza a la víctima de su lugar de dueño del conflicto. Si el facilitador asume un papel similar, el principio general de devolución del conflicto a las partes se romperá, surgiendo con toda fuerza un sistema de adjudicación disimulada, sin las garantías de la adjudicación explícita (defensa, inocencia, juicio justo, etc.).

Frente a la evidencia de un mediador “directivo” las partes reasumirán el lugar de sujetos de la decisión del tercero, y con éste dirimirán sus pretensiones; a poco de andar, estaremos nuevamente en un sistema apropiador, donde víctima y ofensor jugarán, una vez más, al juego de los pedidos no satisfechos por el poder.

En estrecha conexión con ello no pueden dejarse de lado dos cuestiones: la de la alternatividad (definida como relación estructural entre el sistema alternativo y el sistema de enjuiciamiento penal) y la de la pertenencia del sistema alternativo (¿Dentro del sistema penal? ¿Fuera de él pero dentro de otro órgano estatal? ¿En la comunidad?).

Alternatividad: un sistema de mediación víctima - ofensor puede ser creado como alternativo al sistema penal, al proceso penal y a la pena. Será alternativo al sistema penal cuando procese casos en los que aún no se ha ejercitado regularmente la acción penal (donde no se ha hecho la denuncia, o donde hecha ésta no hay aún instancia de parte para los delitos que la requieren, donde el fiscal no ha requerido la instrucción. En definitiva, la decisión deberá ser tomada a la luz de cada sistema procesal penal en particular.); será alternativo el proceso cuando, al momento de la derivación del caso a la mediación, el proceso penal ya ha sido regularmente iniciado y aún no se halla sustanciado el juicio de culpabilidad; será alternativo a la pena cuando la derivación se produzca luego del juicio de culpabilidad, antes de la individualización de la pena, o posteriormente¹⁵.

Lo que en realidad hay que tener en cuenta, sea cual fuere el tipo de alternatividad que se aplique, es que estos niveles de “alternatividad” funcionan correctamente, siempre que el acuerdo (o el acuerdo exitoso, cumplido) tenga virtualidad paralizadora del funcionamiento de la maquinaria penal, si esto no es así, el encuentro víctima – ofensor no habrá sido un sistema de resolución alternativa, sino otro sistema de solución que vendrá superpuesto al estatal; en estos casos, la pregunta es ¿cuál es el beneficio para el imputado?, y en segundo lugar ¿qué es lo que podían decidir realmente?

Pertenencia: los casos que se llevan adelante por medio de un procedimiento de resolución alternativa de conflictos entre víctima y ofensor pueden provenir de distintas fuentes y ser tratados por personas más o menos relacionadas con el sistema adversarial (formal, judicial) de resolución de disputas. Conforme a este criterio clasificador (al que se conoce como de pertenencia), un sistema de mediación víctima - ofensor puede ser caracterizado como *comunitario* (cuando obtiene los casos de la comunidad o de la víctima o el ofensor directamente y los procesa un mediador no profesionalizado), *retenido* (cuando se trata de casos ingresados al sistema penal procesados por personas que pertenecen al mismo sistema –fiscales, jueces, asistentes directos de alguno de ellos, etc.-) o *derivado* (cuando los distintos órganos del sistema criminal derivan el caso a un sistema de resolución alternativa de conflictos alojado dentro del Estado pero fuera del sistema adversarial o directamente en la comunidad misma).

Definidas así estas cuestiones, podemos ver que la magnitud y la pertinencia de los peligros extrasistemáticos producidos por la existencia del sistema penal está relacionada con la mayor o menor alternatividad del sistema de mediación víctima - ofensor y con su pertenencia: si el sistema es comunitario y funciona como alternativa al sistema (previo a la existencia formal de una imputación penal), pero, en cambio, dada la presencia simbólica/real del sistema penal, debe ponerse especial énfasis en la protección de las partes frente a la posibilidad de una acción penal posterior (entre otras cosas, deberá asegurarse la absoluta e irrestricta confidencialidad, la horizontalidad del procedimiento y la voluntariedad en todos los momentos); por último, la caracterización del mediador debe poner especial énfasis en evitar el ejercicio permanente de actos de poder que lo tornen un juez informal.

Si se trata de un sistema de alternatividad media inserto en el sistema penal (mediación retenida como alternativa al proceso) el problema de las garantías constitucionales que pudieran verse comprendidas por la introducción de una lógica informal dentro de un sistema formal cobra especial importancia (habría aquí serios problemas de colisión entre el deber de confidencialidad inherente a todo mediador y el de denuncia inherente a todo habitante en ejercicio de la función pública, problemas que no se darían si se tratara de mediación derivada o comunitaria), a la vez que debería cuidarse de no enviar (mediante procedimientos de

15. Esta distinción es pertinente para sistemas de enjuiciamiento en los que exista cesura del debate (suspensión del debate luego de la declaración de culpabilidad para diferir la discusión de la pena a otra audiencia donde es posible aportar prueba tendiente a disminuir –el imputado y su defensor o el fiscal a favor del imputado- o aumentar –el fiscal y la querrela, cuando la hay- la reacción penal contra el condenado).en nuestro derecho positivo existe cesura del debate en la ley penal de menores (22.278).

derivación poco cuidadosos) al sistema de resolución alternativa casos en los que el sistema judicial formal decidiera no intervenir, en función de la ampliación desmedida de la red de control social¹⁶.

Finalmente, los casos alternativos a la pena son aquellos que el riesgo para las garantías (tal vez excepto la garantía de *ne bis in idem*) es mínimo, pero a la vez la ampliación de la red es máxima; paralelamente, la tentación del mediador de “usurpar” el lugar del juez frente a alguien condenado, será sin dudas difícil de vencer.

Como última faceta de los problemas extrasistemáticos está el de nuestra “educación para el estigma”, o lo que es lo mismo, la cultura de la pena como punto de partida de los razonamientos del facilitador, de la víctima y del propio ofensor a la hora de enfrentar la posibilidad de resolver un conflicto sin imponer dolor a alguien. Tal vez pueda resultar sorprendente para quienes no han practicado nunca la resolución de conflictos de este tipo, escuchar que éste es más un problema de actitud del mediador que del ofensor y de las víctimas, así se ha demostrado en las experiencias adoptadas.

Tanto la víctima como el ofensor, aun cuando es posible que sostengan un discurso con dejos retributivos al principio del contacto son quienes, más rápidamente, advierten que la pena para el responsable del hecho no les dejará nada de aquello que pretenden cuando concurren a la policía a hacer la denuncia, y esto aun cuando se trate de casos donde no existía un vínculo previo entre ellos. Las víctimas saben que la satisfacción de sus necesidades no vendrá de la mano de un sistema en el que su participación será marginal y no voluntaria. El ofensor, por su parte, sabe que sus oportunidades para mejorar lo hecho y para hacerlo y para hacerse escuchar con voz propia son las del sistema informal. Sabe que el derecho penal lo verá más como a un destinatario que como a un sujeto, y que el hecho, que pudo haber sido episódico en un contexto relacional, será visto como lo único que importa en el proceso.

Por eso, tanto cuando ambos deciden participar de una mediación víctima – ofensor como cuando deciden no hacerlo después de haber recibido la propuesta, saben con bastante precisión lo que hacen, lo que arriesgan y lo que podrán obtener. Esto conduce a afirmar, sin dudas, que si se logra prescindir de la cultura de la culpa y el estigma cuando pensamos un sistema de resolución alternativa de conflictos, los únicos hechos que no podrán tratarse en el sistema son aquellos en los que una o ambas partes digan *no*.

El real problema está en la actitud del facilitador, que debe precaverse de su propia capacidad de prejuicio respecto de quién es quién en el juego cara a cara. Sobre todo cuando las partes tienen una relación previa, los papeles de víctima y ofensor suelen ser intercambiables, aunque no siempre las agresiones de un lado tienen la misma intensidad que del otro. Sin embargo, cada episodio de desencuentro entre las partes probablemente haya creado en ellas la visión de ser las víctimas, sea de una relación que está desequilibrada o sea de circunstancias fortuitas o provocadas que las llevaron al hecho por el que se las convoca.

Cuando detrás del conflicto que aparece en la superficie, denominado en general por la doctrina como “conflicto emergente”, hay un conflicto subyacente, la identificación temprana del facilitador con una de las partes que aparece como víctima o como ofensor puede ser un error grave, que no solamente llevará al fracaso de la intervención, sino que incluso puede desatar un episodio de victimización simbólica para cualquiera de los involucrados o (directamente) de violencia física o verbal durante el encuentro cara a cara o después de él.

Paralelamente, no deberían minimizarse los efectos sobre la propia víctima que una visión paternalista de su papel puede tener. Considerar a la víctima, sin más, la parte débil en la audiencia puede llevarla a asumir una función pasiva, de persona demandante a quien las cosas le ocurren por gracia divina. Si esto es así, no se la habrá ayudado a salir del lugar de quien necesita un vástago para caminar en un mundo complejo, lleno de contradicciones y de problemas.

El facilitador debe asumir que está allí para regular un encuentro en el que se discutirá una historia de la que poco sabe; abordar el encuentro desde una perspectiva protectora para con la víctima y ejemplificadora para con el ofensor sólo lo conducirá a ser cuestionado, antes o después, en su papel de tercero. Sólo deberá separar, sin precipitaciones, lo correcto de lo equivocado.

Resulta importante resaltar que el mediador debe necesariamente trabajar para mejorar la comunicación entre las partes, clarificando la comprensión de los intereses o preocupaciones subyacentes y observando las fuerzas y flaquezas de las posturas jurídicas de las mismas, para explorar en definitiva, las consecuencias de la falta de acuerdo, generando opciones para una resolución de la disputa mutuamente satisfactorias.

16. Se trata aquí de casos como el de una persona joven, sin antecedentes, que es imputada de un hurto en un supermercado, y que fue aprehendida y requisada por personal de seguridad privada de la empresa. En estos casos, el sistema judicial suele no iniciar la acción, puesto que considera ilegítima la prueba practicada por particulares. Derivar estos casos hacia un sistema alternativo implicaría llegar con el brazo de la justicia más lejos de lo que ese brazo puede llegar.

IV. c. iii) Características del Encuentro.

Desde el punto de vista estrictamente procedimental, puede decirse que los sistemas de mediación que tratan conflictos contravencionales, infraccionales, correccionales, etc., generalmente ingresan al conflicto con al menos un par de audiencias previas y por separado para cada protagonista; después de repetir la secuencia, y cuando éstas ya resultan insuficientes para delinear el o los objetos de la discusión y para dejar a las partes expresar sus sentimientos y evaluar sus intereses, el caso está preparado para la confrontación cara a cara.

Ésta no difiere sustancialmente de las que se llevan a cabo para facilitar la solución de un conflicto civil, comercial o laboral, pero debe plantearse como uno de los puntos de partida, la tolerancia frente la explosión de emociones (siempre dentro de cierto marco) y frente a la necesidad de los protagonistas de decir cosas aunque éstas parezcan, según la óptica del facilitador, irrelevantes.

Normalmente, luego de uno o dos encuentros cara a cara las partes llegan a un acuerdo, que si así lo desean puede ser plasmado por escrito, conteniendo una descripción del comportamiento futuro que cada uno espera para el otro. No siempre este acuerdo versa sobre prestaciones dinerarias a favor de una de las partes¹⁷, sino sobre toda una gama de convenciones cuya protocolización, en muchos casos, deviene innecesaria.

El cumplimiento del acuerdo no siempre es “vigilado” por alguien; en algunos casos, simplemente se informa a las partes que si tienen algún inconveniente pueden solicitar una nueva intervención del sistema; en otros el acuerdo asume la forma de un contrato de derecho privado cuyo cumplimiento forzado puede ser demandado ante la justicia civil, en otros se confía al facilitador, a otra persona perteneciente al sistema de resolución alternativa de conflictos, a la comunidad o a un órgano de vigilancia similar a nuestro patronato de liberados¹⁸.

El convocado a un encuentro de resolución alternativa de conflictos como ofensor sabe, hoy mas que nunca, que un comportamiento agresivo y desaprensivo respecto del hecho y sus consecuencias no va a dejarlo en un mejor lugar que el que tiene actualmente; la idea de una víctima que, saliendo de su lugar de sujeto pasivo de la agresión actúa un papel en el conflicto, provocando la convocatoria a un encuentro cara a cara, muestra a una víctima inquieta, cuyo deseo de respuesta no satisfecho será canalizado probablemente ante un tribunal, y esto el ofensor (con independencia de su condición social), lo sabe¹⁹. La victimología, por otra parte nos enseña que la víctima poco tiene para ganar y mucho para perder en el tránsito por el sistema de enjuiciamiento criminal o contravencional, y esto también es un conocimiento asequible para cualquier ciudadano argentino a finales del siglo XX.

El mediador tiene un rol fundamental, su neutralidad no debe confundirse con expresiones de pasividad, por el contrario tiene un protagonismo muy activo. Si bien no fuerza situaciones, ejerce una motivación, procurando en el marco de ciertos cánones aunar voluntades para así efectuar la mediación.

Quienes han cometido una infracción y son derivados para mediar (acorde a variables predeterminadas), en una primera instancia, perciben cierta singularidad en el instrumento, despertando dudas, temores e inseguridades, lo que se va despejando en el tránsito de las entrevistas. En la medida que el espacio les ofrece seguridades y posibilidad de diálogo, va aumentando la confianza.

Por otro lado, una persona que sufrió un perjuicio, aún meramente económico, puede vivir ciertos trastornos psicológicos, (se suele sentir abandonada, incomprendida, padecer ansiedad, rencor) que pueden derivar en una “victimización”. Este sentimiento de padecer por culpa ajena, puede generar una disminución de la autoestima, que derive en producir sentimientos de autoculpabilización. En otro tipo de respuesta, la “marginación” que tradicionalmente siente en el proceso penal puede generar un sentido de venganza y necesidad de justicia individual.

Por lo que en general es bienvenido poder participar en un proceso donde se podrá encontrar con un profesional que le ofrece un espacio de comprensión y la posibilidad de reunirse con quien lo perjudicó, quien le manifestará su arrepentimiento y procurará encontrar la forma de reparación.

Con la confrontación y los tipos de respuesta que se produzcan se propicia una mejor disposición de la víctima hacia el ofensor y dialécticamente se contribuye a una mejor responsabilización del ofensor frente a la víctima.

Esta es la forma, a grandes trazos, en que se gestiona un encuentro alternativo de resolución de conflictos entre víctimas y ofensor en la mayor parte de los programas que existen alrededor del mundo, y sin apartarse de estos rasgos básicos, es como debe aplicarse en nuestro sistema.

17. De hecho, conforme *Justidata*, n° 8, Ed. Generalidad de Cataluña, Departamento de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Barcelona, julio-octubre de 1994, en el sistema catalán los acuerdos con prestaciones patrimoniales llegan únicamente al 23 % del total de los casos en los que se llegó a un acuerdo

18. Esta última opción se da para casos de mediación penal derivad, concepto explicado más adelante.

19. Sobre el particular problema de la presión para negociar sobre el ofensor que supone la existencia del sistema penal como la otra posibilidad de la víctima, puede verse Montezanti, *La lógica interna en la solución de los conflictos particulares*.

Capítulo V

Aplicación de la Mediación Víctima - Ofensor en nuestro derecho como método alternativo de resolución de conflictos y pacificación social

Sumario: a. Introducción. Orientación. b. Repaso del marco normativo involucrado.

b.i) Ley 24.573. Mediación y Conciliación Obligatoria. **b.ii)** Principio de Legalidad.

b.iii) Principio de Oportunidad. **b.iv)** Marco normativo de la Provincia de Buenos Aires.

V.a. Introducción. Orientación

Nuestro derecho penal admite un estilo de justicia retributiva. El mismo se caracteriza por la imposición de una pena a un delincuente por parte del estado; la relación es entre el Estado y el delincuente, quienes son los protagonistas principales, vemos así que el Estado se apropia de los conflictos de los particulares, sin tener en cuenta a la víctima. En este tipo de sistema si la pena es la única respuesta al delito la solución podría ser elevar las penas y convertir otras conductas en delictivas.

Al respecto el Dr. Elías Neuman²⁰ opina “Bajo la inspiración del derecho penal liberal y pese a las garantías que inviste como forma de reducir y contener en cierta forma el poder punitivo, la víctima queda a la intemperie. Es dejada a un lado, porque ya no se la incluye, en realidad se la aparta, de la reparación de daños o cualquier otro tipo de resarcimiento. La víctima relegada ahondará su ostracismo, porque no interesa a la política criminal y al paradigma de la pena así implementado por la sociedad. Aparece como una esclava de un sistema de poder que la rebasa a la espera, en ciertos casos, de que la obesidad burocrática de la mano de un juicio penal, satisfaga apenas su pretensión punitiva, pero sin que nadie interroge sobre qué es lo que realmente desea o cómo se vería resarcida”.

Históricamente, tal como se explicó en el presente trabajo, el proceso de resolución de disputas no se inicia con el proceso legal, sino que hubo una larga evolución en los métodos hasta llegar al monopolio de la fuerza en un órgano del Estado como remedio casi único. Por ende no debemos caer en la idea ahora que la mediación podrá ser utilizada como la única herramienta para cualquier tipo de disputa, sino que debemos referirnos a cuestiones más delicadas de la teoría del conflicto, y es la que se refiere a la administración del conflicto, es decir al uso de la mejor herramienta para el problema que se nos presenta. Por ello, en principio no debemos clasificar cuales delitos se intentarían dirimir mediante la mediación víctima – ofensor y cuales no, sino que debemos ver más allá y analizar el “conflicto” de que se trate.

El conflicto es y será siempre inherente a la vida. Entonces resulta necesario pensar cuál será la respuesta para lograr el bienestar social e individual, y plantear una opción en la forma de dirimir conflictos, adoptando un modelo basado en la cooperación y pacificación.

La mediación víctima – ofensor puede actuar como medio de prevención social de futuras disputas.

Como meta última, más ambiciosa y a más largo plazo, puede pensarse en la educación para la convivencia pacífica.

Con respecto a qué delitos sería aplicable, como ya dije, tendríamos que pensar en el tipo o clase de conflicto, y no de delito, ya que muchas veces se puede caratular una causa como “amenazas”, y cuando investigamos los intereses y necesidades de las partes descubrimos que la amenaza es la parte visible de otro problema que podría caratularse bajo otro tipo legal.

A veces puede ser más fácil mediar en un “homicidio culposo”, que en un “conflicto vecinal”, por la dureza y falta de cooperación de la víctima.

No obstante a la hora de establecer un criterio orientativo podría comenzarse con delitos de “baja ofensividad o bagatela”, tal como lo ha hecho hasta el momento el Centro de Mediadores del Departamento Judicial de Mercedes, en su loable experiencia a la cual me referiré más adelante.

V.b. Repaso del marco normativo involucrado:

A continuación realizaré un repaso de la principal legislación involucrada en el tema tratado. Dicha legislación deberá ser, en principio, reformada, o al menos reinterpretada, si se intenta introducir en nuestra normativa el sistema de mediación víctima – ofensor.

20. Elías Neuman, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Ed. U. Bs. As., 1994.

V.b.i) Ley 24.573. Mediación y Conciliación Obligatoria.

La Ley 24.573 instruye con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio y reglamenta el procedimiento correspondiente, pero en su art. 2 excluye del ámbito de aplicación de la mediación obligatoria a las causas penales.

Como ya he mencionado anteriormente, dicha ley produjo un cambio positivo rotundo en lo que refiere a los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. Pero en la actualidad, considero que la misma a quedado por detrás de las circunstancias. Es hora de ampliar el ámbito de aplicación de la ley referida y lograr un mecanismo de mediación víctima - ofensor en nuestro sistema judicial.

De todas formas, no hay inconveniente en que dicha ley excluya de la mediación previa y obligatoria a las causas penales, en cuanto dicha mediación sea facultativa para el órgano judicial que decida qué causas merecen ser tratadas mediante mediación que devuelva el protagonismo a la víctima y al ofensor.

Dicha ley determina que las causas penales no deben cumplir obligatoriamente con el requisito de la mediación, pero dicha mediación puede llevarse a cabo facultativamente en algunos conflictos determinados.

V.b.ii) Principio de Legalidad.

La acción de la persecución penal al Estado es una de las principales características de nuestro sistema de administración de justicia penal.

La adopción del principio de oficialidad, conforme al cual la persecución penal es promovida por órganos del Estado, ha favorecido la imposición a tales órganos del deber jurídico de hacerlo. Esto se conoce como principio de legalidad procesal, cuyo fundamento se encuentra en el art. 71 del Código Penal, que establece que “Las acciones penales se iniciarán de oficio...”.

Este deber jurídico que recae, por cierto, en cabeza del Ministerio Público comprende no sólo la promoción de la acción penal ante la presunta comisión de un delito, sino también la imposibilidad de suspenderla luego de iniciada.

En este tema, cabe recordar, que la potestad de dictar normas de procedimiento, es una facultad no delegada por las provincias, por lo que le está vedado al Estado nacional legislar en la materia (arts. 121 y 126 de la C.N.). A ello cabe agregar que el art. 5 de la C.N. impone a los estados provinciales asegurar su administración de justicia, y el art. 75 inc. 12 también de la C.N. la obligación de dictar las normas de procedimientos correspondientes a cada uno de los Códigos de fondo, por lo que aceptándose el carácter material del art. 71 C.P., resulta innegable que sus consecuencias procesales, más que evidentes, condicionan notablemente tal imperativo constitucional, desconociendo las realidades de cada provincia.

Así, la regulación del principio de legalidad procesal por el art. 71 C.P. resulta de dudosa constitucionalidad, por lo que debe ser rediscutido en su alcance es decir, si debe ser regulado por las Provincias. Tampoco es una derivación lógica y necesaria del principio de legalidad sustancial penal (art. 18 C.N.).

Este principio significa que ningún hecho puede ser castigado, si su penalidad no está fijada legalmente, antes de que el hecho haya sido cometido. Es decir que funciona como una garantía a favor del ciudadano frente al poder del Estado, pero esto no puede ser el fundamento para legitimar la obligatoriedad de la persecución penal del Estado (principio de legalidad procesal) claramente restrictivo de la libertad individual.

Por otra parte la realidad demuestra contrariamente a lo prescripto por el principio de legalidad procesal, que no todos los delitos son perseguidos porque al no ser denunciados el estado los desconoce (cifra negra de la criminalidad). Además, a veces una vez iniciado el caso se produce un proceso interno de selección, todo esto amén de la prescripción de las causas por su congestión. El principio de legalidad procesal se convierte así en una ficción. En otros términos, se persigue todo, pero no se persigue nada.

En realidad, en materia penal, actualmente el Estado ha «secuestrado» y por ende monopolizado el conflicto aunque la víctima y acaso el victimario tuviesen deseos de conciliar, con el agravante que en la mayoría de los casos, la víctima resulta ser el gran ausente del proceso penal y el victimario receptor de una pena que le impone el mismo Estado afectado por su conducta lesiva. La relevancia adquirida por la figura de la víctima integrando activamente el mecanismo de interacción con el delincuente, se debió a la preocupación de diversos estudiosos que avizoraron su fuerza y correlación criminógena (3), debiendo destacarse en este aspecto los trabajos realizados por Hans Von Hentig, Beniamín Mendelshon, Wolfgang, Sellin, Viano, Miyazawa, Separovic, Korchoff, Schenider, por citar a los más importantes.

Por su parte, en el Código Penal se verifica la existencia de un precepto muy anterior al advenimiento de la victimología como disciplina del campo penal, concretamente en su art. 41 inc. 2: «...El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso». Empero, sería poco serio endilgar a Rodolfo Moreno el que haya tenido la premonitoria intención de contemplar expresamente la situación de la víctima y su comportamiento para graduar la penalidad aplicable al responsable del delito. Ocurre, sin embargo, que la norma está formulada

de tal manera que cabría una interpretación más actual. Si el precepto avanzó sobre una victimología inexistente, habrá sonado la hora en que ésta avance sobre él (4).

El principio de legalidad diseñado sobre la obligatoriedad de la persecución de todos los delitos de acción pública ha quedado a merced de su irreductible y abrumador quebranto, superado por la realidad de los hechos, siendo necesario su cambio por el principio de oportunidad, tratándose en definitiva ya sea por medio de la mediación como preliminar del procedimiento penal o aún por fuera de él, que los encargados de ejercer la acción penal pública efectúen una selección de los hechos en que han de intervenir no siendo obstáculo que el principio de oportunidad pueda ser aplicado también para no formular acusación en el estudio procesal correspondiente, derivando hacia la mediación e incluso hasta la suspensión provisional o definitiva del proceso.

A su vez, el modelo conciliatorio no resulta del todo desconocido dentro del derecho penal, ya que se utiliza frecuentemente en los delitos de acción privada.

V.b.iii) Principio de Oportunidad.

Si entendemos que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, es decir que sólo debe intervenir si es necesario para restablecer la paz social, en su función de “última ratio”, como un instrumento más del Estado ante un conflicto social, la regulación del principio de oportunidad como excepción del principio de legalidad procesal aparece como la alternativa más viable para racionalizar y descongestionar el sistema.

Este principio lo vemos ya sea en: la suspensión del juicio a prueba, en aplicar criterios de oportunidad a los delitos de bagatela o socialmente adecuados, y en mediación víctima - ofensor, fijando condiciones mínimas, respetando las garantías constitucionales del denunciado, respeto de los intereses del denunciante, etc.

V.b.iv) Marco normativo de la Provincia de Buenos Aires.

Vale la pena analizar el marco normativo de la Provincia de Buenos Aires. El cual dio lugar al proyecto desarrollado en Mercedes, del cual me referiré más adelante.

Establece el nuevo Código Procesal Penal, (del 28/9/99), en el art. 86 que “la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quien aparezca como autor, la solución, morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, serán tenido en cuenta en oportunidad de:

- 1) Ser ejercida la acción penal.
- 2) Seleccionar la coerción personal.
- 3) Individualizar la pena en la sentencia.
- 4) Modificar en su medida o en su forma de cumplimiento, la pena en su etapa de ejecución.

Expresa juntamente la Ley de Ministerio Público Provincial (12.061), art 38, la obligación que pesa sobre ese Ministerio de propiciar y promover la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permita la solución pacífica de los conflictos, para ayudar este concepto, el art. 45 posiciona dentro del Área Social (inc. 3), a la Oficina de Mediación.

Esta regulación ha abierto las puertas a la implementación de la experiencia piloto de la Ciudad de Mercedes, y que avala el concepto acerca de la incorporación de la mediación en la esfera penal como método alternativo de resolución de conflictos.

Me referiré a la experiencia llevada a cabo por el Centro de Mediadores del Colegio de Abogados de Mercedes, como institución del derecho público conforme las pautas establecidas por la ley 12.277, quien celebrara un Convenio con la Procuración de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en noviembre de 1999.

Se ha determinado que las Unidades Funcionales de Instrucción seleccionen dentro de las denuncias recibidas las que serán objeto de mediación, siendo en su mayoría los llamados de “bagatela”, amenazas domésticas o de otro tipo, lesiones culposas, leves dolosas, violencia familiar o vecinal, delitos económicos de menor cuantía, tentativas de defraudación, violación de domicilio, violaciones a los deberes de asistencia familiar, etc.

La citación a las partes es, dada la extensión del departamento judicial a través de la Policía ya que al menos por el momento es el único medio disponible.

La comparecencia de las partes es voluntaria, y las denuncias (Instrucción Preliminar Previa) a los mediadores son designadas de acuerdo a turnos previamente asignados con lo que se asegura la neutralidad.

Si se llega a un acuerdo, se deja constancia de las mutuas explicaciones dadas entre las partes y/o del pedido de disculpas sin que importe reconocimiento de culpabilidad, y sin violar el deber de confidencialidad, y/o el deseo de no continuar con el reclamo por parte del denunciante. Queda librado a criterio del Fiscal la prosecución de las actuaciones, es decir el acuerdo no es vinculante, y éste toma conocimiento a los efectos del principio de oportunidad respecto del ejercicio de la acción penal.

El resultado satisfactorio de acuerdos alcanzados, 71,83 %, el hecho que la víctima pueda expresar sus ofensas y dolor ante su propio victimario y que sea oída en un clima de respeto y con comprensión, que el ofensor deba enfrentar a su víctima y explicarle sus razones también con respeto, sin ser interrumpidos por empleados en ejercicios de otras tareas, en un ambiente que no es el propio de las comisarías, alcaldías, o dependencias judiciales, habla de los afectos positivos en la pacificación de los integrantes de la sociedad y en la resocialización del delincuente.

Sobre más información de la experiencia llevada a cabo en Mercedes, véase el Anexo A.2., en el cual he incluido las explicaciones y comentarios que ha recibido dicho sistema²¹.

Considero necesario introducir un procedimiento flexible sencillo de menor duración y bajos costos que permita a los interesados encontrar soluciones consensuadas en forma pacífica y colaborativa mutuamente satisfactorias.

Es importante destacar que tanto la incorporación de éste, como de otros mecanismos, no significa desconocer el rol fundamental que le cabe a los órganos jurisdiccionales del Estado, en lo que hace a la tutela de los derechos de los ciudadanos que forman parte de un sistema democrático, por el contrario se trata de fortalecerlo y complementarlo ampliando de este modo el concepto tradicional de justicia.

La función tutelar del Estado, en la protección de sus habitantes no termina con la organización del Poder Judicial eficiente, sino que requiere ofrecer y apoyar otras formas de solución de conflictos que pueden resultar de acuerdo con la naturaleza del conflicto más efectivos y menos costosos en términos económicos y afectivos, rápidos en relación al tiempo empleado en su solución (proceso judicial), convenientes en cuanto pueden impedir la recurrencia del conflicto y socialmente más valiosos, ya que posibilitan la relación futura de las partes.

Se advierte no obstante la dificultad que se encarna en el Juez o funcionario llamado a decidir en ejercicio del poder jurisdiccional el rol de mediador. Varios son los motivos que fundan esta postura, en primer lugar el contexto que no favorece la horizontalidad propia de la dinámica de las relaciones en la mesa de mediación. Se sabe que las partes dirán lo que quieran decir de acuerdo al lugar en que lo dicen.

Además existen otros de vital importancia más profundos relacionados con la esencia de la mediación, tales como la prohibición de asesorar, aconsejar en atención a normas legales y en especial la obligación de preservar la confidencialidad, principio elemental que difícilmente puede resguardarse en un marco procedimental preestablecido que marca pautas insoslayables a cumplir por los operadores. Estos no pueden ni deben eludir las reglas de subordinación jerárquica establecidas en la misma ley.

Conforme la experiencia mundial y local, la mediación víctima – ofensor es un medio para mejorar la convivencia y de reparación moral y material de los daños causados por el delito. Debemos plantearnos si el sistema penal tal cuál funciona en la actualidad es de utilidad para la sociedad, si el delincuente es reeducado y si la víctima fundamentalmente es tomada en cuenta para brindarle la paz interna que seguramente tanto necesita. En todo caso, debemos proponernos apuntalar dicho sistema con herramientas complementarias, con herramientas que busquen la eficiencia máxima de los tribunales judiciales.

Capítulo VI

Conclusiones Finales.

Sumario: **a.** Actualidad. **b.** Objetivo Final: Justicia Restauradora.
c. Conclusiones.

VI.a. Actualidad²².

En la actualidad, además de los programas basados en las Iglesias y en las ONG, los programas de mediación víctima – ofensor están generalmente en las cortes juveniles, en los departamentos correccionales y de probation, en las agencias de aplicación de leyes y en los programas de asistencia a las víctimas. En las grandes ciudades los programas de víctima - ofensor son llevados a cabo por una organización de ayuda al departamento legal de la jurisdicción. En años recientes, los centros de resolución de disputas de la comunidad de varios países del mundo han expandido sus programas de mediación al vecindario inclu-

21. En dicho Anexo A.2. se adjuntan los siguientes artículos: *Mediación Penal: Un balance positivo*, por Beatriz Elena Avila; *Mediación Penal: Una fructífera experiencia provincial*, por Beatriz Elena Avila; y *Mediación Penal, la experiencia derivada del Convenio entre la Procuración, la Fiscalía General y el Colegio de Abogados*, por Marcelo Gabriel Mendiola;

22. Datos obtenidos de una presentación hecha en la conferencia de la Sociedad de Profesionales en la Resolución de Disputas, EE.UU. 1999 (SPIDR).

yendo la mediación víctima - ofensor. La gran mayoría de estos programas median únicamente con ofensores juveniles y solamente con crímenes a la propiedad, algunos aceptan ofensas menores. Ahora hay más de 300 programas de mediación víctima - ofensor en los Estados Unidos, alrededor de 20 en Canadá, más de 500 en Europa y Reino Unido y algunos programas en alrededor de otros 20 países. En los Estados Unidos, los programas llevados a cabo en áreas metropolitanas han mediado en más de 1.000 casos por año y tiene presupuestos enormes.

La expansión de los programas de mediación víctima ofensor en el vecindario y el sistema de tribunales de justicia algunas veces ha traído una tendencia a tomar modelos familiares de pensamiento en las disputas civiles y aplicarlos en el contexto de víctima - ofensor. Los modelos son de alguna manera aplicables. El contexto de víctima - ofensor es de alguna manera aplicable y difiere en algunas cosas fundamentales, requiriendo algunas diferencias en el entrenamiento y los procedimientos.

- Generalmente (pero no siempre) es entre extraños.
- Hay generalmente poderes no balanceados, que son inherente y propios de la relación entre la víctima y el ofensor, por ej. Una víctima equivocada y alguien que hace algo equivocado, las diferencias generacionales son comunes, por ej. Un ofensor joven y una víctima adulto.
- La relación basada, separada y preliminarmente en las reuniones del mediador con la víctima y el ofensor son la medula espinal de proceso, para establecer la confianza y la seguridad, explicar el proceso, contestar las preguntas de los participantes y ayudarlos en la preparación del encuentro cara a cara. Esto es contrastante con el modelo civil predominante, que tiende a evitar cualquier contacto entre el mediador y los participantes separados, para prevenir la formación de alianzas con el mediador que podría comprometer la neutralidad del mediador.
- Existe un diferente modelo de neutralidad del mediador con respecto a los participantes, mientras reconocen que el error ha sido cometido y estructura el proceso de su rectificación.
- En la mayoría (pero no en todos) los casos, aunque se emplean herramientas de mediación, podría no haber disputas para resolver, o conflictos para mediar, o partes que disputen, tal como lo entendemos en el modelo de mediación civil.
- En la mediación de víctima - ofensor, el foco debe estar en el dialogo, el entendimiento, la empatía y la remediación (sanación), en vez de estar dirigido a la indemnización pecuniaria.

Las tendencias están profundizando este proceso y expandiendo el espectro. Los procesos mecanizados y altamente estructurados que fueron desarrollados por los programas anteriores están evolucionando en modelos que honran las dimensiones relacionales, emotivas y espirituales del crimen y la victimización, buscando el diálogo desde el corazón.

El modelo desarrollado por el Dr. Mark Umbreit “Dialogo sensitivo entre víctima y ofensor” o “Mediación Humanística” desarrollado por Robert Baruch Bush y Joseph Folger están recibiendo mucha atención.

Un creciente numero de programas están encontrando que un encuentro cara a cara es invaluable en la mayoría de los crímenes mayores. Generalmente a requerimiento de las víctimas, un creciente numero de programas ha mediado en violaciones y otros asaltos violentos, un gran numero de mediaciones han tenido lugar entre asesinos y los familiares de las víctimas. Cada vez más, se usa la mediación para ayudar a reparar las vidas de las víctimas y los ofensores desbastados por las fatalidades de los hechos.

Debería ser enfatizado, según mi particular entender, que en los casos de mucha seriedad, violentos o de victimizaciones catastrófica, el uso del proceso de mediación víctima ofensor no es el recomendado para todos, incluso para algunas de las víctimas y ofensores. Tales casos deben ser cuidadosamente determinados para la apropiada mediación, y la participación debe ser absolutamente voluntaria para ambos la víctima y el ofensor. Para crímenes de esta clase el modelo de caso VORP se desarrolla mediante reuniones separadas. Es esencial una gran preparación de los participantes, que generalmente requiere mucha dedicación y trabajo con los mediadores y otros profesionales, antes de que la víctima y el ofensor estén listos para encontrarse cara a cara.

VI.b. Objetivo Final: Justicia Restauradora.

En Abril de 1996, en *“El cuidador de las palabras”*, una columna de nuevas palabras y nuevos significados del lenguaje ingles de la publicación *Atlantic Monthly*, apareció el termino *justicia restauradora*. La columna continúa, *“los proponentes hacen alianzas, incluyendo custodias, académicos, capellanes de prisión, hacedores de leyes, jueces y algunas víctimas. El concepto y el termino emergieron como una anomalía en una era de lineamiento de rigurosas sentencias y donde se incentiva la construcción de prisiones.*

En lugar de aquella primera definición, considero actualmente más adaptada la traída en parte de la “Biblia” de la justicia restauradora, el libro de Howard Zehr, “*Cambiando el cristal con que se mira*” (“*Changing Lenses*”)²³.

En vez de enfocarlo solamente en el ofensor y definiendo justicia como el lugar donde se culpa y se administra el dolor (castigo), la justicia restauradora reconoce que el crimen a resultado en un daño a la víctima, la comunidad y el ofensor. La justicia restauradora transforma en correcto lo equivocado mediante un sentido de reconocimiento del ofensor, indemniza por las perdidas, tanto como es posible, a todas aquellas que sufrieron debido al hecho. La justicia restauradora no es un programa o juego de programas, pero sí un paradigma filosófico que guía.

La aplicación más común del concepto de justicia restauradora toma forma por el programa de reconciliación o mediación víctima – ofensor (VOMP / VORP), pero las confrontaciones entre la víctima y el ofensor no son restauradoras en forma inherente. Las reuniones víctima –ofensor pueden ser tomadas también como un castigo.

Los programas fundados en los principios de la justicia restauradora esta organizados, esponsorados, y pagados por le departamento de Justicia de los Estados Unidos, el Instituto Nacional de Justicia y el Instituto Nacional de Correccionales. En 1994, la Sociedad Americana de Abogados, publicó su “Respaldo a la mediación víctima ofensor / programas de dialogo”, y recomendó que tales programas fueran incorporados a los sistemas de justicia criminales locales, estatales y federales.

VI.c. Conclusiones.

En las primeras dos décadas de la mediación, se aprendieron las respuestas a algunas preguntas básicas tales como: ¿Quieren realmente las víctimas esto?, ¿Funcionará? ¿Cuáles son los beneficios que trae? Investigaciones substanciales indican que:

- Alrededor de dos tercios de las víctimas de crimen que fueron invitadas a participar en la mediación eligieron hacerlo.
- Alrededor de dos tercios de los casos enviados a mediación resultaron en encuentros cara a cara.
- Más del 90% de los casos de mediación cara a cara tuvieron como resultado un acuerdo escrito.
- Más del 90% de los acuerdos escritos fueron satisfactoriamente cumplimentados.
- Las víctimas y los ofensores que participaron en la mediación experimentaron satisfacción y tiene la percepción de igualdad y justicia.
- Las víctimas que participaron en un informe de mediación redujeron su miedo a ser revictimizados por el mismo ofensor nuevamente
- Los ofensores que participaron en la mediación cometieron menos crímenes o de menor ofensa.

La mediación es un instrumento en el que a través del diálogo se construye una realidad, en la cual los actores logran un entendimiento acerca de lo sucedido y la forma de solucionarlo.

Se tiende a que el ofensor pueda internalizar las normas de la sociedad y reconocer el perjuicio que ciertas conductas tienen sobre otras personas.

También la víctima reconoce cambios positivos, el primero considero que es dejar de serlo (en el sentido de persona sufriendo, padeciente), expresar su pesar, reconocer a otra persona y exigir una compensación satisfactoria.

El reconocimiento del conflicto y el esfuerzo de solucionarlo cumple una función social vital. La resolución no es aritmética, pues es imposible en conflictos humanos, pero sí de una manera satisfactoria. Las partes pueden tener sentimientos contradictorios, positivos y negativos unas de otras, de acercamiento y rechazo, en la mediación se desestabiliza esta imagen, alcanzando una en que se integran las posiciones opuestas y se logra el entendimiento.

Es por ello que en las evaluaciones a las diferentes programas de mediación víctima – ofensor cuentan con índices de satisfacción muy positivos, las víctimas aceptan en buena medida las ofertas de reparación simbólicas, disculpas, mientras que la indemnización material queda como secundaria.

Los contactos directos se perciben de manera positiva por las dos partes, se reducen los prejuicios y temores en la víctima. El enfrentamiento con el padecimiento de la víctima, favorece un cambio en el joven que lleva a la resolución del conflicto.

La mediación es de esta manera un instrumento para resolver conflictos, con beneficios para las partes y por lo tanto mejora en la paz social.

En nuestro país, si bien con el dictado de la Ley 24.573 la mediación se constituyó en una instancia obligatoria y previa al juicio en materia civil, paralelamente en su art. 2º se excluyó la posibilidad del procedimiento de mediación obligatoria en causas penales.

23. Zehr, Howard. *Changing Lenses*, Herald Press, 1990.

La reflexión que pretendo realizar a través del presente trabajo se centra en la posibilidad de aplicar este procedimiento entre víctimas y ofensores, partiendo desde un análisis que no puede dejar de lado a la víctima tanto del delito como del sistema penal en sí, y también en la imperiosa necesidad de reemplazar el principio de legalidad vigente en materia penal por el de oportunidad, suspendiéndose la continuación del proceso o permitiendo que ciertos casos no lleguen al tejido de la justicia.

El modelo de desarrollado en Mercedes es un claro ejemplo a seguir en todos los ámbitos de nuestro país.

El gran desafío para la sociedad actual, insisto, es la aceptación de la incorporación de este mismo modelo respecto de los delitos perseguidos de modo oficial, como así también la reformulación de una nueva política criminal, consecuentemente con una profunda reforma en el sistema de enjuiciamiento penal y en el propio código penal, evitando llegar a una justicia represiva, aritmética y mecánica.

En este sentido, además de buscar a través de los distintos sistemas de resolución de conflictos la identificación del motivo que produjo el conflicto, creo que la mediación y concertación como alternativa del juicio y de la pena debería tener una característica resarcitoria, que implica que la víctima recibiría una compensación material por parte del infractor por los daños sufridos (en algunos países se implementó el resarcimiento económico como una forma de pena), y fundamentalmente una característica moral o social, ya que en muchos casos se trataría de no abrir causas penales derivando el conflicto a la mediación víctima – ofensor.

Estas ideas se adecuarían con las conclusiones y recomendaciones a los gobiernos de las naciones del mundo realizadas por el primer simposio de victimología celebrado en Jerusalén durante los días 02 al 06 de septiembre de 1973, en especial la consideración de la investigación e implantación de sistemas estatales de compensación a las víctimas del delito.

Las propuestas existentes en relación a esta problemática son muchas y variadas, pero la idea central versa sobre la posibilidad de aplicar la mediación como una solución alternativa o complementaria tendiente a lograr la discriminación de hechos punibles, evitando en esos casos la aplicación del poder estatal, allí donde otras formas de reacción de la sociedad frente al comportamiento desviado de alguno de sus integrantes pueda alcanzar mejores resultados, logrando la eficiencia del sistema judicial en aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social.

No se pretende sustentar verdades absolutas o definitivas en relación a esta problemática, pero sí tratar de luchar contra la actitud burocrática que en definitiva implica un penoso descenso colectivo, ya que la resolución de determinados conflictos de índole extra-penal que derivaron en injustos penales, daría a la víctima y a la sociedad una respuesta ágil y eficaz, contribuyendo a morigerar el costo social que implica la comisión de un injusto, descongestionando el sistema judicial vigente y lográndose en definitiva una respuesta real del Estado, que como corolario servirá para mejorar la imagen de la justicia.

Citando nuevamente al Dr. Elías Neuman, encuentro una noción impecable para la presente conclusión: “Hablar de mediación, acuerdos consensuales, conciliación, transacción, que permitan evitar el litigio correccional, infraccional o penal, por dentro o por fuera del sistema formal, suena a muchos oídos impenitentes como temerario o insólito, ajeno, impropio, extravagante y peregrino. Habrá quienes, desde posturas excesivamente tradicionales, dirán que estas ideas constituyen una parodia o contrahechura. Es posible que hasta logren demorar la concreción legislativa de esos ideales hacia un derecho que preste un servicio a las partes y a la ansiada pacificación social. Estas metas tendrán buenas posibilidades de concreción cuando el conflicto le sea devuelto a la víctima y al infractor”²⁴.

En los años venideros se estará promoviendo la mediación víctima - ofensor, explorando las maneras de incrementar el potencial sanador de este proceso, expandiendo su aplicación en un mayor espectro de ofensas y ofensores y continuando como los “pioneros de la justicia restauradora mientras este paradigma se acerca al curso principal de la justicia criminal. Nosotros estaremos desarrollando aplicaciones nuevas y creativas de la filosofía de la justicia restauradora. Mientras tanto nuestra sociedad danza una danza esquizofrénica entre el miedo incomprensible que demanda mas prisiones y el crecimiento del reconocimiento que nuestro sistema de justicia criminal no está funcionando para nosotros y no se solucionara haciendo las mismas viejas cosas.

24. Neuman, Elías. *Mediación y conciliación penal*. Ed. U. Bs. As., 1995.

Anexo A.1.

Bibliografía

- Alcalá Zamora y Castillo. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Ed. UNAM, México, 1991.
- Alvarez, Gladys. *Mediación y justicia*, Ed. Depalma, Argentina, 1993.
- Alvarez, Gladys S., Highton Elena Y., Jassan Elías. *Mediación y Justicia*, Ed. D., Bs. As. 1996.
- Benjamin, R. D. *The Constructive Uses of Deception: Skills, Strategies, and Techniques of the Folkloric Trickster Figure and Their Application by Mediators*, *Mediation Quarterly*, vol. 13, N° 1. Jossey-Bass Publishers, 1995
- Bush, Robert B. and Folger, Joseph P. *The Promise of Mediation*, Jossey-Bass, 1994.
- Caivano, Roque. *Arbitraje su eficacia como Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Campbell Joseph - en diálogo con Bill Moyers. *El poder el mito*. Emece Editores. Barcelona 1991
- Cárdenas, Eduardo José. *La mediación en conflictos familiares*, Ed. Lumen, Buenos Aires, 1998.
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1973.
- Córdoba, Víctor Alfonso. *Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistemas de resolución alternativa de conflictos*, trabajo publicado en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Ed. del Puerto, 1998.
- Crowley, Thomas E. *Settle it out of court: how to resolve business and personal disputes using mediation, arbitration and negotiation*, Ed. J. Wiley, New York, 1994.
- Ellickson, Robert C. *Order without law: how neighbors settle disputes*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1991.
- Elliot, Jane. *A class divided V.T. Periferia*. Asociación Pro Derechos Humanos de España. 1991.
- Fernández Rodríguez, Gabriela. *Resolución alternativa de conflictos penales, Mediación de conflicto, pena y consenso*, Ed. del Puerto.
- Fernández Rodríguez, Gabriela. *Sociedad, Estado, víctima y ofensor. El orden de los factores ¿altera el producto?*, trabajo publicado en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Ed. del Puerto, 1998.
- Folberg, Joseph P. y Jones, Tricia S. *Nuevas Direcciones en Mediación*, Ed. Paidós, 1997.
- Folberg, Jay y Taylor, Alison. *Resolución de conflictos sin litigios*, Ed. Noriega, 1992.
- Freeman, Michael. *Alternative dispute resolution*, New York University Press, New York, 1995.
- Gimenez-Salinas I Colomer, Esther. *“La conciliación víctima-delincuente como alternativa”*. Barcelona, 1987.
- Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana. *Mediación una transformación en la cultura*, Ed. Paidós, 1996.
- Gozaíni, Osvaldo, *Métodos alternativos de resolución de conflictos*, Ed. Belgrano, 1995.
- Highton Alvarez y Gregorio. *Resolución alternativa de disputas y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- Lerner, Martín; Maidana, Marcelo y Rodríguez Fernández Gabriela. *Sistema de resolución de conflictos penales. El proyecto RAC*, trabajo publicado en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Ed. del Puerto, 1998.
- Mc Gillis, Daniel. *Community mediation programs: developments and challenges*, US Dept. of Justice, Washington, DC, 1997.
- Morello, Augusto. *Un nuevo modelo de Justicia*, La Ley T° 1986 – “C”, Secc. Doctrina, 1986.
- Morello, Augusto. *El proceso como realidad social*, La Ley T° 1992 – “E”, Secc. Doctrina, 1992.
- Morello, Augusto. *Nuevas incumbencias de la abogacía*, El Derecho T° 116, pág. 828, 1986.
- Neuman, Elías. *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Ed. U. Bs. As., 1994.
- Neuman, Elías. *Mediación y conciliación penal*. Ed. U. Bs. As., 1995.
- Olson, Mancur. *The logic of collective action. Public goods and the theory of groups*. Harvard University. Library of Congress Catalog. Usa, 1990.
- Peachey, Dean. *The Kitchener Experiment in Mediation and Criminal Justice*, Sage Publications, USA, 1989.
- Postma, Hernán Fernando. *Posibilidad de aplicar la mediación como método para resolver conflictos penales*, ZEUS, Rosario, To80, No 6244.
- Prunotto Laborde, Adolfo. *Teoría del conflicto en materia penal. Clasificación de los conflictos*, en Zeus, Tomo 78, Set/Dic. 1998, D-21.
- Soza, María Paula, *Estudio sobre la factibilidad de aplicación de los sistemas de resolución alternativa de conflictos en materia penal*, trabajo publicado en *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Ed. del Puerto, 1998.

- Suárez, Marínés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Ed. Paidós, Buenos Aires. 1996.
- Umbreit, Mark S. *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*, Criminal Justice Press, 1994.
- Umbreit, Mark S. and Niemeyer, Mike. *Victim Offender Mediation: From the Margins Toward the Mainstream. Perspectives*, American Probation and Parole Association, 1996.
- Umbreit, Mark S. and Robert B. Coates. *Cross-Site Analysis of Victim Offender Mediation in Four States*, Sage Publications, USA, 1993.
- Verón, Eliseo. *Construir el acontecimiento*, Gedisa Editorial. Buenos Aires 1987.
- Watzlawick, Paul. *El lenguaje del cambio. Nueva técnica de la comunicación terapéutica*. Biblioteca de Psicología. Textos Universitarios. Editorial Herder Barcelona, 1980.
- Watzlawick, Paul. *Cambio: Formación y solución de los problemas humanos*. Biblioteca de Psicología. Textos Universitarios. Editorial Herder. Barcelona, 1982
- Zehr, Howard. *Changing Lenses*, Herald Press, 1990.

Anexo A.2.

Artículos

- *Mediación Penal: Un balance positivo*, por Beatriz Elena Avila;
- *Mediación Penal: Una fructífera experiencia provincial*, por Beatriz Elena Avila;
- *Mediación Penal, la experiencia derivada del Convenio entre la Procuración, la Fiscalía General y el Colegio de Abogados*, por Marcelo Gabriel Mendiola.