

La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal

Bajo la primacía del castigo, el sistema de Justicia solo puede generar efectos revictimizadores.

El estado de derecho contiene los impulsos del estado de policía que encierra, en la medida en que resuelve mejor los conflictos (provee mayor paz social). El poder punitivo no resuelve los conflictos porque deja a una parte (la víctima) fuera de su modelo. Como máximo puede aspirar a suspenderlos, dejando que el tiempo los disuelva, lo que dista mucho de ser una solución, pues la suspensión fija el conflicto (lo petrifica) y la dinámica social, que continua, su curso, lo erosiona hasta disolverlo. Un número exagerado de formaciones pétreas, puesto en el camino de la dinámica social, tiene el efecto de alterar su curso y de generar peligrosas represas. El volumen de conflictos suspendidos por un estado, guardara relación inversa con su vocación de proveedor de paz social y por ende, será indicador de su fortaleza como estado de derecho¹.

La Justicia Restaurativa constituye un nuevo paradigma más centrado en la reparación que en la punición. Esto representa una verdadera ruptura en relación a los principios de la Justicia Retributiva, basada en el pronunciamiento de sanciones que se extienden desde el pago de una multa hasta la privación de la libertad.

El tránsito desde la Justicia Retributiva hacia la Justicia Restaurativa supone un cambio de mentalidad en el legislador, así como un cambio cultural al interior del propio sistema judicial y de sus agencias penales encargadas de distribuir Justicia.

Con la Justicia Restaurativa la comunidad asume un rol fundamental participando en la construcción de la respuesta al delito y la pacificación de las relaciones sociales.

La Justicia Restaurativa no contribuye sino a que cada parte asume la responsabilidad por su conducta y a proteger la dignidad de las personas.

La mediación penal es la expresión más extendida de la *Justicia Restaurativa* y constituye la posibilidad de producir la reintegración social de los delincuentes y responder a las necesidades de las víctimas, en el marco de los valores de la comunidad.

¹ Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, 2 Edición, Ed. Ediar, Bs.As., 2002, pag. 6.

La mediación penal, debe estructurarse como un instrumento de resolución de conflictos que se generan en el seno de la sociedad, adoptando así una concepción de resolución definitiva de los conflictos sociales, restableciendo la paz social, quebrantado por la conducta contraria a la norma. Este proceso de mediación, debe ser analizado como una forma de que ambos actores intervinientes en ese conflicto, tanto el victimario como la víctima, lleguen a través de un entendimiento a una superación de ese conflicto, haciendo posible una reparación concreta del daño, y facilitando el rol del mediador como garante del acuerdo que lleguen ambas partes en el marco del proceso de mediación penal.

Si debemos definir, a la víctima, quien como hemos mencionado en la resolución tradicional del conflicto, es apartada del accionar del poder punitivo, la misma es aquella o aquel que por alguna razón, no puede. " Es el enclenque, o pequeño o Minusválido; ocupa el lugar del no-poder que es un disvalor por impotencia, mientras que el máximo poder es la opresión, así como la enajenación de la víctima comienza con la amenaza que pronuncia o evidencia el victimario. La víctima es quien soporta a quien detenta el poder, o sea, es el perdedor, el o la que es burlado/a, descripción que constituye la caracterización paradigmática de la víctima². Cabe mencionar para realizar una completa descripción de este sujeto de derecho, que podemos identificar en el marco de la sociedad, la definición de víctima, que diera Ana Isabel Garita Vilchez, investigadora del Instituto Latino-Americano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente (ILANUD), en conferencia titulada: El Sistema de Justicia Penal desde al Perspectiva Victimológica, definió a la víctima como la persona que sufre alguna pérdida, daño o lesión en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derecho humanos, como resultado de una conducta que: a) Constituye una violación a la ley penal nacional; b) constituya un delito en virtud del derecho internacional; c) Constituya una violación a los principios de derecho Humanos reconocidos por el estado -en nuestro caso a través del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- o que de alguna forma implique abuso de poder por parte de personas que ocupen posiciones de poder. Al instaurar nuevas formas de abordaje de la problemática penal desde las miradas de las víctimas, en

realidad pretendemos cambiar el Derecho Penal Tradicional por algo mejor que él, un derecho humanizado que cubra necesidades estatales y asistenciales para la víctima del delito. Y en el marco de esta asistencia que cubra los múltiples efectos que impactan en la víctima, su familia y su sociedad.

El progreso de un sistema político se mide por su capacidad de tolerar sencillamente la desviación como signo y producto de tensiones y disfunciones sociales no resueltas, y por otro lado prevenirla, sin medios punitivos o autoritarios, haciendo desaparecer sus causales materiales. En una perspectiva semejante desde luego es posible la abolición de esa pena específica – inútilmente aflictiva e incluso criminógena- que es la reclusión carcelaria. Y más en general, es deseable la reducción cuantitativa de la intervención penal paralelamente a la superación de los que Marx llamaba los focos antisociales donde nacen los crímenes: con la instauración de garantías jurídico-sociales de vida y supervivencia idóneas para eliminar las raíces estructurales de la desviación por razones de subsistencia, con la eliminación de los fenómenos de disgregación y de marginación social de los que nutren las subculturas criminales, con el desarrollo de la democracia y de la transparencia de los poderes públicos y privados cuyo carácter oculto e incontrolado está en el origen de gran parte de la actual criminalidad económica y administrativa³.

Es en este rumbo, dentro de una concepción de un derecho penal reductor, donde debe encuadrarse la actuación de la mediación penal, como un verdadero instrumento del que puede valerse el operador jurídico, para enfrentar un conflicto determinado, evitando la intervención lesiva del poder punitivo, en ámbitos para los cuales no está, como hemos mencionado, apto para solucionar el conflicto planteado.

También debemos considerar la aplicación del proceso de mediación penal, y las consecuencias definitivas que el mismo trae aparejado sobre la resolución definitiva del conflicto, en el marco del Régimen Penal de Menores. En este contexto la mediación penal debe ser analizada en forma clara y consiente como una posibilidad concreta de reposicionar a los menores, como

² Dra. Silvana Paz y Dra. Silvina Paz, Conferencia, Los Procesos Restaurativos, Brasilia, 2003.

³ Luigi Ferrajoli, Derecho y Razon, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pag. 343.

verdaderos sujetos de derecho, en el marco del derecho penal juvenil, y como una instancia en la cual el menor, pueda acceder a un real y palmaria reinserción en la vida comunitaria evitando la institucionalización, con las consecuencias más que gravosas que trae aparejado en el futuro del menor, este tipo de internación. Los Jóvenes tienen el derecho a ser responsables y a que se les reconozca que son capaces de responder ante determinadas exigencias del sistema jurídico social, aunque, no lo serán en idénticos términos que un adulto. El problema solo girara en torno a los diferentes niveles de responsabilidad y ello, en tanto los distintos grados de exigibilidad que plantea el sistema jurídico social a cada sujeto: al estar el derecho penal ordinario organizado para y con relación a los adultos, no puede exigírsele su contenido material a un niño en igual medida que a estos, pues se rompería el principio de no-discriminación⁴.

Incorporando esta nueva instancia en la resolución de los conflictos que tengan como autores a los menores, se cambiaría el rumbo iniciado en el siglo XX en el que se configuró, un derecho del menor (en sentido objetivo) de discutible autonomía científica, pero que ha cuajado en varios cuerpos. La ideología tutelar que lo genero cumplió la función de ocultar la carencia de políticas sociales respecto de la infancia y la juventud, mediante los conceptos de situación irregular y de abandono material y moral, que habilitaron una indiscriminada intervención judicial o solo administrativa. Todas las contradicciones del poder punitivo se exaltan cuando sus objetos son los niños y los adolescentes, la inhumanidad, la ineficacia preventiva, la violencia, la selectividad quedan en total evidencia. En el plano del discurso se opera un traslado de responsabilidad a la familia desorganizada y, a través de ella, a los padres, o sea, a los adultos. En definitiva, se sostiene que son los adultos desordenados que producen niños delincuentes, o bien, los delincuentes adultos que se reproducen. Esta fue la vieja visión del positivismo logró mejor su objetivo: dispuso penas con el nombre de medidas y elimino los controles judiciales y los límites liberales con el pretexto de la tutela. De esta manera impuso plenamente el principio inquisitorio, con todas sus consecuencias en lo penal de fondo y en lo procesal.

⁴ Dra. Silvana Paz y Dra. Silvina Paz, "Hacia la Democratización de la Justicia Penal Juvenil" pag.6.

Las medidas impuestas a adolescentes y a niños, cuando configuran institucionalizaciones, tienen los efectos deteriorantes de las instituciones totales considerablemente agravados, porque son mucho peores en un sujeto en edad evolutiva que en un adulto, la prisionización de niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioro irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo, como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución mas o menos común de la persona⁵.

La mediación penal juvenil podrá tener viabilidad si se piensa en base a una eficaz preparación para habilitar su practica, esto es, brindar espacios de capacitación para la apropiación de esta técnica, y contar con criterios organizaciones que faciliten la escucha activa, la inmediatez, dan lugar a la reflexión y a la toma de conciencia por parte de los adolescentes y jóvenes, basándonos en los paradigmas que reconocen sus derechos y obligaciones.

El Principal objetivo de la Mediación penal, es crear un ambiente seguro, donde se encuentren la víctima y el victimario para que puedan ambos conocer sus historias, escucharlos desde el lugar del otro, compartir sus opiniones, buscar soluciones, alternativas a su situación, y establecer un acuerdo para que el mediador pueda cumplir con esté rol de facilitador:

Proporcionar la oportunidad:

1-Proyectar

2-Vivenciar

3-Diferenciar los sentimientos haciendo suyos los propios, y posteriormente de una manera sana sacar los conflictos y patrones interpersonales de vida de cada uno de los partícipes.

Pretende recuperar el respeto de una persona hacia la otra, y en construir responsabilidades explícitas en sus acciones y propuestas. La Justicia restauradora, constituye un camino hacia el reconocimiento de la responsabilidad y la protección de la dignidad de las personas

⁵ Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, 2 Edición, Ed. Ediar, Bs.As., 2002, pag.186-187.