

Mediación y responsabilidad penal juvenil. Reflexiones sobre los alcances socioeducativos de la mediación en el proceso penal juvenil**Alicia Tommasino**

atomma@adinet.com.uy

Estas reflexiones han sido pensadas a partir de nuestra inserción profesional como Trabajadora Social Forense, actualmente en los Equipos Técnicos Interdisciplinarios de los Juzgados de Familia Especializada y desde nuestra experiencia en el Programa de Mediación del Poder Judicial, en el que participamos desde su creación en 1996 hasta el presente. Surgen a su vez en el marco de la Maestría en Derechos de la Infancia y Políticas Públicas¹ en la se nos propone, entre otras temáticas, pensar en la cuestión de **La infancia y la adolescencia en el Derecho Penal: Responsabilidad Penal Juvenil, derechos y garantías en las normas nacionales e internacionales aplicables en la materia. Ejecución de las medidas: privación de libertad y alternativas a la privación de la libertad.**

INTRODUCCIÓN

Ya en el Código del Niño (CN, 1934) se hace referencia a las medidas que tanto los padres como el Poder Judicial y el Estado en su conjunto, pueden y deben tomar en relación con la infancia. En dicho texto las mismas se inscriben en la llamada Doctrina de Situación Irregular y refieren fundamentalmente a la protección de niños, niñas y adolescentes, sujetos de derechos, pero recibiendo tratamiento como objeto de tutela, protección y amparo. Será en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN, 1989), en el contexto del paradigma de la Doctrina de Protección Integral, que comienza a pensarse en los niños, niñas y adolescentes como sujetos de ejercicio y goce de los derechos que se le reconocían en el papel. Es así que se promueve que las prácticas institucionales, centren sus respuestas en medidas tendientes a la protección de derechos y no de personas. En cuanto al sistema de responsabilidad Penal Juvenil, que diseña la CDN en su art.40, plantea entre otros aspectos, siempre que sea “apropiado y deseable”, la adopción de medidas sin recurrir a procedimientos judiciales y la mención de medidas alternativas a la privación de libertad. En el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA, 2004) de nuestro país, se recogen estas orientaciones, así como el carácter socioeducativo de las mismas.

¹ Maestría Interdisciplinaria, con participación de las facultades de Derecho, Medicina, Psicología y Ciencias Sociales UDELAR y UNICEF

En este marco normativo nos interesa reflexionar sobre los alcances socioeducativos de la mediación, como medida no privativa de libertad en el sistema Penal Juvenil. Es necesario señalar que esta reflexión se realiza en un contexto de recrudescimiento del reclamo social por mayor penalización a los *menores infractores*, en una suerte de nueva campaña de “ley y orden” en demanda de mayor seguridad pública.

Esta lectura dicotómica *menores infractores / seguridad ciudadana*, es alimentada desde variados sectores sociales: actores políticos del gobierno y de la oposición; los medios de comunicación, el “ciudadano común”.

Dicotomía que alimenta a su vez la creciente polarización de nuestra otrora sociedad integrada, sociedad que actualmente deja cada vez más en evidencia el hecho de que el Estado y sus instituciones, responden al interés hegemónico del grupo social dominante, como grupo que detenta el poder.² Una mirada a nuestra sociedad actual, refleja el alto grado de exclusión social que sufre un sector generacional de la misma: la infancia y adolescencia, y sobre todo la infancia y adolescencia en condición de pobreza. Procesos de exclusión que generan espacios humanos cada vez más homogéneos y homogeneizantes a su interior y opuestos a los demás: *el otro, el distinto*, que pasa a constituirse en el responsable del *peligro* que viene del exterior. Esta suerte de universos paralelos genera condiciones propias de construcción de subjetividades, que refuerzan mutuamente la sensación de ser distintos y cada vez más lejanos, de ser cada vez menos conciudadanos con los mismos derechos.

Esta mirada trasciende las perspectivas exclusivamente económicas, articulándose con otras en un proceso complejo, multidimensional, que implica desventajas de unos ciudadanos con respecto de otros. Incluye pero trasciende el concepto de pobreza, implica otras dimensiones que podríamos llamar también de pobreza, por lo deficitarias, en los planos, de participación civil y político, configurando un horizonte ciudadano restringido, con pobreza de integración social global, estamos ante un concepto multidimensional e integral. “La exclusión social trasciende el ámbito económico y tiene como centro los procesos que generan la dificultad o imposibilidad de acceso a bienes, derechos y oportunidades para las personas. Da cuenta de adscripciones diferentes dentro de la sociedad”³. Esta diferencia disminuye la posibilidad de alternativas de opción, la exclusión en una de las distintas dimensiones: política, económica o social, incide sobre las otras. “Si la sociedad restringe el acceso a algunas de estas esferas, las personas son altamente vulnerables a la exclusión de las otras y de otras. Por lo tanto, no es dando cuenta

² No entraremos en este trabajo a rigurosa conceptualización de esta categoría, tomando el concepto en su más amplia acepción. Grupo social dominante, en tanto grupo con intereses comunes entre sí y opuestos a los intereses de los miembros de grupo de individuos subordinados, cuya supervivencia depende de la venta de su fuerza de trabajo. El grupo social dominante tiene la capacidad de imponer sus intereses y hegemonizar los discursos y las prácticas de convivencia social, detentando poder(es) -económico, cultural, político - garantizados desde el marco legislativo que regula las relaciones entre ambos.

³ Baraibar, Ximena “Articulación de lo diverso: lecturas sobre la exclusión social y sus desafíos para el Trabajo Social” en *Revista Servicio Social e Sociedade* N° 59 Sao Paulo, Brasil, 1999: p. 92

exclusivamente de una de las dimensiones señaladas que serán superadas las situaciones de exclusión social”.⁴

Los -y en menor medida- las adolescentes⁵ que son captados por el sistema penal juvenil, provienen fundamentalmente de sectores excluidos socialmente, ingresando así a un sistema punitivo que refuerza los procesos de desafiliación social que han transitado, no ofreciéndoles alternativa posible de modificar en ningún sentido su *destino infractor*.

Si bien desde los cuerpos jurídicos se habla del contenido socioeducativo que deberán tener las sanciones juveniles llamadas “medidas”, el discurso que alerta sobre el aumento de la delincuencia, y de la delincuencia juvenil, según nos ocupa en este trabajo, trae aparejada la propuesta de aumento en la severidad de las penas y baja en la edad de imputabilidad, estrategia fundamental presente en el debate social sobre ‘delincuencia juvenil’ en este momento.

A efectos de contribuir a la problematización de la construcción de un sistema penal juvenil que responda a las características propias de sus destinatarios y no sea una mera adaptación del derecho penal de adultos, elegimos observar la dimensión las medidas no privativas de libertad disponibles, entre ellas la mediación.

En esta línea de reflexión nos preguntamos ¿el proceso de mediación ofrece elementos socioeducativos, capaces de introducir algún cambio en la trayectoria personal de los jóvenes que ingresan en el sistema penal juvenil?

1. MARCO DE REFERENCIA CONCEPTUAL

1.1. Construcción de subjetividad de los sujetos ‘sujetos’ al control social:

Cada época, cada cultura y cada enclave social proporcionan imágenes, valores, modelos, zonas de permisividad y de prohibición; habilitan experiencias y producen significados en torno a ellas, todo lo cual contribuye a la producción de una subjetividad singular. Seguiremos a Giorgi⁶ en su planteo de que la vida cotidiana, con sus prácticas y significaciones, constituyen los diversos intercambios a través de los cuales los seres humanos satisfacen sus

⁴ *Ibidem*: p. 93

⁵ En investigaciones realizadas en nuestro medio sobre el perfil de los jóvenes que cometen infracciones a la ley penal, son ampliamente mayoría los adolescentes varones, por lo que en este trabajo se usará el género masculino. Por otra parte en el imaginario colectivo, el adolescente varón, también sería depositario de la capacidad de ser agresor, violento, peligroso, en mayor medida que las adolescentes, quienes serían depositarias de mayor vulnerabilidad, probables víctimas de abuso, violación, postergación, embarazos no deseados, etc. VVAA “Juicios y Silencios” Ed. Fundación K. Adenauer Mte. 2003 y VVAA “Investigación sobre las infracciones juveniles y las sanciones judiciales aplicadas a adolescentes en Montevideo” DNI – UNICEF Mte. 2003

⁶ Giorgi, Víctor 2003 “Construcción de la subjetividad en la exclusión” Mat. Mim. En *Carpeta de la Maestría de Derechos de Infancia y Políticas Públicas* del Centro de Estudiantes Uruguayos Psicología (CEUP) Facultad de Psicología, UDELAR

necesidades, producen y reproducen la vida. La producción de subjetividad aparece directamente relacionada con esa cotidianidad y las prácticas sociales que incluye. Este autor considera la exclusión como un proceso interactivo de carácter acumulativo en el cual -a través de mecanismos de adjudicación y asunción - se ubica a personas o grupos en lugares cargados de significados que el conjunto social rechaza y no asume como propios. Esto lleva a una gradual disminución de los vínculos e intercambios con el resto de la sociedad restringiendo o negando el acceso a espacios socialmente valorados. Dicho proceso alcanzaría un momento en el cual las interacciones quedan limitadas a aquellas que comparten su condición, como expresa Giorgi: “De este modo el universo de significados, valores, bienes culturales y modelos, así como las experiencias de vida de que los sujetos disponen para la construcción de su subjetividad se ven empobrecidos y tienden a fijarlo en su condición de excluido”. La relación entre exclusión y subjetividad no puede pensarse como relación de causalidad lineal sino de causalidad circular o recurrente, en la cual la práctica social genera una cierta subjetividad, que a su vez recurre sobre la situación social bien reforzándola o bien abriendo posibilidades de transformación.

En este sentido consideramos que el sistema penal juvenil, a efectos de no reforzar la condición de exclusión, debe promover prácticas de desjudicialización y habilitadoras del proceso de autonomía progresiva, a través de experiencias que permitan ampliar la participación adolescente a nivel de ejercicio de ciudadanía .

1.2. Selectividad del sistema penal

Silva Balerio, Cohen y Pedrowics (2003) señalan que los adolescentes excluidos son los seleccionados por el sistema penal juvenil. Mencionan indicadores que identifican a la población analizada, con un registro de peores valores que los del promedio de los adolescentes del país, describiendo la procedencia social de los adolescentes criminalizados concluyen que el sistema penal juvenil capta su ‘clientela’ en los sectores sociales más desprotegidos.⁷ El control social institucionalizado sobre las poblaciones pobres tiene larga tradición en prácticas de intervención para ‘proteger’ a los *menores abandonados y/o peligrosos*. Donzelot⁸ se refiere a este sistema de intervención como el “complejo tutelar”, por medio del cual el Estado a través de sus distintos aparatos e instituciones, judicial, asistencial, educativo, con la colaboración de distintas disciplinas, ejerce control sobre las familias de las clases “menos favorecidas”, apuntando prioritariamente a la patología de la infancia, tomando medidas de represión, en el caso de la *infancia peligrosa*, o de protección, en el caso de la *infancia en peligro*, en ambos casos con la internación como la medida más frecuentemente. Esta intervención diseñada para los niños de las familias pobres, en virtud de que sus carencias socioeconómicas eran consignadas en los diagnósticos psicosociales como factores de riesgo para las conductas “antisociales” de sus integrantes. El Estado debía sustituir a la familia (incontinente, incapaz, abandonada) en la reeducación y

⁷ Para ampliar: Silva Balerio, D. y ot. “Investigación sobre las infracciones juveniles y las sanciones judiciales aplicadas a adolescentes en Montevideo” DNI Uruguay – UNICEF, Montevideo, 2003

⁸ Donzelot, Jacques “La policía de las familias” Ed. PRE-TEXTOS Valencia, 1979: p. 99 y ss.

resocialización de esos niños y jóvenes en riesgo para sí mismos y para terceros, para luego reintegrarlos a la sociedad. La consecuencia de este sistema esencialmente discriminatorio al distinguir entre niños “normales” por un lado y los “menores” por otro, fue la criminalización de la pobreza y la vulneración constante y sistemática de los derechos de esos niños, niñas y adolescentes. En este sentido se coincide con Pillotti⁹ en que la estigmatización de las personas pobres, tiene asimismo un efecto perverso adicional, que consiste en que la inferioridad atribuida a los grupos discriminados por la ideología dominante, termina internalizándose por esos grupos sociales, obturando su capacidad para exigir el cumplimiento de sus derechos ciudadanos.

Si bien hoy se conceptualiza estas situaciones de niñas, niños y adolescentes con derechos vulnerados, los cambios en las prácticas todavía no se visualizan en forma determinante.

1.3. Derecho Penal Juvenil, garantías del debido proceso

El tema que nos ocupa se inscribe en la rama más violenta del derecho: el derecho penal. Desde su denominación nos refiere a una de sus características, la de ‘penar’, infligir penas a los sujetos a disposición de un proceso jurisdiccional penal. Si bien el concepto de pena, es clave en esta rama del derecho, no se puede asimilar proceso penal en forma lineal con el objetivo sancionatorio. Sin embargo, evidencia la construcción punitiva de los conflictos sociales. Los conflictos sociales pueden elaborarse de muchas maneras, una de ellas es construirlos punitivamente. Es un proceso en el que se “recorta” la realidad: se define una conducta como delito y se le adscribe una pena, vinculándola con el sujeto que comete el delito: el reo, infractor o autor, sin ocuparse mayormente de la otra parte del conflicto: la víctima. En términos generales, el sistema penal capta al infractor y actúa sobre él, para luego “devolverlo” a la sociedad, a la realidad donde se encuentra inscripto el conflicto, que queda en esta lógica, virtualmente suspendido en el tiempo.

La pena, que por definición infringe un dolor, está asociada a la restricción de derechos, surgiendo los debates de la teoría de la pena, que reflexionan sobre la legitimidad de dicha intervención, en cuanto a la justificación de esa restricción de derechos. Ante esta teoría que explica, describe el proceso y justifica su aplicación, surge, en el siglo XVIII, la teoría del delito, que conlleva la intencionalidad de limitar el poder punitivo de la intervención penal, se persigue la seguridad jurídica, no la seguridad ciudadana.

Así es que se da un proceso en el que se legitima la intervención punitiva, se justifica la pena, y surge el injusto típico, esto es la conducta descrita como delito.¹⁰ Sin embargo, es necesario todavía dar un paso más en el proceso de aplicación del

⁹ Pillotti, Francisco “Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto” / Serie Políticas Sociales Nº 48; CEPAL ECLAC Santiago de Chile, 2001:p.26

¹⁰ No analizaremos aquí, por considerar que trascienden los objetivos del presente y la especialidad disciplinar de la autora, la caracterización de conducta desde el punto de vista jurídico penal, como típica (prevista como delito); antijurídica, en relación a los tipos permisivos, (legítima defensa, estado de necesidad, etc.) que permitirían incluso que el proceso penal no prosiga.

derecho penal: establecer si el sujeto que promovió esa conducta es responsable o no. Esto nos conduce al concepto de culpabilidad o imputabilidad, concepto que en el derecho penal de adultos no admite discusión y que en el derecho penal juvenil, no se encuentra suficientemente explicitado “principio de culpabilidad que no recibe una clara y explícita consagración en el Código de la Niñez y la Adolescencia. Sin perjuicio, a partir de la palabra *responsabilidad*, puede concluirse que el Código consagra, de hecho, el principio de culpabilidad”.¹¹ Otros teóricos como García Méndez y Beloff, proponen como adecuado el término *responsabilidad* en esta materia. Consideramos con Uriarte y Cillero, que la dimensión de la culpabilidad, vinculada con la autonomía progresiva, en tanto *quantum* de capacidad en la base de la responsabilidad, opera como garantía para los posibles excesos de la intervención punitiva, que podría actuar en forma discrecional sin el límite de la culpabilidad. En suma, los distintos autores mencionados adscriben a la misma concepción garantista de esta dimensión, García Méndez por ejemplo, señala “...la atribución de responsabilidad contradice tanto la idea de la incapacidad como de sus respectivas respuestas discrecionales”¹² considerando que la resistencia conservadora a atribuir responsabilidad a los adolescentes, asegura la aplicación discrecional de principios de la Doctrina de Situación Irregular, sustentada entre otros aspectos en la incapacidad de los niños, niñas y adolescentes, principio que cae conceptualmente ante el principio de la autonomía progresiva, considerando a los adolescentes sujetos tanto de derechos como de responsabilidades, en proceso de desarrollo de su autonomía.

En este sentido la CDN en su artículo 40 numerales 1 y 3, alude a texto expreso a la declaración de culpabilidad. En el texto del CNA, Cap X, se emplea el término *responsabilidad*.

Este es el momento del proceso, en el que se abre la etapa de disposición y posterior ejecución de las medidas socioeducativas, que “podrán aplicarse a los adolescentes respecto a los cuales haya recaído declaración de responsabilidad por sentencia ejecutoriada” según expresa en la legislación nacional el art. 77 del CNA.

1.3.1. Características fundamentales de las medidas

En los diversos cuerpos legales relativos a Derecho Penal Juvenil, se destacan tres aspectos centrales: la sugerencia de sustracción al procedimiento judicial, la disposición preferentemente de medidas alternativas a la privación de libertad, así como establecer que las mismas deben tener un contenido educativo.¹³ Tanto en la CDN como en el CNA se destaca la importancia de utilizar medidas que permitan la remisión y/o sustracción de casos posibles a la judicialización. Considerándose favorable el aumento de disposición de medidas que permitan procesos de

¹¹Uriarte, Carlos, coord. “Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia” Ed. FCU Mteo, 2004: p.55 y 56

¹² García Méndez, Emilio “La dimensión política de la responsabilidad penal de los Adolescentes en América Latina” en: *Adolescentes y responsabilidad penal*. VVAA, García Méndez (comp.) Ed. AD-HOC, Bs.As. 2001: p.20

¹³ Esto ha instalado un interesante debate sobre la contradicción que surge entre la intención socio-educativa de medidas que conllevan carácter sancionatorio.

construcción de subjetividad mediante la adquisición de habilidades sociales y la integración de los adolescentes y un ejercicio más pleno de su ciudadanía.

Desjudicialización

En distintos cuerpos legales especializados se establece el objetivo de sustraer, siempre que esto corresponda, a los niños, niñas y adolescentes al sistema judicial. La CDN -art.40, 3. b)- establece “siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales...”, lineamiento al que no se alude en el texto del CNA de nuestro país.

Privación de libertad

La privación de libertad de niños y adolescentes debe considerarse sólo en los casos en que se haya desechado la gama de medidas no privativas de libertad, debiendo fundamentar, en caso de disponer la internación, por qué no se dispusieron dichas medidas no privativas de libertad. “Las nuevas orientaciones para articular las intervenciones con adolescentes recogen el espíritu de la Convención de los Derechos del Niño (...) apuntando a evitar la aplicación sistemática de respuestas de tipo punitivo en instituciones cerradas. Las fuertes críticas recibidas por el internamiento como modelo de tratamiento (estigmatización del sujeto infractor y constantes violaciones a los derechos humanos producidas en su interior), como la ineffectividad históricamente demostrada en ofrecer soluciones, a pesar del alto costo financiero que representan...”¹⁴

CDN Art. 37 lit.b) “...La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” disposición recogida casi textualmente en el CNA, II Régimen Procesal Art. 76.(Procedimiento) Numeral 12.

Este principio se recoge asimismo en las llamadas Reglas de Beijing, regla 13 (prisión preventiva) y 17 (Principios rectores de la sentencia y la resolución), 17.1 b) restricción de libertad. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad 1. Perspectivas Fundamentales, puntos 1.1. y 1.2.

Contenido socioeducativo

Hacia fines del siglo XIX, surge el movimiento de los Reformadores, los “Salvadores del Niño” que plantea el tratamiento diferenciado para niños que cometían delitos y postula la triple especialidad: las medidas aplicables: no de penalización sino de educación y de reforma, la del Tribunal especializado y la del procedimiento.¹⁵ El sentido educativo de las medidas es recogido en toda la normativa internacional y nacional en la materia. En la CDN, Art. 40 numeral 1. se establece que las medidas que podrán imponerse deberán fomentar “...su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades

¹⁴ Morás, L. E. “Desafíos y oportunidades en la Administración de Justicia de Menores” en Revista *Herramientas Año 1 N°1*, Montevideo, 2000: p. 95

¹⁵ Erosa, Héctor “El Derecho de Menores y la Ley de Seguridad Ciudadana en el contexto de la actual Administración de Justicia de Menores” en *Revista de Ciencias Penales* N° 1 /1995: p. 244

fundamentales de terceros, y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.¹⁶ Estos dos aspectos se conjugan en las medidas socioeducativas no privativas de libertad, entre las que encontramos a la mediación, como una de estas medidas, que además ofrecen la dimensión de restitución y compensación a las víctimas. Los instrumentos jurídicos mencionados refieren las ventajas de la participación activa y protagónica del joven infractor, así como los beneficios tanto para sí como para las víctimas y la sociedad en su conjunto, de que existan instancias que permitan sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal, fomentando programas comunitarios que habiliten espacios de remisión de casos, la Reglas de Beijing, en atención a los principios de fomento del bienestar del menor y el principio de la proporcionalidad, en la Regla 5 *in fine* propone “los tipos de respuesta nuevos e innovadores son tan necesarios como las precauciones para evitar cualquier ampliación indebida de la red de control social oficial sobre los menores”.

En nuestra legislación se recoge esta orientación en el CNA, Cap. III Medidas socioeducativas no privativas de libertad, Art. 83 (Obligación de reparar el daño o satisfacción a la víctima): “En cualquier etapa del proceso, previa conformidad del adolescente y de la víctima o a petición de parte, el Juez podrá derivar el caso a mediación, suspendiéndose las actuaciones por un plazo prudencial. Alcanzado un acuerdo, previo informe técnico y oídos la defensa y el Ministerio Público, el Juez deberá valorar razonablemente desde la perspectiva exclusiva del interés superior del adolescente, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta, disponiendo, en caso afirmativo, la clausura de las actuaciones. Tal decisión será preceptiva en caso de opinión favorable del Ministerio Público. El mismo efecto tendrán los acuerdos conciliatorios celebrados en audiencia.”¹⁷

2. MEDIACIÓN, una propuesta de reparación

“La mediación es un método informal, confidencial, no adversarial de resolución de disputas en las que las partes en forma voluntaria con la colaboración de un tercero neutral, facilitador de la comunicación entre ellas, colaboran en la búsqueda de una solución satisfactoria para ellas con vocación de permanencia en el tiempo.”¹⁸

¹⁶ Consideramos que este artículo se encuentra imbuido de una perspectiva funcionalista que, como se dijo, supone que puede “aislarse” a una de las partes del conflicto: el infractor, tratarlo y reintegrarlo a la sociedad, desconociendo que tanto infractor, como víctima, como la relación conflictiva entre ambos –reflejo de una relación social conflictiva e inequitativa- son partes interdependientes e inseparables en última instancia. Sin embargo sienta las bases para el contenido educativo, en sentido amplio, de las medidas que se impondrán.

¹⁷ Si bien se considera un avance significativo, la inclusión de la mediación en el proceso penal juvenil, ofrece ciertos reparos la significación que se otorga al acuerdo, *valorado razonablemente* por el Juez y el Ministerio Público, extremo que contradice una de las reglas básicas de la mediación, cual es que las partes son las únicas legitimadas para evaluar el resultado de la misma, más allá del acuerdo alcanzado.

¹⁸ Corti Acosta, G. y ot. “El desarrollo de los métodos de resolución alternativa de disputas y AUPRAD” en Mediación en el Uruguay. II Encuentro de Mediación. Ed. Auprad, Montevideo, 2000

La mediación se inscribe en los llamados “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos o Disputas”, definición genérica que merece ciertas precisiones, a saber: Alternativos, alude a que se trata de métodos alternativos a la solución jurisdiccional, si bien el transcurso de nuestras vidas, lo común es tramitar nuestros conflictos sin ocurrir a la vía judicial y lo alternativo, en realidad es el juicio.

Resolución de Conflictos: este concepto es por demás abarcativo y complejo, En esta temática se lo emplea en un sentido más restringido, hacemos cuerdo en este trabajo con la postura que cuestiona el empleo de este término, considerando que la mediación incide en el mejor manejo de los efectos negativos del conflicto y no en su resolución, que implicaría otros niveles de intervención.

Disputa: es la parte pública del conflicto, las circunstancias que habilitan la intervención de terceros en la situación.

Conflicto: con respecto a la conceptualización de conflicto digamos que en mediación es más apropiado hablar de disputa, que constituye la parte pública del conflicto, el conflicto es la relación que lo contiene. La disputa surge en el marco de una relación conflictiva, interpersonal, interinstitucional o entre distintos sectores de una sociedad, como por ejemplo la situación generada entre agresor y víctima, quienes sin conocerse personalmente antes del hecho, tienen una interrelación histórica y socialmente determinada, que los trasciende y los remite además al pacto social regido por la legislación penal, con la protección de determinados bienes jurídicos y respondiendo a intereses de los sectores dominantes.

2. 1. Principios básicos

Consentimiento informado: los participantes deben recibir la información necesaria como para poder dar su consentimiento a participar en el proceso, esto implica que se debe trabajar en profundidad en la pre-mediación, transfiriendo a las partes la mayor cantidad de información posible en torno al proceso que se iniciará, promoviendo la realización de preguntas y despejando dudas e incertidumbres, explicitando la metodología de trabajo y los posibles resultados de proceso.

Voluntariedad: está estrechamente ligado al anterior pero tiene otro alcance, la mediación es un proceso voluntario en todas sus etapas y para todos los protagonistas, incluyendo al mediador. Cualquiera puede retirarse del proceso en cualquier momento, sin que ello implique ningún perjuicio. Este es un elemento central, que en el caso de mediación en Justicia Penal Juvenil, no debe perder su carácter pues contaminaría el proceso de intereses espurios.

Confidencialidad: Todo lo que se diga durante el proceso es confidencial, tanto para los participantes como para el mediador, existiendo en algunos países el contrato de confidencialidad, que se firma antes del inicio del mismo. Si se llega a un acuerdo y desean dejarlo por escrito, lo único que se expresa en dicho documento son las cláusulas que ambos acuerden, lo que permitirá evaluar en su caso, el cumplimiento del mismo, sin explicitar otros detalles del proceso de negociación.

Respeto por el otro: Se promueve mediante diversas técnicas, un modelo de comunicación sin violencia verbal, donde cada uno pueda expresar libremente sus puntos de vista, sus percepciones, temores o recriminaciones, con la condición de considerar que se está dialogando con un *otro distinto igual*, con sus diferencias,

de extracción social, de género, de edad, de poder en varios sentidos, pero igual en tanto persona.

Autodeterminación: En un proceso de mediación nadie más que los participantes tienen poder de decisión sobre el fondo del asunto, es decir, los protagonistas son las únicas personas legitimadas para decidir si existen puntos pasibles de ser acordados y definir, en todos sus alcances, los términos del acuerdo.

Imparcialidad / Neutralidad: Este principio refiere al mediador, significa que ese tercero es imparcial con respecto a los participantes, no así con respecto al proceso, ya que se encuentra comprometido con el mismo. Escuchó a ambos y compartió la postura de que sería adecuado realizar la mediación en ese caso, estando implicado en más de un sentido con el proceso, pero no con una de las partes en particular.

2.2. Algunas reflexiones sobre su origen y resurgimiento

El empleo de prácticas mediatorias se rastrea en la historia en la mayoría de las culturas.

En el presente asistimos a un proceso de resurgimiento de los llamados métodos alternativos de resolución de disputas, entre los que encontramos a la mediación, ubicándose el inicio de este movimiento de resurgimiento, en EEUU en la década del 70.

Es un instrumento que está presente en la mayoría de las legislaciones de Europa y América. Sus campos de aplicación son variados: comunitario, familiar, educativo, comercial, relación médico-paciente, consumidor-proveedor de servicios, laboral, judicial (intra y extra procesal) en materias civil, comercial, penal juvenil, familia.

Este movimiento se produce en un contexto con determinadas características desde el punto de vista socio-histórico-cultural, que lo hacen posible y explican sus dimensiones y posibles perspectivas. Plantearemos brevemente a algunos factores a considerar:

Actuales paradigmas que surgen y a su vez configuran un universo en continuo cambio, donde lo lineal y sucesivo es reemplazado por lo simultáneo, con varias dimensiones y favoreciendo el reconocimiento de las desigualdades y el aprovechamiento de esa diversidad. Desarrollo de los conceptos de autodeterminación, usos participativos en la toma de decisiones y descentralización.

Movimiento a favor de la no-violencia y negociaciones cooperativas. Relación del individuo con el Estado, papel de la sociedad civil en el Estado democrático moderno. Responsabilidad de lo público, lo que es de todos. La crisis de representatividad y las nuevas instituciones de la sociedad civil. El resurgimiento de las comunidades locales como estrategia alternativa a la economía de y las políticas neo-liberales. La crisis del sistema judicial, tanto en lo que refiere a la cantidad como a la calidad de las soluciones en el plano jurisdiccional, que el sistema es capaz de aportar a la sociedad actual. La crisis del sistema educativo donde los conflictos y las disputas no son accidentales sino sistémicos, generados y agravados por una estructura autoritaria de distribución de poder y el surgimiento

de objetivos básicos de una nueva educación: deuteroaprendizaje / aprender el cambio / desarrollo de habilidades sociales y de autodeterminación / desarrollo de capacidad prospectiva.¹⁹

2. 3. Mediación en justicia juvenil, alcances y limitaciones

La mediación ofrece una nueva perspectiva de interacción social donde los comparecientes se legitiman mutuamente, co-participando de una experiencia que les pertenece exclusivamente y de la que no puede conocerse a priori qué beneficios obtendrá cada uno, los que trascienden el acuerdo en sí mismo, el que no debe confundirse en tanto resultado visible de la mediación “exitosa”. En este punto se hace necesario realizar una precisión, si bien en los tratados tradicionales de mediación y negociación se habla de “éxito” de la misma si las partes arriban a un acuerdo como fruto del proceso mediatorio.²⁰ Sin embargo este concepto ha sido revisado por otros autores con quienes se comparte la relativización del acuerdo como medida de éxito o fracaso de la mediación, considerándose relevante que se cumplan otros objetivos de la mediación, como asumir responsabilidades, ser protagonista del proceso, recibir y otorgar valoración y reconocimiento mutuos entre las partes.²¹

La mediación es una medida dentro de la justicia juvenil con una indicación precisa, teniendo en cuenta las características de la infracción, del joven y de la víctima. La justicia penal juvenil, que pretende incluir objetivos educativos, no puede eludir sin embargo, la cuestión de la responsabilidad así como incluir, una mayor atención a la víctima y al vínculo con la comunidad, “De allí la importancia que adjudicamos a potenciar programas y experiencias sistemáticas de abordaje del conflicto que incluya a la propia víctima y/o la comunidad como un actor participante activamente. La posibilidades de los programas de Conciliación-Reparación, como instrumentos que atienden satisfactoriamente varios de los nudos problemáticos planteados - especialmente cuando se aplica en materia de menores- son abundantemente referidos por la experiencia internacional”.²²

La mediación se inscribe dentro de las medidas socioeducativas no privativas de libertad, presupone que el infractor admita su responsabilidad en el hecho y causación del daño, posibilita una instancia de justicia reparadora y habilita la participación activa de la víctima.

Es aceptado el impacto favorable de este tipo de medidas, en cuanto a un mayor cumplimiento, menor porcentaje de reincidencia. Sin embargo, se debe consignar

¹⁹ Para ampliar ver: Oyhanarte, M.(1996) “Los nuevos paradigmas y la Mediación” en *“Mediación una transformación en la cultura”* Gottheil y otros Ed. Paidós Argentina y Corti, G. y ot. (2000) ob.cit.

²⁰ En esta línea se ubica el llamado Modelo Tradicional-Lineal de Harvard. Ampliar en Fisher, R. y Ury W. (1994) “Sí... ¡de acuerdo! Como negociar sin ceder” Grupo Ed. NORMA Colombia

²¹ Modelo Transformativo de Bush y Folger y Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb. Ampliar en: Suárez, M.(1996) “Mediación. Conducción de disputas y Técnicas” Ed. PIADOS Buenos Aires: p.50 a 65

²² Morás, L. E. “Desafíos y oportunidades en la Administración de Justicia de Menores” en Revista *Herramientas Año 1 N°1*, Montevideo, 2000: p. 93 y 101-102

que es una medida escasamente utilizada en la actualidad en el derecho penal juvenil de nuestro país, careciendo por lo tanto de soporte y legitimación institucional. Debemos consignar que ni el instituto de la mediación, ni otra medida alternativa a la internación en justicia penal juvenil, debe pensarse como estrategia de *re-socialización o re-educación* del joven. Pensemos que éste ha integrado a través de su historia de vida, un proceso personal y único vinculado con ámbitos formales e informales de educación, que constituyen su proceso de socialización. Cada persona se socializa y educa en forma acorde a sus circunstancias y si pretendemos incidir en dicho proceso, habría que pensar en introducir cambios estructurales más profundos. Sin embargo se visualiza su capacidad de introducir una experiencia de aprendizaje de social alternativa.

2.4. Factores que influyeron en la difusión de la mediación víctima-ofensor:

Entre otras se destacan tres:

- El redescubrimiento de la víctima por parte de la criminología y la creciente atención que recibe en la política criminal.
- La crisis de los internados como instituciones socioeducativas.
- La difusión de la aplicación de las experiencias positivas que se han registrado internacionalmente de la mediación en el derecho penal juvenil. Pérez Manrique reseña que en culturas remotas existe la mediación y el origen de su utilización en el ámbito judicial surgen del movimiento de atención y compensación de la víctima, que no tienen finalidad educativa. Las primeras experiencias se realizan en Minesotta en el año 68. En Europa se aplicó inicialmente en los países nórdicos y en la actualidad, con éxito, en Alemania, Inglaterra y España, señalando que “en Barcelona se han generado experiencias muy ricas de aplicación del sistema con finalidad esencialmente educativa, por oposición al modelo norteamericano”.²³

2.5. Actores: Joven infractor / Víctima / Mediador-a

Los protagonistas de la mediación son: el joven infractor, la víctima y el mediador/a, cada uno con expectativas e inserción diferentes.

El mediador no soluciona el conflicto, sino que mantiene su rol de tercero conductor del proceso y facilitador de la comunicación entre las partes.

La mediación tiene como presupuesto que el infractor admita su responsabilidad tanto en el hecho como en la causación del daño, si bien esto segundo es más probable que llegue a registrarlo en el correr del proceso mismo de la mediación y no antes. Con respecto al primer aspecto, se vulneraría el principio de inocencia si se derivara a mediación a alguien que no reconoce o de quien no surge claramente que sea autor de la conducta que se le imputa.

Con respecto a la víctima se genera una instancia institucional de escucha, en el que ocupa un papel protagónico, se le brinda la oportunidad de expresarse, más allá de ser denunciante o testigo, rol clásico en el derecho penal, del cual se ha dicho que la

²³ Pérez Manrique, Ricardo “La Mediación Víctima Ofensor: marco jurídico institucional” en Revista *Herramientas Año 1 N°1*, Montevideo, 2000, p.15

víctima es *la gran olvidada*, interesando más la reparación a la sociedad que a la víctima individualmente considerada.

Para ambos protagonistas se produce una instancia de adquisición de habilidades y aprehensión de la realidad, desde un ángulo hasta el momento inexistente en su experiencia, en efecto la posibilidad de ponerse en el lugar del otro, si bien esto es harto difícil, ya que generalmente se trata de personas con historias de vida generalmente muy diferentes. Este *encuentro de diferencias* es una de las riquezas de la mediación, que operará en el tiempo de manera diferente e impredecible, en cada uno de los participantes.

2.6. Proceso voluntario

Como se dijera, este proceso es voluntario para todos los protagonistas y da comienzo con lo que podríamos llamar pre-mediación, trabajando por separado tanto con el joven como con la víctima.

En justicia juvenil la mediación se emplea fundamentalmente en dos situaciones y en cada caso la cuestión de la voluntariedad, central en el proceso mediatorio, reviste algunas particularidades.

a. Mediación entre pares

Esta modalidad difundida especialmente en el ámbito educativo, se especializa en el tratamiento de disputas en el marco de relaciones conflictivas y con empleo de violencia entre pares.

Generalmente se trata de disputas que se producen en el marco de una vinculación violenta entre adolescentes, en el contexto barrial, liceal u otro. En estas situaciones los protagonistas pueden representar grupos ampliados de pares, que a su vez mantienen relación conflictiva, por lo mismo es necesario trabajar cuidadosamente en la etapa de pre-mediación, a fin de promover la adhesión voluntaria al proceso y fomentar su capacidad de sostener un posible acuerdo al que arriben, concientes de que los protagonistas ‘no están solos’ en ese conflicto.

Cuando se producen acuerdos mediatorios en estas circunstancias, sus efectos positivos también alcanzan a los grupos de referencia de los participantes.

b. Mediación víctima – ofensor.

Cuando los comparecientes acceden a una instancia de mediación en el marco de un proceso penal, tanto ‘infractor’ como ‘víctima’ -u “ofensor” “ofendido”, como también se denominan en la literatura específica- se encuentran en condiciones muy especiales en cuanto a su voluntariedad de participar en él.

Nuevamente se señala la importancia de la etapa pre-mediatoria, sobre todo en nuestro país en un terreno en el que esta práctica no se encuentra suficientemente difundida ni legitimada socialmente.

El desequilibrio de poder no se considera un obstáculo para la realización de los procesos mediatorios²⁴, en realidad es parte del aprendizaje que promueve. Es interesante pensar en la cuestión del poder, en una mediación entre un adolescente agresor y su víctima, si el agresor es varón y joven y la víctima mujer y mayor por

²⁴ Quedan excluidas situaciones de abuso de poder tales como las situaciones de violencia doméstica, delitos con especial violencia, etc.

ejemplo. Hay esferas de poder de las que el adolescente no queda desplazado automáticamente, aunque se encuentre en situación de exclusión social, tiene un grado de poder, que ha ejercido en detrimento de la víctima en una situación determinada.

3. MEDIACIÓN Y SISTEMA PENAL JUVENIL

A modo de reflexiones finales

Las experiencias de exclusión, como se viera, son matrices de construcción de subjetividad, que refuerzan la exclusión en las diversas áreas de desempeño social de los jóvenes, contribuyendo a fijar a cierto sector de la adolescencia en un lugar desvalorizado socialmente. Estos adolescentes mayoritariamente varones, urbanos, provenientes de familias en situación de exclusión social, constituyen las *víctimas-victimarios* que son captados por el selectivo sistema penal juvenil.

En la actualidad, nos encontramos en un cruce de caminos entre la Doctrina de la Situación Irregular y la Doctrina de la Protección Integral, consagrada en la CDN, con sobrevivencias de la primera a través de prácticas estigmatizantes y la persistencia de la construcción punitiva del delito cometido por adolescentes, estereotipos que aluden tanto al pasado como al presente y futuro del adolescente en infracción. Parafraseando al historiador Ignacio Lewkowicz, se diría que “nada nuevo puede ocurrir” y lo nuevo sólo ilustraría lo sabido: *anotaciones en el pasado, infractores en el presente, peligrosidad en el futuro...*²⁵

En este trabajo nos preguntamos, si el proceso de mediación ofrece elementos socioeducativos, capaces de introducir algún cambio en la trayectoria personal de los jóvenes que ingresan en el sistema penal juvenil, considerando en efecto, que las experiencias innovadoras como la mediación tal como fuera conceptualizada en este trabajo, podrían habilitar espacios alternativos de construcción de subjetividad, tendientes al ejercicio de la ciudadanía adolescente.

Los encuentros de mediación, en cuanto instancias de participación, habilitan una modalidad relacional en la que es posible la inclusión del otro, la consideración del otro como interlocutor legitimado y legitimante.

En nuestro país esta práctica no tiene todavía la institucionalidad que le asegure una continuidad y permita explotar todas sus potencialidades, una de las cuales sería comprometer a la sociedad civil a través de centros barriales de mediación especializada en justicia juvenil, con posibilidades de articular distintos recursos comunitarios que permitan un proceso sostenible, evitando el riesgo de generar falsas expectativas, tanto en el ‘infractor’ como en la ‘víctima’. Esto permitiría así mismo efectivizar la posibilidad de sustraer situaciones al sistema judicial.

²⁵ Lewkowicz, I. “Sobre el acontecimiento universitario en las prisiones” en *El malestar en el sistema carcelario*. Ediciones El Otro, Bs. As., 1996 (citado en el trabajo de grupo “Menor ataca a niño” en la Maestría Derechos de la Infancia y PP/2006)

En este sentido se señala la necesidad de diseño de Políticas Públicas tendientes a ofrecer alternativas innovadoras en política criminal juvenil, que mantiene -a pesar de los notorios avances en la garantía de derechos que significó la aprobación del Código de la Niñez y de la Adolescencia- supervivencias de la doctrina de la situación irregular, con la criminalización del sector de la adolescencia excluido socialmente, depositario de *peligrosidad* y responsabilizado de la *inseguridad ciudadana*.

Consideramos que el Estado debe asumir la responsabilidad de articular con la sociedad civil mecanismos que ofrezcan la posibilidad de experiencias alternativas de construcción de subjetividad, tendientes a la toma de responsabilidad y de inclusión social de adolescentes captados por el sistema penal juvenil, fomentando instancias de aprendizaje de ejercicio de ciudadanía, procesos de autonomía progresiva y derecho a la participación consagrados en la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo también señalemos que es responsabilidad de las organizaciones no gubernamentales generar propuestas que signifiquen opciones válidas, a efectos de que se pueda por un lado sustraer situaciones al sistema judicial y por otro ya en el proceso penal juvenil en el ámbito judicial, disponer de un abanico de medidas alternativas que permitan lograr que la internación llegue a constituirse verdaderamente en una medida excepcional, tomada exclusivamente cuando no existan otras medidas adecuadas dentro de las no privativas de libertad.