



PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS PENALES

Gabriela Rodríguez

(Área resolución de conflictos y sistema penal OSPDH)

*“Se echó al monte la utopía, perseguida
por lebreles que se criaron en sus rodillas y que al
no poder seguir su paso la traicionaron, y hoy funcionarios
del negociado de sueños dentro de un orden, son partidarios de capar al cochino para que
engorde.”*

Joan Manuel Serrat, UTOPIA

Desde hace algo más de 30 años se debate, en los países del sistema codificado y entre ellos, en la península ibérica, si es posible intervenir en conflictos penales con las herramientas que aporta la mediación. A la par, en algunos lugares del Estado Español comenzaban las prácticas de mediación penal, sobre todo ligadas al contexto juvenil, pero también (y algo más tarde), en el ámbito de adultos, fundamentalmente en lo penitenciario y en el campo de las llamadas infracciones menores (faltas y delitos con pena leve). Europa, que en algunos de sus países había sido precursora de este movimiento, fundamentalmente bajo la etiqueta de la “justicia restaurativa”, dio luz, en el año 2001 a la Decisión Marco del 15 de marzo del Consejo de Europa sobre el Estatuto de las víctimas en el proceso penal, en la que incluyó la obligación de los Estados Miembros de establecer, antes del año 2005, sistemas de mediación penal en sus legislaciones.

La discusión sobre la posibilidad, la viabilidad y la conveniencia de que víctima y ofensor puedan decidir cómo se resuelve el conflicto al que la ley del Estado denomina penal, que aún hoy parece absurda a muchos contertulios y a no pocos ciudadanos, se ha instalado con más fuerza de la mano del proceso de paz en Euskadi y a la luz de la pacificación de Irlanda del Norte, donde víctimas y victimarios han participado de procesos de reconciliación. En este debate intervienen¹ a nivel académico, no solamente quienes se denominan “expertos en mediación”, sino también aquellos que se denominan “expertos en criminología²”; sin embargo, hasta el momento, la razón del debate en cada uno de los grupos de expertos, su por qué y su

¹ Además, naturalmente, de los protagonistas de los conflictos que caen bajo la luz (¿o sombra?) de la ley penal, o sea, víctimas, ofensores, familiares, etc.

² Cuando se menciona aquí a los expertos en criminología se incluye también a aquellos que se denominan victimólogos. Ello no pretende ser una toma de partida en la discusión sobre la autonomía o la dependencia de la victimología como rama del derecho penal o de la sociología. Se trata simplemente de un recurso para simplificar el relato.

para qué, permanece diferenciada. De la misma manera, las certezas de ambos grupos parecen ser opuestas.

Los expertos en mediación incursionan en el terreno con preguntas relativas a la técnica de intervención, a los límites que tal intervención debe reconocer (excluyendo o incluyendo los llamados delitos graves o aquellos en los que el autor no se arrepiente del hecho, preguntándose sobre el momento en el que la víctima está en disposición de afrontar el proceso, etc.) y al compromiso del mediador frente al conocimiento de un delito de acción pública. Los criminólogos, a su turno, se preguntan por cuestiones como la ampliación de la red de control social formal, la “privatización/mercantilización del derecho penal” (que ven detrás de los sistemas GAC³ penales), el beneficio que supone para la víctima recuperar el protagonismo en la resolución del conflicto o la “abdicación” del ius puniendi estatal. A la hora de las certezas, los primeros sostienen que la mediación de casos penales mejorará el sistema de administración de justicia porque descongestionará los juzgados, que el delincuente recibirá una respuesta por el hecho cometido que le permitirá resocializarse y que el Estado contará con una nueva herramienta para contener el delito (o para prevenirlo); los criminólogos críticos (entre ellos, Christie, o Hulsman, pero también Baratta o Pavarini) sostienen que la reapropiación del conflicto por sus protagonistas redundará en una menor imposición de dolor por el Estado (lo que supone al menos una minimización de la intervención estatal, objetivo último de la creación de los programas inspirados en esa corriente), que la víctima (y por medio de ella la sociedad toda) quedará más satisfecha, lo que a mediano plazo contribuirá a una mejora en la convivencia, y finalmente, que de lo que se trata es de crear alternativas a un modelo de respuesta (el penal) que está perimido. Sus compañeros no tan cáusticos con el funcionamiento del sistema penal en el marco del Estado de Derecho sostienen que estos sistemas comportan un regreso a la ley del talión, que el imputado queda a merced de las pretensiones de la víctima (Ferraioli) o que la posibilidad de “comprar” impunidad beneficia (otra vez) a los sectores de más altos ingresos.

La lectura de estas dos listas de preocupaciones y de certezas deja como resultado que mientras que los “expertos en mediación” piensan a los sistemas GAC *desde adentro del sistema penal* (utilizando sus conceptos –delincuente, crimen, resocialización, monopolio de la acción pública, etc.- y sus valores), los “expertos en criminología” formulan hipótesis basadas en ideas que provienen de la crítica al sistema (reapropiación, ofensa, responsabilidad, consenso) o desde criterios político-criminales ligados a la concepción de la justicia como algo distinto de la transacción, y en este sentido, lo hacen *desde afuera del sistema judicial penal*. Ésta paradoja, sin embargo, no debe llevarnos a pensar que cada uno debe continuar refugiado en el terreno que mejor conoce: los mediadores el de la técnica, los criminólogos el de la crítica. Antes bien, deberían hacer intentos por confluir en algún instancia de la que estas diferencias fueran articuladas (que no diluidas) y esclarecidas.-

Dicho esto, me propongo repasar los principios fundamentales de la resolución alternativa de disputas que conocemos como “privadas”, a fin de establecer si ellos son compatibles con las bases mínimas desde las cuáles puede pensarse un sistema GAC para casos penales. Ello, porque pienso que si el saber criminológico (crítico) y el conocimiento sobre mediación pudieran encontrar un espacio de diálogo, podrían contribuir al crecimiento conceptual de las respuestas alternativas a la pena; a la vez, espero que la confrontación produzca una reflexión sobre las prácticas por así decirlo “internas” de cada grupo, como supo ocurrirme en su momento.

³ Sigla que hace referencia a la gestión alternativa de conflictos.

PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN “PRIVADA”

Los principios por los que se rige la actuación del mediador de un sistema GAC privado (civil, comercial, laboral) son voluntariedad, confidencialidad y neutralidad; estas son las bases para que la actuación de un tercero sobre un conflicto ajeno pueda enmarcarse en los principios de la mediación.

El principio de **voluntariedad** es aquel conforme el cuál se asegura a las partes que participan de una sesión de mediación que no existirá coerción para obligarlas a hacerlo. La idea base de tal principio es que, en tanto la mediación es un ámbito dialéctico, que se alimenta de la comunicación sincera entre las partes, obligarlas participar aparece como un contrasentido.

Distintas leyes de mediación del territorio español que regulan su práctica en ámbito familiar pero también en ámbitos más extensos (como la reciente ley catalana de Mediación en el ámbito del derecho privado) establecen la obligatoriedad de presentarse a la primera sesión de mediación.

Algunos textos legales españoles (ya aprobados o en trámite de aprobación) repiten esta fórmula para la obligatoriedad, otorgándole mayor o menor intensidad. A favor de ella se alega que, en tanto a lo que las partes son obligadas es a presentarse y no a acordar, la voluntariedad está preservada. Otros alegan que esta obligatoriedad está íntimamente vinculada con el carácter prejudicial de la mediación establecida en la ley, y que por lo tanto la obligación de comparecer a la audiencia debe ser vista como una carga procesal más, y no como una forma de desvirtuar la mediación.

Confidencialidad es el nombre que se ha dado al deber del mediador, de las partes y de cualquier otro participante en la audiencia (por ejemplo, los abogados) de no revelar todo aquello que ocurra durante la sesión. Este deber implica para el mediador la obligación de no comunicar a ninguna de las partes aquellas cosas que le son confiadas en las reuniones privadas previas o concomitantes que haya podido sostener con cualquiera de los involucrados (claro está, a menos que éstos lo autoricen), y a no revelarlas a ninguna otra persona. Para las partes el deber de confidencialidad implica tanto la imposibilidad de utilizar en un eventual juicio posterior los elementos a los que hubiera accedido durante la audiencia, como la prohibición de divulgar aquello que se ha dicho u oído durante ella. La confidencialidad alcanza, salvo disposición de las partes en contrario, al propio acuerdo.

Probablemente la **neutralidad** sea el principio que más cuestionado se encuentra en la práctica. La definición del mediador como un tercero ajeno al conflicto implica no solamente una “ajenidad” ab-initio, sino también el mantenimiento de dicha posición durante el procedimiento. Ser neutral significa no haber tomado parte por la causa de ninguno de los involucrados, algo similar a la imparcialidad que se le pide al juzgador. Sin embargo, cuando del mediador se trata, esta necesidad de imparcialidad deriva del hecho de que su tarea es lograr que las partes se involucren personal y emocionalmente con el conflicto y su solución, sin delegarlo en una instancia de decisión distinta de ellos (él mismo) y sin encerrarse en las posiciones iniciales (las que marcan el monopolio de la razón en uno de los contendientes). Si el mediador sale de su lugar de neutral, y es percibido por las partes como un órgano decisor (aunque sea en su pequeño gran rol de regulador de la discusión), dejarán de ocuparse en bucear dentro de si y en

los gestos del otro como un intento de encontrar la solución, y comenzarán intentos de seducción hacia el (ahora) órgano de poder. Paralelamente, si alguna de las partes percibe que esa parcialidad del tercero lo perjudica dejará de percibir la “justicia procesal” del sistema, y de ello a una escalada de ira y frustración hay un paso.

Estos puntos de partida para la intervención, con aparente sorpresa para quienes han intentado llevar al terreno práctico los métodos de mediación, han planteado “inconvenientes” a la hora de mediar un caso. Frente a ello, algunos autores proponen la “flexibilización” de los principios, hasta “adaptarlos” a la práctica; otros, asustados por el abandono de la buena senda, propugnan una vuelta a las fuentes (Busch y Folger). Este es un problema que no puede resolverse aquí; sin embargo, me gustaría decir que los inconvenientes que generan los principios cuando se intenta pasar de la teoría a la práctica no deberían causar perplejidad: confidencialidad, voluntariedad y neutralidad son garantías para las partes en conflicto frente al mediador ajeno a él, y como toda garantía, ponen un límite a la actuación de aquel que no es dueño del conflicto: es bien sabido que todo límite enerva al limitado, y está bien que así sea: está puesto para eso.⁴

Los tres principios enumerados arriba, siempre que sean asumidos como límites para la intervención del mediador, y por lo tanto como garantía para el usuario del sistema, se presentan no solamente como útiles sino también como muy valiosos para el desarrollo de las intervenciones GAC en casos penales. Si la confidencialidad, la voluntariedad y la neutralidad son respetadas consecuentemente, es poco probable que un sistema GAC represente un peligro para los involucrados en un conflicto con aristas penales: no habrá lesión al principio de defensa en juicio si lo dicho por el ofensor no trasciende el ámbito de la mediación, ni mengua para el derecho al respeto por la dignidad humana del par conflictivo si ambos llegan a la instancia sin presiones y si quien la conduce se abstiene de formular juicios e hipótesis sobre los hechos o las calidades de los involucrados. Resta ahora saber si con estos principios de actuación es suficiente.

MEDIACIÓN DE CASOS PENALES

La vigencia de estos tres principios, sostengo, deben reforzarse cuando de casos penales se trata. La necesidad de proteger a quien se presenta como víctima de una nueva experiencia traumática⁵ o de resguardar a quien es presentado como infractor frente a una posible mengua de sus garantías constitucionales y de su derecho a la dignidad, llevan a sostener que si la mediación penal aspira a ser un mecanismo compatible con el Estado de Derecho, debe respetar a rajatabla los principios que la informan.

⁴ En el ámbito del Derecho Penal también funcionan así las garantías: le ponen un límite al Estado. ¿Qué otra cosa sino la flexibilización de la garantía de juez natural o la de inviolabilidad del domicilio reclaman los perseguidores? Las garantías, en cuanto límite, siempre entorpecieron la actividad del que lleva adelante la acción, pero es que están para eso; naturalmente que sin ellas el llegar a la meta sería mas sencillo, pero ¿es eso lo que queremos? Postulo que algo similar pasa con la mediación: si el mediador pudiera proteger al menos locuaz, o forzar al remiso, o amenazar con divulgar lo que el demandado dijo durante la audiencia, se llegaría con mayor rapidez al acuerdo; pero otra vez... ¿es eso lo que queremos?.

⁵ Las razones y los efectos de esta "necesidad de protección" pueden ser múltiples: el infractor puede que no esté sinceramente interesado en participar en la mediación -pérdida de la voluntariedad-, el mediador, condolido por la desfavorable situación social del infractor o por su arrepentimiento decida que alguien debe defenderlo frente a la víctima -pérdida de la neutralidad- o porque el ofensor se niega a dar a la víctima información que ésta pueda considerar vital por miedo a su filtración hacia los órganos persecución -falta de confidencialidad-, son solamente algunos ejemplos.

Pero además, cuando se intenta abordar conflictos penales, debe incluirse un cuarto principio, ya no de actuación⁶ (como los anteriores), sino de definición del sistema: **la horizontalidad**. Este 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 documentos⁷, significa que el mediador debe comportarse, respecto de las partes, como alguien sin poder⁸ sobre ellas, que obtiene la legitimación de su intervención por la aceptación de ambos. Este principio aportará la imprescindible nota diferenciadora entre el sistema informal (GAC) y el sistema judicial de persecución pública, caracterizado por la figura fuerte del Estado (representado por el juez en los sistemas inquisitivos reformados o por el fiscal en los acusatorios o semi-acusatorios) que desplaza a la víctima de su lugar de dueño del conflicto. Si el mediador asume un rol 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 objeto de la decisión del tercero, y con este 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 (antes juzgador, ahora mediador). Entonces, no habremos creado nada nuevo.

Paralelamente, no deberían minimizarse los efectos sobre la propia víctima que una visión paternalista de su rol puede tener. Considerar a la víctima de un delito, sin más, la parte débil puede llevarla a asumir un rol pasivo, de persona demandante a quien las cosas le ocurren por (des)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 mediador debe asumir que está allí para regular un encuentro en el que se discutirá una historia (puntual si el par víctima-ofensor se formó fortuitamente, más amplio si se trata de dos personas relacionadas) de la que sabe poco o nada; 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 rol de tercero.

El principio de horizontalidad define estructuralmente la posición (el rol) del mediador frente a las partes, configurándose así como una base rectora de toda actuación GAC: es un principio que coloca a quien interviene en un lugar de “no poder”, y que a la vez que le indica su imposibilidad de ocupar un lugar de decisor respecto del conflicto durante el proceso, prefigura

⁶ Por principios “de actuación” me refiero a aquellos que delimitan el accionar de un mediador concreto en un caso concreto, aquellos que le indican, frente a la pregunta sobre si hacer o dejar de hacer, qué es lo que en el caso parece aconsejable. Denomino principios “de definición” o de “prefiguración” a aquellos que enmarcan a todo el sistema del que se trate, que expresan su contenido y su naturaleza más allá del caso concreto, sencillamente porque preexisten a dicho caso. Como principio de prefiguración, el de horizontalidad influye en la conceptualización de los principios de actuación: el no respeto al primero pondrá, como se muestra más adelante, en riesgo a los segundos.

⁷ 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 (brevemente) significa basar la posibilidad de acuerdo en la voluntad y la **ausencia de coerción** sobre las partes.

⁸ Falta de poder y falta de autoridad no son lo mismo. En cuanto conductor de la instancia de mediación el mediador debe ser, simbólicamente, una autoridad. Si así no fuera, si no pudiera aportar con su presencia y sus actos la forma racional al diálogo, no sería útil a los involucrados en el conflicto. Autoridad es rol simbólico de terceridad convocada por las partes, que con tal convocatoria se la confieren a ese tercero. Poder es potencia, es capacidad de hacer. Mientras que la autoridad se refuerza con la presencia, el poder se agota con su uso; ello se debe a que mientras la primera es simbólica, el segundo es real.

el rol antes y después como el de un tercero prescindente y del todo prescindible si las partes no lo aceptan.

Así, el mediador que lleva el caso adelante no debería jugar un rol de poder explícito o implícito⁹ frente a ninguna de las partes, ni tampoco debería haber sido o poder ser la autoridad de decisión de ese mismo caso si el proceso GAC fracasa y debe procederse formalmente. Los sistemas GAC penales que otorgan al juez o al fiscal el rol de conciliador yerran en el mismo viejo vicio de la inquisición: exigen al funcionario el desempeño de roles contradictorios e imponen al justiciable (en este caso al potencial justiciable, si se trata de un GAC alternativo al sistema) la anómala situación de tratar con alguien cuyo rol no está definido¹⁰.

Como problema accesorio para los sistemas donde la quiebra de la horizontalidad llega tan lejos que el mediador es la autoridad de persecución, o el juzgador, o en definitiva tiene una relación funcional de dependencia con ellos, es el de la confidencialidad: si éste es uno de los principios caracterizadores de las intervenciones mediadoras ¿cómo se concebirá la confidencialidad cuando el funcionario “en ejercicio de sus funciones” este conociendo no solamente de la comisión de “ese” delito (aquel en el que está mediando), sino también de otros delitos, o de la confesión del delito originario; ¿qué ocurriría con el conocimiento adquirido por ese funcionario público parte del sistema penal si la mediación fracasa, o si el acuerdo no se cumple y el proceso sigue adelante?; más allá de esto ¿será luego procesalmente recusable?

CONCLUSIÓN

Las líneas que anteceden pretenden demostrar que el campo de la criminología (y también el del derecho penal) y el de la mediación deberían confluir en una reflexión común sobre si, cómo, por qué y para qué queremos mediar casos penales. En tanto exista un sistema estatal, centralizado, profesional y con iniciativa propia (o con “vida” propia, como cabe caracterizarlo con mayor exactitud) destinado al procesamiento de los conflictos que la ley define como penales (y por consiguiente, mientras subsista esa categorización), cualquier sistema que quiera erigirse paralelo a él debe ser consiente de la influencia que el que le precede va a tener sobre el novel, y sobre las sinergias que puedan establecerse entre ambos. Aún cuando se pretenda salir de la lógica del poder y e ingresar en la lógica del diálogo entre iguales es necesario recordar que el poder no se disuelve en la nada: únicamente se reacomoda.

Una segunda cuestión pretende quedar planteada desde este texto: el problema de la teoría como dominio de los expertos vs. la práctica, como espacio de los practicantes. Desde hace ya bastante tiempo, Naciones Unidas utiliza para sus proyectos de transferencia de tecnología una

⁹ Roles explícitos de poder son el del juez, el del fiscal, el del funcionario perteneciente al sistema de persecución; roles implícitos de poder son aquellos que pueden escenificarse con la auto-invocación de la calidad de experto en una determinada materia “... no se preocupe, yo se qué es lo mejor para usted en esta situación; hace años que me ocupo de esto...”, o con la invocación de influencias sobre los órganos de decisión (sobre el juez o el fiscal), o en general por cualquier otra pertenencia o calidad que otorgue al mediador, a los ojos de una o ambas partes, la calidad de titular de un poder.

¹⁰ En este sentido comenzó pronunciándose el Ministerio de Justicia francés en 1992, censurando la “mediación penal retenida” realizada por los fiscales a cargo de quienes estaban las *maisons de Justice*, para finalmente prever en el Código Procesal Penal, como condición para ser mediador penal la no pertenencia al sistema judicial en ninguno de sus roles. Al respecto, con una opinión similar a la sostenida en el texto puede verse “La mediación como respuesta a algunos problemas jurídicos criminológicos. Del presente francés al futuro español.”, de María Begoña San Martín Larrinoa, editado por el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, 1997, pag. 197 (censura ministerial de la función mediadora del fiscal) y 136 (referencia a la reforma del texto legal, relativizando su efecto censorador del desempeño de tal función por el perseguidor).

definición para el término “experto” cuya aplicación a este campo produce un resultado que me parece óptimo: experto es aquel que conceptualiza su práctica. Ésta definición implica que no puede llamarse así a aquellos que, habiendo pasado por alto la teoría de una disciplina (o habiéndola consultado sólo superficialmente) se dedican a practicar una determinada actividad sin reflexionar sobre ella, cualquiera sea el tiempo que le dediquen o le hayan dedicado; implica también que no es experto (en los términos antes definidos) aquel que, sin haber practicado nunca el arte del que se trate, pretende manejar y modificar los conceptos con los que operan aquellos que hacen la tarea. Así, experto es aquel que, munido de los conocimientos teóricos fundamentales de la disciplina, realiza una práctica de ésta, práctica que lo lleva a su vez a poner a prueba sus premisas teóricas y en su caso a reformularlas, descartarlas o crear otras nuevas. Éste es el proceso que lleva, por lo demás, a la creación de un conjunto de conocimientos no petrificados, a la creación de algo distinto al dogma¹¹.

Aplicando el concepto al ámbito de la resolución alternativa de conflictos penales, un experto en GAC penales es aquel que reúne conocimientos teóricos de mediación y de derecho penal / criminología, y ha puesto en práctica ambos. Si ésto ha sido hecho con algún éxito, podrá ensayar alternativas para hacer confluír, tanto en la teoría como en la práctica, los dos caminos por los que ahora transitan separadamente, las certezas y los cuestionamientos sobre la posibilidad de mediar en conflictos penales.

La mediación en general, pero en particular aquella que intenta ocuparse de conflictos que han llevado a la afectación de bienes jurídicos que la ley reputa como esenciales, ha nacido como un terreno siempre inacabado, siempre incompleto. Es la utopía de algunos, ese lugar al que nunca se llega, pero que alimenta los sueños y las esperanzas para continuar en el camino. La mediación se plantea a sí misma como una sinfonía inconclusa, inacabada e inacabable, una obra en la que todos pueden contribuir a condición de no pretender que con su aporte se complete la partitura. Para conservarse así debe admitir que la práctica es la fuente, es el inicio y el fin último de la teoría; una teoría de la mediación que no se vivifique en la práctica morirá seca en libros que ya nadie leerá, en la cabeza de algunas pocas bibliotecas andantes, como las de Bradbury. Pero debe saber también que si se refugia en una mera reproducción mecánica, terminará por convertirse en una pared inamovible e inmovible, en otro sistema cerrado, completo, terminado, inhumano.

Probablemente esta esperanza de incompletud sea otra de las diferencias (sino la más importante) de los sistemas GAC con el sistema penal: mientras en éste la percepción de fiabilidad aumenta cuanto más completo, más acabado aparece, en el terreno de la resolución alternativa de conflictos es la eterna posibilidad de dar un paso más allá, de superarse a sí mismo en una magnitud indefinida lo que, creo, sostiene la fascinación de practicantes y usuarios. Busquemos caminos para que esa fascinación no encuentre cercos.

¹¹ Tanto la mediación como la criminología crítica comparten una suerte de “alergia al dogma”. La primera, en tanto se define a sí misma como un mecanismo informal; la segunda, porque nació con un fuerte componente de crítica a los sistemas de dogmática penal. Sobre esto último, puede consultarse el artículo de Alessandro Baratta “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”, publicado en *La Política Criminal en la actualidad*, pág. 28 y sgtes.