

## EL ESPACIO DE LA MEDIACION PENAL.-

Mi propósito es profundizar algunos aspectos con relación a la singularidad del espacio de la mediación cuando nos situamos como mediadores frente a un caso de naturaleza penal.

Las notas que siguen son un paso más con relación a algunas ideas ya expuestas sobre la mediación en la materia penal\*, consolidadas por la observación de la práctica profesional, Pero es sólo un instante previo a nuevos pensamientos y probables discusiones sobre este tema, siempre fascinante.

Una vez más, aclaro que escribo desde mi rol de mediadora y en modo alguno deben verse estas ideas como afirmaciones categóricas sobre la materia penal, psicológica o criminológica, sino como un intento por compatibilizar estos enfoques.

### **I.-Nociones previas**

#### **I a) Concepto de Mediación en general:**

Estamos hablando de un sistema alternativo, no excluyente, de resolución de conflictos, donde las partes asistidas por un tercero neutral, son acompañadas en el proceso de toma de decisiones con relación a su desacuerdo. Se trata de un proceso voluntario, confidencial, flexible, donde las decisiones son autocompuestas, centrado en el futuro, donde se enfatizan las necesidades reales de los participantes.<sup>1</sup>

#### **II.- b) Concepto de Mediación Penal:**

Para decirlo brevemente, y reproduciendo las características antes apuntadas, nos encontraríamos frente a un método voluntario, confidencial, donde el mediador neutral asiste a las partes en un proceso interactivo, apuntando a la satisfacción de sus necesidades, *con relación a un episodio que han vivido en común, que en la percepción de alguna de ellas, podría ser desplegado en el escenario del proceso penal, no sólo con las consecuencias propias de este procedimiento, sino con la posibilidad de que el mismo concluya con una sentencia condenatoria que implique la pérdida de la libertad para quien resulte culpable.*<sup>2</sup>

Y lo digo así, en sus formas más nítidas y extremas para dejar planteada desde ya la gravitación que en este marco encuentra el concepto de la “*alternativa*”<sup>3</sup> como la posibilidad real y legal de que una parte accione y sobrevengan los graves efectos de un proceso judicial sobre la vida de las personas comprometidas en la situación.

<sup>1</sup> Caram, María Elena “Hacia la Mediación Penal La Ley 20/03/2000.-

<sup>2</sup> Idem (1)

<sup>3</sup> Ury W. Y Fischer R “Obtenga el sí”, Compañía Editorial Continental, 1995.

Y como a veces hemos dicho, y tal vez ésta sea una fuerte característica distintiva de la mediación conectada con el ámbito penal, el mediador en estos casos no podrá desconocer esa fuerte presión que acecha silenciosamente fuera de la sala de mediación, para el caso que las partes traspongan su umbral sin haber alcanzado un acuerdo. Es verdad que, hoy por hoy, la vigencia del principio de oficiosidad y de legalidad, hace que no sea materia de negociación para las partes una decisión básica acerca de la acción judicial, pero contamos con la suposición que la incorporación de un acuerdo entre los protagonistas de la situación no ha de pasar desapercibido para el Tribunal, sobretodo si éste comprende la intensidad que puede alcanzar el proceso de mediación, cuando se logra un trabajo profundo y el acuerdo *genuinamente* surge de las partes.

Agreguemos, además, que no se trata de un mecanismo para negociar las penas, ni obtener impunidad, ni agravar la situación de los involucrados, ni en lo procesal ni en lo personal, ni que tampoco es un procedimiento aplicable indiscriminadamente a todos los casos.<sup>4</sup>

### **I.-c) Caso Penal**

Si bien no es fácil describir en forma definitiva qué aspectos llevan a considerar un conflicto como supuesto de mediación penal, pueden delinearse algunos criterios a tomar en cuenta, más aún si esta caracterización se intenta a efectos de prever una experiencia en materia penal y evaluar consistentemente sus resultados.

Como marqué en el punto b) me inclino a pensar que un elemento relevante es el *criterio subjetivo de ser percibido por los protagonistas como tal* (es decir, como un caso apto para ser llevado a la acción penal). Como muy bien lo dice Matilde Risolía, “en el denunciante el deseo puesto en juego o amenaza de darle a la situación este encuadre: y en el denunciado, el temor o peso que sobre él ejerce esta posibilidad”. No excluye este pensamiento tener en cuenta otros *criterios objetivos*, vinculados con la *naturaleza del caso* o *la existencia cierta de un procedimiento penal*, en cualquiera de sus estadios.<sup>5</sup>

## **II.- Singularidad del espacio**

Delinearé algunas características que entiendo propias del espacio de la mediación penal, comparándolas en algunos casos con su alternativa más fuerte, es decir, el proceso judicial.

### **II a) La Privacidad:**

Entiendo por *privacidad* la no exposición de las partes y sus cuestiones más allá de las personas a quienes ellos mismos aceptan incluir.

Distingo la *confidencialidad* de la privacidad, ya que la primera hace a la obligación que se establece para los participantes de no trasladar fuera del ámbito de las conversaciones propias de la mediación lo expuesto en las mismas, ya sea por la

---

<sup>4</sup> ídem (10 y (2)

<sup>5</sup> Risolía Matilde “El Caso en Materia Penal”, en este mismo número, 2002.

imposición genérica de que viene de la ley, por el reforzamiento proveniente de la firma de un convenio de confidencialidad para la situación específica o por la construcción que efectúa el mediador por definición propia del proceso mediatorio. Como es sabido, existen además las áreas internas de confidencialidad, no hacia el afuera (básicamente el tribunal o eventualmente la prensa) sino entre las mismas partes, que el mediador aplica a la información explicitada en las reuniones individuales.

La confidencialidad ayuda a que se abran temas que quizá en el ámbito judicial no se desplegarían. Colabora con la privacidad, *pero no es lo mismo*.

Se trata más bien del *clima de reserva* que tiende a establecer el mediador basado en la instalación de la confianza, el aliento a la narración, el cuidado en la reconstrucción, cuando es posible, de la relación entre las personas, el intento de compaginar las diferentes percepciones. Este desarrollo suele dotar a la mediación de un marco reflexivo que no condice con la publicidad del mismo. Tampoco es misterioso, simplemente *reservado*.

La privacidad que la mediación encierra no implica necesariamente *intimidación*. No hay propósito deliberado de que salgan a la luz secretos recónditos de las personas. Si los mismos acuden, en función de la situación, serán atendidos por el mediador a través de su escucha, y la legitimación que la misma confiere, pero no serán materia de un trabajo dirigido a los mismos, más acorde con un ámbito terapéutico que con el de un proceso acotado como es la mediación. La privacidad que naturalmente se instala es la que proviene de la concentración de las partes en el episodio que las atraviesa, la reflexión sobre el mismo, el intercambio de sus emociones y percepciones, y la búsqueda de una salida.

Recuerdo una frase de Haynes con relación a la mediación familiar, que solo traslado analógicamente, para sugerir el límite: el mediador solo entrará a la sala de la casa de la familia, para conocerla, entender sus códigos y comprenderlas mejor, pero no entrará en su dormitorio, porque no es su ámbito.<sup>6</sup>

El proceso judicial también respeta alguna privacidad. La realidad que se construye procesalmente es la que refleja el expediente o la que asoma verbalmente en las audiencias orales. El grado de reserva personal depende de lo que las partes deseen volcar, o lo que sus letrados entiendan estratégicamente útil. Pero lo dicho- a veces probado, a veces no- *se cristaliza en el expediente y es de carácter público*, aunque este acceso sea restringido en virtud del secreto del sumario, primero y la posterior reserva de las actuaciones. Ello no quita, por acotada, la posibilidad efectiva de conocer las constancias.

Y así como la realidad para el Juez es la que surge de la reunión de los elementos en el expediente judicial, o lo aportado dentro del marco ritual en las audiencias orales, *la realidad con la que se desenvuelve el mediador es la construida por la narrativa de las partes*.

El clima privado o público que se instala influye, insoslayablemente, en el abordaje del conflicto, en la expresión de las partes y en el resultado dinámico de su tratamiento.

*Cómo vivirán las partes este espacio?* Verán en él las características que buscamos los mediadores?

La respuesta es siempre relativa.

---

<sup>6</sup> Conferencia de John Haynes en su visita a nuestro país, organizado por la Fundación Libra, en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, noviembre, 1999.

Si se compara la naturaleza del espacio del juicio, ni qué decir del espacio de la prisión donde la privacidad es nula, no hay resquicio humano que no esté expuesto y a la intimidad no le asiste la privacidad<sup>7</sup>, por cierto que sí. Si la referencia es, en cambio, estar frente a interlocutores diferentes de los cotidianos- abogados y mediador-, instalados en un ambiente algo más institucional -centro de mediación u oficina del mediador-, distinto de los lugares ordinarios en el que las personas se desenvuelven a diario (la familia, el trabajo, el barrio)<sup>8</sup>, la respuesta no es la misma. Si los protagonistas tienen una historia vincular previa, los hemos trasladado a un espacio diferente, probablemente novedoso, tal vez intimidante, tal vez potenciador del protagonismo; si no se conocen, están a punto de hacerlo. Pero en cualquier caso, el momento es claramente más expuesto.

*Se requiere todavía mucho para que el proceso avance y se instale.*

De allí la fuerte conveniencia que ninguna experiencia en materia penal debiera desconocer, de mantener primeramente encuentros privados con las partes donde se sienten las primeras bases de un clima mejor, donde la gradual confiabilidad aligere el natural desconcierto de la situación.<sup>9</sup>

### **III.-La Percepción de Tiempo**

Los tiempos del proceso judicial se miden por plazos. La mirada de los protagonistas está puesta en el cumplimiento de los términos (“*tengo tantos días para apelar, debo esperar al juicio*”, etc.). Todas las referencias concentran la atención *sobre los lapsos procesales, más que sobre los tiempos reales del conflicto*, cómo están las personas, sus procesos de comprensión de las pérdidas, duelo, de dolor, de temor, de asunción de los efectos, etc. Ni qué hablar si el tiempo es percibido desde la prisión, donde se pierde su noción, los días son iguales, las etapas de vida, irrecuperables.<sup>10</sup>

El tiempo de la mediación es, por lo general y comparativamente, *breve*. Se busca configurar un tiempo *concentrado y reflexivo* para que las partes analicen lo que pasó, y cómo se sale de ello a través de alguna forma reparatoria. Es un tiempo útil donde deberá registrarse un gradual proceso transformativo, de comprensión y clausura en la víctima, de responsabilización en el infractor<sup>11</sup>, imprescindible para la superación del episodio en uno y para la toma de conciencia y “hacerse cargo” por parte del otro, o en su caso de ambos, elementos estos últimos imprescindibles para evitar que la no aceptación y el distanciamiento del hecho no permita comprometerse con sus consecuencias, como condiciones necesarias para intentar impedir la reiteración de los mismos.<sup>12</sup>

### **IV.- La palabra.**

---

<sup>7</sup> Dobon Juan “Estrategias de Intervención: 3 que advengan 4” en “Lo público, lo privado, lo íntimo” pág. 26 Ed. Letra Viva, 2001

<sup>8</sup> ídem (7) pág. 31.

<sup>9</sup> Umbreit, Mark S. Ph D”Mediating Interpersonal Conflicts- A Pathway to Peace”, pág. 159) CPI Publishing West Concord, Minnesota, 1995

<sup>10</sup> Iñaki Rivera Beiras, Prologo a la obra citada en (7), pág. 10

<sup>11</sup> Eilbaum Diana, Disertación en el marco de las Jornadas de Encuentro de Mediadores, organizadas por Mediadores en Red, Chapadmalal, 2001

<sup>12</sup> Gerez Ambertín, Marta “El Sujeto de la Pena: Culpa y Ley” Actualidad Psicológica, agosto, 2001

El proceso judicial ofrece un *escaso marco para la palabra de los protagonistas*. Es interesante observar a la luz del análisis de los expedientes judiciales, la magra proporción de intervenciones directas de los sujetos en las actuaciones judiciales.<sup>13</sup> Sí en cambio aparece el lenguaje técnico jurídico y judicial, por parte de los operadores del sistema judicial: funcionarios del Juzgado, defensores, asesores, peritos forenses, asistentes sociales, etc.

Y su palabra alcanza una dimensión muy significativa, porque en muchos casos es *operativa*. Un informe médico, o un informe socio ambiental puede determinar *categorizaciones* que modifiquen la situación definitiva de las personas.

El discurso de las partes, a su vez, aparece traducido por sus letrados, y muy difícilmente quedará registrado con alguna espontaneidad, porque forzosamente el lenguaje técnico opaca la frescura de los protagonistas.

He dicho antes que, en última instancia, las actuaciones escritas judiciales revelan una práctica social, y lo que allí aparece *es lo que es*. No me refiero naturalmente a la realidad del conflicto, sino al paradigma subyacente que aparece reflejado. Si de hecho se busca la palabra de los sujetos en las actuaciones judiciales, las mismas hablan por sí, constituyendo el espejo de la práctica social y jurídica de una época determinada.<sup>14</sup>

La mediación aparece como un *espacio para la palabra de mayor plenitud*. La expresión de los participantes está amparada por la confidencialidad y alentada por la generación de empatía por parte del mediador. Acondicionada por una escucha generosa y atenta, la narración de las personas y la reflexión sobre sí, sobre el otro y sobre los hechos encuentra su eje vertebral bajo la conducción del mediador. *Aquí sólo hablan las partes*, y supuestamente *el mediador habla lo menos posible*, y el discurso de los abogados está dirigido al enfoque técnico legal y judicial básicamente al momento de analizarse la *alternativa*.

Si el otorgamiento de la palabra bajo esta forma tiene algún efecto constitutivo sobre las personas, entendiendo por tal el fortalecimiento de la percepción de sí mismo, de su capacidad de decisión, de pensar, de comprender, aun sin compartir, este sería una potencialidad de la mediación<sup>15</sup>.

*Sincero desafío para el mediador, para la definición clara de su rol, para revisar sus costados más controvertidos: su tendencia a evaluar, juzgar y aconsejar.*

## **V.- Las categorizaciones.**

El desarrollo del proceso penal fija estereotipos sobre las personas, cómo son las categorías de víctima y victimario. La sentencia penal, finalmente, puede llevar a la estigmatización de las personas. Ni hablar si la sentencia es condenatoria y debe ser cumplida en prisión, no habrá mayor pérdida de identidad ni mayor grado de estigmatización que éste<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> en este sentido, ídem (12)

<sup>14</sup> Foucault Michel, "Titres y Travaux" College du France, citado por Didier Eribon en "Michel Foucault", pág. 266

<sup>15</sup> Caram María Elena "Acordar y Transformar" La Ley

<sup>16</sup> ídem 10, pag 12

A las categorías que emergen del mismo, se agregan las clasificaciones de los operadores del sistema, peritos, asistentes sociales, etc. que concluyen, a través de sus informes técnicos, en la etiquetamiento de los sujetos.

Esta es la modalidad natural en que se desenvuelve el proceso judicial y sus movimientos cobran sentido dentro del universo coherente del mismo.

¿Cómo aparece este tema en la mediación?

Este es un punto muy interesante. Buena parte de los especialistas en mediación en materia penal sostienen que los lugares están claramente determinados al ingresar las partes a un proceso de mediación penal. Hay un infractor, hay una víctima y hay un mediador.<sup>17</sup> Obviamente, están también los asesores legales de los mismos, excepto algunos abordajes estrictamente comunitarios.

Es así y hasta el ingreso en la mediación, éstos son los hechos, y no es el mediador quien modificará esta ubicación. Sencillamente porque los hechos, *aunque no las percepciones sobre los mismos*, son inmodificables.

Pero creo que la tarea del mediador no se compadece con la *ratificación* de esos roles fijos. No se trata obviamente de dar vuelta las cosas porque sí, y tratar de demostrar que quién parecía el autor no lo es y que la víctima ha venido infringiendo tantas mortificaciones al actual acusado que finalmente ella aparece como el verdadero victimario. Más allá de que a veces ésta pueda ser la realidad, como son los conflictos con un contexto vincular previo, a veces de larga data, entiendo que la mediación *no es un espacio destinado a ratificar estas situaciones previas, ni a etiquetarlas, ni a reforzarlas*. Es un espacio *para pensar las cosas desde un lugar diferente, y dar un paso adelante* para construir una salida. Tal vez para esto agregue una cuota de inoportunidad, no para molestar, sino para provocar nuevas miradas.<sup>18</sup>

Pienso, en consecuencia, que el intento de neutralidad del mediador lo conduce a actuar equilibradamente con ambas partes, es decir, ayudarlas por igual, *con lo que cada una necesita* en el proceso, *desde su lugar puesto o supuesto*.

Eso es lo que quiero decir cuando digo que el mediador ingresa *con la frente despejada*, para trabajar con un episodio que las partes han vivido en común. No es él quien va a juzgar estas calidades, porque lo importante es cómo las personas se perciban entre sí, y *no cómo las ve él*.

Las categorías establecidas pueden conducir a veces a peligrosos *mecanismos de exclusión*; la mediación no debiera acudir a duplicar estas ideas, que ya bastante operan fuera de su ámbito.

No se juzga, ni se condena, ni se absuelve en la sala de mediación, porque de otro modo cada sala de mediación se transformaría en un pequeño patíbulo privado, en un teatro diminuto de control social y de estos habría cientos<sup>19</sup>. Sencillamente -y no es poco- se trabaja con lo que ellas traen para incorporar sus percepciones entre sí, y *avancen*.

Sugiero estas ideas con preocupación, invitando a la reflexión de los mediadores sobre sus propias intervenciones y su propia práctica, que no siempre se comparte en razón de la naturaleza solitaria de la tarea. Pienso, por ejemplo, cómo el uso *abusivo* de la reunión privada confirma la exclusión ( *“No es posible conversar con él/ella”* y nosotros, con miras

<sup>17</sup> Leo Von Gasse, Conferencia Pronunciada en Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, “Jornadas sobre Minoridad”, año 2000.

<sup>18</sup> Dix, Jean Francoise “Dinámica de la Mediación”, pág. 163, Ed. Paidós España, 1997.

<sup>19</sup> Cohen Stanley “Visiones de Control Social”, pág. 323 Promociones y Publicaciones Universitarias S. A.1988.

a preservar el clima, acompañamos esta idea. O a la inversa, bajo la idea de que conversar siempre es útil (“*lo mejor es decirse todas las cosas*”), favorecemos una situación de victimización o revictimización.

## VI.- ¿Otro espacio de control social?

El punto anterior me lleva directamente al planteo de un tema que debe ser atendido cuidadosamente por quienes propugnamos una Experiencia de Mediación en el ámbito Penal, y, por cierto, por los propios mediadores. Sólo lo esbozaré, en atención a la profundidad de tratamiento que merece.

Abundante literatura se refiere a los métodos de Resolución Alternativa como nuevos *espacios de control social*.<sup>20</sup>

Entiendo por *control social*, “las formas organizadas en que la sociedad responde a comportamientos y a personas que contempla como desviados, problemáticos, preocupantes, amenazantes, molestos o indeseables de una u otra forma.”<sup>21</sup> es decir, “respuestas planificadas y programadas a los comportamientos desviados”, como en este caso, el conflicto derivado del delito. Estas respuestas pueden ser a veces apoyadas por el Estado, o a veces por profesionales más autónomos. Si bien el concepto está más bien dirigido al campo del trabajo social, como al psiquiátrico, y a las instituciones penitenciarias y educativas intermedias, la cercanía con las áreas de resolución del conflictos como respuestas posibles a las situaciones penales, hace que éstas no debieran considerarse demasiado alejadas de esta proyección<sup>22</sup>

En este sentido la mediación penal podría funcionar como tal, ampliando las redes de la presencia estatal y atrapando casos que de otro modo no hubieran sido atendidos por el sistema formal de la justicia penal.<sup>23</sup>

No es el propósito de la mediación, pero una labor de este tipo, llevada a cabo *con las mejores intenciones*, podría conducir al reforzamiento del sistema de control social, consecuencia ésta que escapa manifiestamente del objetivo de los métodos de resolución *alternativa* de disputas.

Hablamos de *alternativa*, y *no de suplemento*, como sentido en que pensamos la mediación penal, como una posibilidad de reemplazar una modalidad de respuesta que no ha resultado siempre satisfactoria, sobretudo mirada desde el punto de vista de la justicia restaurativa, en su esfuerzo de enfatizar el impacto humano del crimen, proveer una oportunidad para responsabilizarse de las acciones enfrentando a la víctima, permitir una participación más activa de la víctima en el proceso, comprometiendo a ambas partes en la búsqueda de la justicia.<sup>24</sup>

Entonces el análisis *útil* se dirige hacia la comparación distintiva entre la mediación, con la características ya descritas, y el proceso penal. *¿Para hacer menos mal que más bien?*

---

<sup>20</sup> Cristie Nils “La Aldea Global”-Delito y Sociedad- Revista de Ciencias Sociales-pag.109. Año 6, No. 9 y 10-1997 “La mediación podría desarrollarse como un castigo rápido sin formalidades...”

<sup>21</sup> ídem (19)

<sup>22</sup> ídem (19) “ Quién es esta gente tan ocupada y qué están haciendo?... (entre otros) mediadores en disputas”, pag 77 y 78

<sup>23</sup> ídem cit en (9) “Increasing Social Control”

<sup>24</sup> Umbreit Mark “When de Victim meets Offender”, pág 5, N. Y.USA ,1994

La única excepción, a mi criterio, sería poder tratar la relación entre las personas para alivio y mejor clausura de las mismas, como un conflicto humano y personal, no para aumentar el grado de responsabilización en un sentido más amplio que la ley, dentro de un marco de trabajo que no busca la verdad, y que en su dinámica flexible puede ser malinterpretado o desvirtuado.

Así planteadas las cosas la responsabilidad profesional del mediador penal, es muy alta, porque el hecho de que *la coerción se disimule*, no es suficiente para considerar más humanos o mejores los resultados.<sup>25</sup>

El mediador en materia penal enfrenta la complejidad de exigencias ya planteadas: desarrollar el proceso sin juzgar, sin etiquetar, sin permitir que se victimice y sin victimizar, sin buscar la verdad más allá de las partes, sin castigar, todo ello basado en las formas sutiles de los relatos contruídos, los intercambios espontáneos, las palabras usadas, el silencioso metalenguaje que las acompaña y el peso de contexto real y legal. Sí, en cambio, trabajará con la riqueza del espacio, la reserva y privacidad que emana de él, en un tiempo limitado, concentrado y reflexivo, buscando que las partes encuentren una perspectiva nueva que atienda a sus necesidades reales y actuales.

Y tal vez todo esto lo haga solo, o a la sumo con un comediador, dentro del hermetismo de la sala.

No vaya a ser que, nuevamente, con las mejores intenciones, destruyamos, sin quererlo, un camino, tan laboriosamente contruído. Siento que mi tenaz compromiso con la mediación me permite reflexionar críticamente sobre estos aspectos, sin temor de afectar las sólidas bases de la mediación.

María Elena Caram

---

<sup>25</sup> idem (21) pag 65.