



¿EN QUÉ MEDIDA ES POSIBLE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL?

MARIANA ISERN
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

1. INTRODUCCIÓN

Desde las primeras noticias de la mediación¹ en la Argentina, se instaló un vivo debate en torno al tema de su inclusión como un método para administrar justicia. Tanto los promotores del instituto como sus detractores cuentan con argumentos sólidos. En el ámbito penal, la discusión adquirió aún mayor profundidad, ya que se aduce que el paradigma del Derecho Penal Liberal como hoy lo conocemos se pondría en riesgo. A continuación, veremos cuáles son esos peligros o alertas al sistema, considerando sus posibilidades en el ámbito jurídico de la ciudad de Rosario.

En aras de efectuar un análisis ordenado, atendiendo a la complejidad del

¹ En relación con el tema v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Comprensión jusfilosófica de la negociación, la mediación y el arbitraje* en Investigación y Docencia Nro. 27 del Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social – Facultad de Derecho-UNR, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ); *Aportes metodológicos trialistas sobre la mediación (Comprensión integral de los “lugares” jurídicos y de su “desplazamiento”)*, en Investigación y Docencia Nro. 30 del Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social – Facultad de Derecho-UNR, Rosario, FIJ; CALCATERRA, Rubén A., *Mediación estratégica*, Barcelona, Gedisa, 2002; ENTELMAN, Remo F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, 2002; SIX, Jean- Francois; *Dinámica de la mediación*, Barcelona, Paidós Mediación, 1997; SUARES, Mariné, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 1ed, 3ra reimpr, Buenos Aires, Paidós, 2002; ALVAREZ, Gladys S. y HIGHTON, Elena I., *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1995

tema, emplearé algunos elementos del método trialista del derecho².

2. ANÁLISIS DESDE LAS NORMAS

2.1 En Argentina³, existe un marco de referencia normativo muy claro. El decreto 1480/92 declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos. Con este fin, el mismo decreto crea un cuerpo de mediadores, delega en el Ministerio de Justicia la celebración de un convenio con la Corte Suprema de Justicia de la Nación para realizarse una experiencia piloto en juzgados a designar, y encomienda, al mismo Ministerio de Justicia, la formulación de proyectos legislativos sobre el tema. En cuanto a la materia penal, ya en un origen, quedó excluida de la posibilidad de ser abordada por el instituto de la mediación, constanding -tal prohibición- en el articulado del decreto citado. En 1995, se sanciona la Ley 24.573 de Mediación y Conciliación. Con gran fidelidad, continúa la misma tónica del decreto en materia penal quedando su artículo 2 redactado de esta forma: “El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos: 1.- causas penales”.

2.2 En Rosario, se puede encontrar una variada normativa al respecto, con fuentes de diversa jerarquía. La Legislatura Santafesina, sancionó en 1998 la Ley 11.622 de Mediación adopta la misma postura que el decreto y la ley nacional, haciendo una salvedad con respecto a las cuestiones patrimoniales. El artículo 3 prescribe que “La mediación no será de aplicación en los siguientes supuestos: a) juicios penales y de faltas, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de estos”. En su reglamentación⁴, no se operó especificación alguna con respecto a los asuntos penales. El artículo 3 quedó redacta-

² Es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción filosófica al derecho, 6 ed, 5 reimpr, Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, Derecho y Política, Bs. As., Depalma, 1976; Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, Rosario, FIJ, 1982/4; Estudios Jusfilosóficos, Rosario, FIJ, 1986; La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica, Rosario, FIJ, 2000

³ Ver el desarrollo que realizan las Dras. Gladys S. ALVAREZ y Elena I. HIGHTON con referencia a la resolución alternativa de disputas (RAD), especialmente de la mediación, en la Argentina en el capítulo VII de Mediación para resolver conflictos, Bs As, Ad-Hoc, 1995

⁴ Decreto 3372/03 Provincia de Santa Fe

do de la siguiente manera: “Los asuntos podrán ser sometidos a mediación cuando esté comprometido el interés privado, excepto cuando se trate de una de las excepciones previstas en el artículo 3 de la ley o, en general, cuando esté en juego el interés público o las cuestiones de orden público”.

Dentro del marco descripto, se celebraron Convenios, con Facultades de Derecho de la región y con Colegios Profesionales. La invitación del Poder Ejecutivo Nacional también fue acogida por la Municipalidad de Rosario.

El Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe reglamentó la mediación judicial – con alcances curiosos⁵- por Acuerdo de la Excma. CSJSF del 29/8/95, Acta Nro. 30, punto 17. Reglamento de Mediación Judicial. En su artículo 1 entiende a los asuntos penales fuera de su órbita, en forma implícita: “La mediación en el ámbito del Poder Judicial será de carácter voluntario y gratuito y aplicable a cuestiones de carácter patrimonial o extrapatrimonial que sea susceptible de transacción siempre que no vulnere el orden público”.

La Defensoría del Pueblo de Santa Fe⁶ cuenta con un Centro de Mediación “Pablo Benetti Aprosio”⁷. Enmarcado en su Reglamento, se atienden todo tipo

⁵ Art. 2 del Reglamento de mediación judicial estipula que La mediación estará a cargo de los Jueces Comunales; Jueces de Circuito cuando conforme a lo dispuesto en el art. 108 de la Ley 10.160, asuman la competencia de aquéllos y los Defensores que indique el Ministerio Público y que cuenten con los requisitos de habilitación previstos en el presente reglamento. Lo curioso es el recargo de actividades, incompatibles, sobre las espaldas de los funcionarios judiciales. La jueza Gladys ALVAREZ –pionera en el campo de la mediación en la Argentina- en su tesis doctoral La mediación y el acceso a justicia publicada por Rubinzal-Culzoni (Santa Fe, 2003), comenta una norma nicaraguense similar a la santafesina en este aspecto de esta forma: En cuanto a la normativa que introduce la mediación (...) a cargo de los jueces es desacertada, en primer lugar, porque utiliza el valioso tiempo del juez en actividades para las que no está entrenado y se lo distrae de su función esencial, que es manejar con eficiencia los casos que se le han encomendado y dictar sentencia en tiempo. Esto ha sido un grave error conceptual y político, y los jueces han visto sobrecargadas sus tareas, teniendo que hacerse cargo de audiencias de mediación que son ajenas a la función del juez. No se ha comprendido el profundo sentido que la mediación tiene para la organización judicial, que es no sólo y fundamentalmente ofrecer a la ciudadanía otra forma de resolver conflictos, sino además una vía de descongestionamiento de los despachos judiciales. Esa normativa ya ha demostrado ser inadecuada, p. 211

⁶ Datos extraídos de una entrevista efectuada al Dr. Víctor Jaef por las abogadas Silvina Pezzetta y Mariana Isern en las instalaciones del Centro de Mediación de la Defensoría del Pueblo de Santa Fe el 02/08/05

⁷ El Centro de Mediación funciona desde 1995 por resolución interna

de problemáticas planteadas por la ciudadanía; desde problemas de vecindad, pasando por el área comercial, educativa, familiar, salud, consumidor, discriminación, laboral, hasta llegar a abordar asuntos penales. Estos últimos generalmente son derivados por el Centro de Asistencia a la víctima⁸ al Centro de Mediación perteneciente al mismo organismo.

2.3 Un complejo ordenamiento normativo sobre la temática compuesto por leyes, nacionales y provinciales, decretos, convenios y reglamentos es captada lógicamente por una norma aplicable a los casos con elementos penales en la ciudad de Rosario que podría expresarse como a continuación:

Se prohíbe el empleo de la técnica de la mediación en el ámbito del derecho penal⁹, PERO está permitido aplicarla a las consecuencias del delito¹⁰.

2.4 Críticas desde la Doctrina

2.4.1 La normativa vigente, siguiendo el modelo de Harvard, no atendió a las posibilidades brindadas por el ordenamiento argentino. Entre esas posibilidades, la doctrina enumera la participación y atención a la víctima¹¹, los delitos dependientes de acción privada¹², la condenación condicional¹³, la determinación de la pena¹⁴, la suspensión del juicio a prueba¹⁵ (*probation*), y la capacita-

⁸ Ley 11.202 - Centro de asistencia a la víctima y al testigo del delito (CAV) del 13/10/1994 fija como su objetivo en su artículo 2º: Dicho centro brindará asistencia, ayuda y asesoramiento extraprocesal a las víctimas de delitos y a los testigos

⁹ Debido a que la acción penal es pública, materia de orden público y no transable

¹⁰ Consecuencias de carácter patrimonial, y especialmente, en la atención a la víctima del delito

¹¹ V. Por ej. SUPERTI, Héctor, La víctima, la mediación y el sistema penal en LL-1996-C-1109/1116

¹² Art. 73 CP No debemos olvidar que los códigos procedimentales, en el trámite para este tipo de procesos, prevén como un paso necesario y previo a la sustanciación de las querellas una audiencia de conciliación. Id. p. 115

¹³ El art. 26 del Código Penal contempla dentro de la condena de ejecución condicional distintos supuestos que permiten al juzgador tener en cuenta un punto de valoración importe en el análisis de la conveniencia o no de aplicar una pena de privación de libertad efectiva, entre los cuales deben considerarse los resultados de una mediación positiva entre autor y víctima, que encuadraría en las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad. FELLINI, Zulita, La tercera vía como resolución alternativa de conflictos en La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal, Buenos Aires, Galerna, 2005, p. 211

¹⁴ Los arts. 40 y 41 (del Código Penal) prevén las circunstancias que se tomaran en cuenta a los efectos de individualizar la pena a aplicar, entre las cuales figuran las condiciones personales del imputado, los vínculos, la calidad de las personas y las circunstancias de

ción de los efectivos policiales¹⁶. La Dra. Fellini agrega a esta lista los arts. 132 y 64 CP, la Ley 23.737, Ley 23.077, Ley 24.769 y Ley 22.278 como ejemplos en los cuales la misma normativa favorece a quien arriba a un acuerdo sobre asuntos penales¹⁷.

2.4.2 La mediación penal en el Derecho Comparado interprovincial e internacional¹⁸

El empleo de la mediación en el ámbito penal, no se circunscribe sólo a una opinión doctrinal, que podría considerarse “de laboratorio”; sino que ya se encuentra regulada –y funcionando– en muchas provincias y países latinoamericanos. La Dra. Alvarez, en su tesis doctoral, cita los ejemplos de la provincia chaqueña¹⁹ con su Ley 4989 de Mediación Penal del 2002, y la de Neuquén²⁰ (Ley 2302 Protección integral del niño y el adolescente del 2000 con su Programa de mediación en delitos juveniles). En cuanto al ámbito internacional, nombra a Ecuador²¹, Costa Rica²², Colombia²³, Guatemala²⁴, El Salvador²⁵,

sonales del imputado, los vínculos, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. Sin duda, que un acuerdo de mediación-reparación, colocará al autor del ilícito en una condición más favorable, que merecerá ser considerada por el juzgador. FELLINI, Z.; ob.cit., p. 212

¹⁵ Esta posibilidad de suspender el procedimiento para observar el comportamiento del imputado, y a partir de ello decidir si es conveniente o no someterlo a un juicio penal, es un notable avance en cuanto a dejar de lado el cerrado marco de la legalidad (...) Sería necio negar la incidencia de una mediación positiva ante esta cuestión, no sólo porque significa que se cumple con la finalidad del recaudo vinculado a la reparación, sino también porque los puntos que configuran el acuerdo logrado son muy útiles en aras a fijar las (...) reglas de conducta. SUPERTI, H.; ob. cit., p. 116

¹⁶ Existe una iniciativa en esta dirección que se está desarrollando en el Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina denominado SURCO (Servicio Universitario de Resolución de Conflictos). Sostenida por profesores y alumnos del IUPFA correspondientes a las carreras de Trabajo Social, Derecho y Mediación, a fin de brindar un servicio de tipo comunitario a toda la sociedad, y especialmente a la PFA, a partir de asesoramiento (jurídico, al consumidor y de carácter social) y un centro de mediación situado en Capital Federal (Rosario 532 1er piso – 4902-4543 – surco@universidad-policial.edu.ar

¹⁷ Id. p. 212 y 213

¹⁸ Datos extraídos de ALVAREZ, Gladys S., La mediación y el acceso a la justicia, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003

¹⁹ Id. p. 258

²⁰ Id. p.274

²¹ Id.p. 206

²² Id. p.202

México²⁶ como experiencias con distinto alcance pero el mismo eje: inclusión de los casos penales en el ámbito de la mediación. Se ha excluido su tratamiento, al igual que en el caso argentino, en la normativa nicaragüense²⁷ y peruana²⁸.

3. ANÁLISIS DESDE LOS HECHOS

3.1 ¿Quién reparte?

En todo proceso de mediación, reparten potencia e impotencia los propios protagonistas del conflicto; éstos son quienes tienen una influencia directa en una posible resolución de la disputa. Es tan importante saber quién se sentará en la mesa de negociación, que Calcaterra considera a la convocatoria como el primer estadio en su modelo de mediación estratégica²⁹. No sólo las partes realizan repartos, sino también el mediador³⁰. A pesar de que en algunos modelos le está vedado emitir juicio sobre la decisión final, en todo momento es el repartidor de la palabra. Como la particularidad de este proceso radica en que el discurso se genera en un marco de autonomía, el poder del mediador para repartir la palabra requiere de una continua legitimación de las partes. Sin ella, el proceso no progresa. En el ámbito penal, los protagonistas del conflicto toman el nombre de ofensor y víctima, o incluso, de víctima y víctima³¹. En *La*

²³ Id. p. 198

²⁴ Id. p. 207/9

²⁵ Id. p. 216/20

²⁶ Id. p. 221

²⁷ Id.p. 211

²⁸ Id.p. 213

²⁹ CALCATERRA, R., ob. cit., p. 135 y ss

³⁰ v. CIURO CALDANI, M.A, ob. cit. Aportes metodológicos..., p. 21

³¹ Tuve la oportunidad de participar en un caso en donde el conflicto se suscitó entre dos familias vecinas, ambas víctimas de un delito. En un barrio marginal de la ciudad de Rosario, un individuo tocó a la puerta de una de ellas, matando a quien la abriera. Si bien luego se confirmó que se trataba de un insano, la confusión no tardó en generarse. El occiso era novio de una de sus vecinas con quien por ese momento se encontraba en un período de distanciamiento. La opinión pública del barrio -con la ayuda de los medios televisivos, rápidamente tomó partido por alguna de las familias justificando o deplorando el hecho. Una pocas horas de comunicación confusa bastaron para crear un ambiente de sospecha que emulaba la trage-

víctima, la mediación y el sistema penal³² Superti introduce, histórica y sistemáticamente, el urticante tema de la participación de la víctima en el Derecho Penal, a quien el Estado le ha confiscado el conflicto.

3.2 ¿Quién recibe?

En el proceso de mediación coinciden recipiendarios y repartidores, sobreentendido que variando el objeto del reparto. Lo que reparte uno, lo recibe el otro; y viceversa. Particularmente en el ámbito penal el círculo de receptores de potencia e impotencia se ve extendido más allá de los ofensores y las víctimas, en donde la familia, el barrio, y la sociedad misma participan -en forma más o menos indirecta- en el resultado mediado. Las influencias humanas difusas que dimanan del sector penal son de gran trascendencia.

3.3 ¿Qué se reparte?

El objeto del reparto varía de acuerdo al modelo de mediación penal empleado por la institución que brinda el servicio. Más, en líneas generales, las diversas corrientes entienden que esta técnica de comunicación puede repartir seguridad, paz, verdad, reparación, perdón y comprensión, todos factores que potencian la vida. Por otro lado, no se desconoce el hecho de que también puede ser un vehículo para la propagación del odio y la sed de venganza. En estos carriles se encuentran los autores que consideran que ésta sólo es otra forma de control social.

3.4 ¿Cómo se reparte?

Algunos entienden que el camino recorrido por los repartos en una mediación es el de la negociación simplemente asistida por un tercero –el mediador. Considero que se podría hablar, desde la teoría trialista, de un quinto camino³³. Si bien la forma de la mediación se asemeja en gran medida a la de la negociación, la presencia del tercero, marca una diferencia. Este repartidor de grandes

dia shakespeariana de Romeo y Julieta. La mediación entre las dos cabezas de familia permitió hacer un alto para retomar el diálogo en un ambiente neutral, aclarar la situación, ofrecer y recibir el pésame, evitó las mutuas denuncias de calumnias e injurias y se acordó el seguimiento hasta el final de la causa penal por homicidio.

³² v. SUPERTI, Héctor, La víctima, la mediación y el sistema penal, LL 1996-C-1109

³³ En la teoría trialista del mundo jurídico, las formas del reparto son la imposición, el proceso, la negociación y la adhesión.

potencias, la palabra³⁴ y la escucha³⁵, realiza repartos autoritarios. Para los cánones doctrinarios, esta postura puede parecer errada, o a lo sumo, extraña. Pasemos a explicarla. No hay dudas que el marco general de la mediación está constituido por repartos autónomos. Pero el manejo que efectúa el neutral, es de autoridad legitimada por las partes negociadoras. Es difícil apreciarla sin un detenimiento reflexivo, ya que la legitimación requerida es continua. Sin el respeto y la confianza en la idoneidad técnica³⁶ que los protagonistas del conflicto depositan en ese tercero, no se operará cambio alguno en la situación conflictiva. El proceso de la negociación es conducido por el tercero; es él quien decide si habla una parte primero o luego y si se conversará un tema en forma conjunta o privadamente, en *caucus*³⁷.

3.5 ¿Cuáles son las razones del reparto?

3.5.1 Las razones sociales. En el ámbito de la mediación penal, se encuentran repartos que la sociedad argentina considera dignos de ser repetidos. La participación de los ciudadanos –elemento esencial de la mediación– en el restablecimiento de la paz social, que genera confianza en la justicia; a su vez, fortalece el sistema republicano y democrático de gobierno. En el mismo sentido, las compiladoras de La trama de papel introducen la obra entendiendo que sólo desde la perspectiva de un encuentro con otro, con otros, a quienes reconocerles entidad e identidad, es que podremos vivir en una sociedad mejor, más armónica y menos gobernada por el enfrentamiento y la agresividad con el semejante³⁸.

³⁴ V. REDORTA LORENTE, Josep, Poder y palabra en L@ revista, Mediadores en red, Nro 5, año II, 2004, p. 77

³⁵ V. ARÉCHAGA, Patricia, Cómo escucha el mediador. Escucha activa en L@ revista, Mediadores en red, Nro 1, año I, 2002, p 41

³⁶ El unánime requisito normativo de la formación continua a fin de conservar la matrícula de mediador respalda esta afirmación. La matrícula del abogado, psicólogo, ingeniero, arquitecto o médico se entrega de una vez para siempre; sujeto, claro está, a sobrevinientes irregularidades en su ejercicio. Se presume jure et jure la capacidad, se debe probar lo contrario. En cierta forma, con el mediador ocurre a la inversa.

³⁷ V. CALCATERRA, R., ob. cit., p. 201

³⁸ ARÉCHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia y RISOLÍA, Matilde (comps.), La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal, Bs.As., Galerna, 2005, p. 19

3.5.2 Las razones alegadas. En la doctrina se encuentran múltiples argumentos que sustentan a la mediación en el Derecho Penal. El Dr. Adolfo Prunotto Laborde en *El fiscal y la mediación penal*³⁹ enumera algunas: mejora del servicio de justicia; agiliza el sistema, evita la morosidad y la realización de un juicio; descomprime los juzgados descongestionando el sistema penal; otorga la debida participación a la víctima en el proceso; se sincera el sistema, operando un criterio de oportunidad no oculto; se recupera la confianza de la sociedad en la justicia brindando una respuesta ágil y una solución a la disputa; y se extiende el servicio de justicia, disminuye los costos, procurando erradicar una justicia privada sólo para los más ricos.

3.5.3 Los motivos. Aquí se pone de manifiesto la distancia que puede llegar a existir entre los motivos que impulsan a las víctimas y a los ofensores a presentarse en un encuentro de mediación. Obtener una pena menor, ver la cara del ofensor, pedir explicaciones, pedir perdón, y ejercitar la atávica venganza de la justicia por mano propia pueden ser algunos de ellos.

3.6 ¿Cuáles son los límites del reparto?

En su funcionamiento, los repartos mediables se topan con límites de todo tipo, desconocerlos implica una falta grave de conexión con la realidad. En particular la rama penal, conjuntamente con la laboral, es una de las más próximas a los condicionamientos sociales, psicológicos y económicos inmediatos. Los límites legales⁴⁰, teóricos, físicos⁴¹, económicos, psicológicos⁴² son numerosos; pero no impiden su factibilidad. Así lo atestigua la experiencia que se está llevando a cabo en Mercedes, provincia de Buenos Aires. Asimismo, Gladys Alvarez refiere una experiencia en mediación penal del ámbito nacional⁴³. Y la Fundación Mediadores en Red desplegó una investigación⁴⁴ en un

³⁹ en www.academiadederecho.com (creado el 03/11/2004 y bajado el 27/07/2005)

⁴⁰ En nuestro Derecho Positivo

⁴¹ Por ejemplo, el ofensor privado de la libertad

⁴² V. GEREZ AMBERTÍN, Marta, La culpa en el sujeto de la pena en *La trama de papel*, Bs. As, Galerna, 2005, p. 183. Por ejemplo la posibilidad o no de asumir la responsabilidad o arrepentirse

⁴³ ALVAREZ, G., ob. cit., p. 245

⁴⁴ L@ revista. Divulgación de métodos para la resolución pacífica de conflictos. *Métodos de Resolución Alternativa de Disputas: Aportes de Investigación*. Argentina-Brasil-Chile,

caso de *Bandas Juveniles* de la ciudad de Castelar, provincia de Buenos Aires.

En conclusión, desde un plano sociológico, la mediación sí es posible en el ámbito penal a fin de completar el marco de caminos alternativos a seguir por el reparto. Es parte de otro análisis –el axiológico- el resolver sobre su necesidad o conveniencia.

4. ANÁLISIS DESDE LOS VALORES

4.1 Si bien la JUSTICIA es el valor supremo del Derecho⁴⁵, existe todo un complejo axiológico que lo circunda, condicionándolo. El ejercicio de la mediación en el ámbito penal no sólo es posible desde lo fáctico y normativo, sino que inclusive el mismo valor justicia lo reclama. Con palabras del Dr. Goldschmidt decimos que el principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, o, como a veces se suele decir, de “personalizarse”⁴⁶. Por lo tanto, todos aquellos caminos de la justicia que ayuden al hombre a personalizarse nos acercarán cada vez más al supremo principio.

4.2 Poniendo la mirada en las relaciones del valor justicia con otros del plexo axiológico en la tarea de Administrar Justicia en nuestro país y ciudad, se podría entender que la estructura del Poder Judicial está vinculada con el valor UTILIDAD. Las causas de menor cuantía, pequeñas causas y delitos de bagatela son excluidos -de hecho- del sistema. Esto nos sugiere que al lado del supremo valor justicia, en la administración estatal de la misma, existe un criterio de utilidad que no permite la interposición de pretensiones menores; aunque éstas sí lesionan y dañan al individuo y a la sociedad⁴⁷. Las pequeñas cau-

edición especial, año II, 2004

⁴⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6 ed, 5 reimpr, Bs. As., Depalma, 1987, p. 369 y ss

⁴⁶ Id. p. 418

⁴⁷ En la entrevista efectuada a Víctor JAEF citada con anterioridad, al referirse a la generalidad de casos atendidos por el organismo a su cargo, hace referencia a gran número de conflictos mediables-no judiciables por su bajo contenido económico, pero el elevado grado de sufrimiento que ocasionan

sas no tendrán la chance de mantenerse en el sistema ni de obtener un resultado económico favorable en la pugna. Por ejemplo, en la práctica, se aguarda la acumulación de varios alquileres incumplidos antes de encarar un reclamo judicial; ya que de lo contrario, no se justificarían las tasas judiciales ni los honorarios profesionales, aún en caso de salir victorioso. No estamos hablando de quienes pueden hacer uso de las declaratorias de pobreza para litigar o de quienes deben recurrir a las defensorías judiciales, sino de una franja de conflictos que no “vale la pena” llevar a juicio por el desgaste inútil de muchas energías. La limitación del acceso a justicia⁴⁸, no es sólo subjetiva sino también es objetiva, considerando la cuantía del conflicto que se quiere interponer. Ciertamente es que, con JUSTA razón, hay causas que son seguidas independientemente del costo que ello implique; pero JUSTO es destacar, que son las menos.

4.3 En definitiva, existe un padecimiento considerado escaso como para ingresar en la maquinaria judicial encargada de resolver con justicia. Es encomiable, entonces, atender a otras formas que puedan llegar a captar ese sufrimiento y darle una respuesta desde la justicia dialogal-consensual. Pensemos que la mediación, especialmente en el ámbito penal, busca vincular a la justicia con el valor SALUD, principalmente el de la víctima. El Dr. Ciuro comprende que entre las manifestaciones de la salud deben estar que el sujeto sea capaz de desarrollar su autonomía y en cierta medida que pueda producir despliegues de autoridad. Un sujeto ha de ser considerado sano también en cuanto pueda acordar con los otros o imponérseles.⁴⁹ Prosigue más adelante diciendo que para que el régimen justo pueda realizarse, es necesario que se proteja al individuo contra los demás, frente a sí mismo y respecto de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.).⁵⁰ Profundizando el concepto del mismo autor -ahora en *Aportes metodológicos sobre la mediación*⁵¹- estima que el

⁴⁸ V. ALVAREZ, G., ob. cit., p. 31 y ss

⁴⁹ CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Perspectivas filosófico-jurídicas de la salud en Bioética y Bioderecho* Nro. 4 del Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social – Facultad de Derecho - UNR, FIJ, 1999, p.27

⁵⁰ Id. p.31

⁵¹ CIURO CALDANI, M. A., *Aportes...*, ob. cit., p. 20

juicio protege al individuo contra los demás y contra sí mismo; mientras que el arbitraje, la conciliación y la mediación lo hace contra el régimen y contra los demás. Es así como se completa el régimen de justicia con una protección mayor.

4.4. El Derecho Penal nos permite una mínima convivencia, respaldada por el proceso judicial y los órganos encargados de la ejecución; la mediación procura enriquecer esa convivencia justa, brindando más elementos a tal fin⁵². Las propuestas de la Municipalidad, la Defensoría del Pueblo y el Colegio de Abogados, en ésta misma línea y dentro de un marco de participación ciudadana, fomentan la asunción de la RESPONSABILIDAD⁵³ por parte de los protagonistas del conflicto, respecto de sí, de los otros y de lo otro. La Dra. en Psicología por la Universidad Nacional de Tucumán nos habla de la culpa, la responsabilidad y la necesidad de asumirla por parte de un sujeto sano. El debate en el siglo XXI será entre aquellas corrientes que consideran que hay subjetividad acompañada de discursividad, que la palabra de un sujeto vale algo, y aquéllas que dicen que sólo hay acciones y éstas son programables. Entonces los sexólogos programan la sexualidad de la gente, los nutricionistas la comida, otros el cuerpo que se debe tener, la psiquiatría, de la mano de las neuro-ciencias programan todo tipo de comportamientos a partir del “chaleco químico”, y en todo este festival de la programación el sujeto, su deseo y su palabra quedan fuera. (...) Hay, entonces, un desdibujamiento de la culpa (la falta) –entendiendo la culpabilidad como el registro de esa falta en la subjetividad–, es decir, el registro de que hay algo que opera como límite y por lo que es preciso responder⁵⁴ no sólo ante el foro externo, sino fundamentalmente

⁵² V. LERER, S., ob.cit., p. 156 No queremos que desaparezca el Poder Judicial como herramienta esencial de todo estado democrático. No perseguimos una sociedad sin ley y sin justicia. Creemos, en cambio, en la necesidad de afianzarla, reformarla, mejorarla, dotarla de los mejores hombres y mujeres, y de los medios más avanzados y eficientes.

⁵³ V. El desarrollo del tema de la responsabilidad en CIURO CALDANI, Miguel Angel, Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, tomo 1, Rosario, FIJ, 1982, p.170 y ss; NICOLAU, Noemí, Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias en La responsabilidad. Homenaje al Prof. Isidro Goldenberg, Bs, As, Abeldo-Perrot, 1995; SIX, J-F, ob.cit., p. 126

⁵⁴ El resaltado es añadido al texto original

desde y ante el foro interno⁵⁵.

5. CONCLUSIÓN

La mediación es excluida del ámbito penal porque es inoportuna, como el mediador⁵⁶. Se inmiscuye en muchos temas, tal vez en todos aquellos que contienen una alta conflictividad teórica en la doctrina penalista. El carácter público de la acción penal, el principio de legalidad y el de oportunidad, la participación de la víctima en el proceso penal, los mecanismos de control social y la función de la pena son todos elementos que conforman el paradigma del Derecho Penal Liberal como hoy lo conocemos.

⁵⁵ GEREZ AMBERTÍN, Marta; La culpa en el sujeto de la pena en La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal, Bs.As., Galerna, 2005, p. 187

⁵⁶ El mediador, si es verdaderamente mediador, sólo puede ser inoportuno. Es molesto como todo buen crítico, es decir, alguien que no destruye sino que da que pensar, que nos hace pensar por nosotros mismos. (Jean-Francois SIX)