

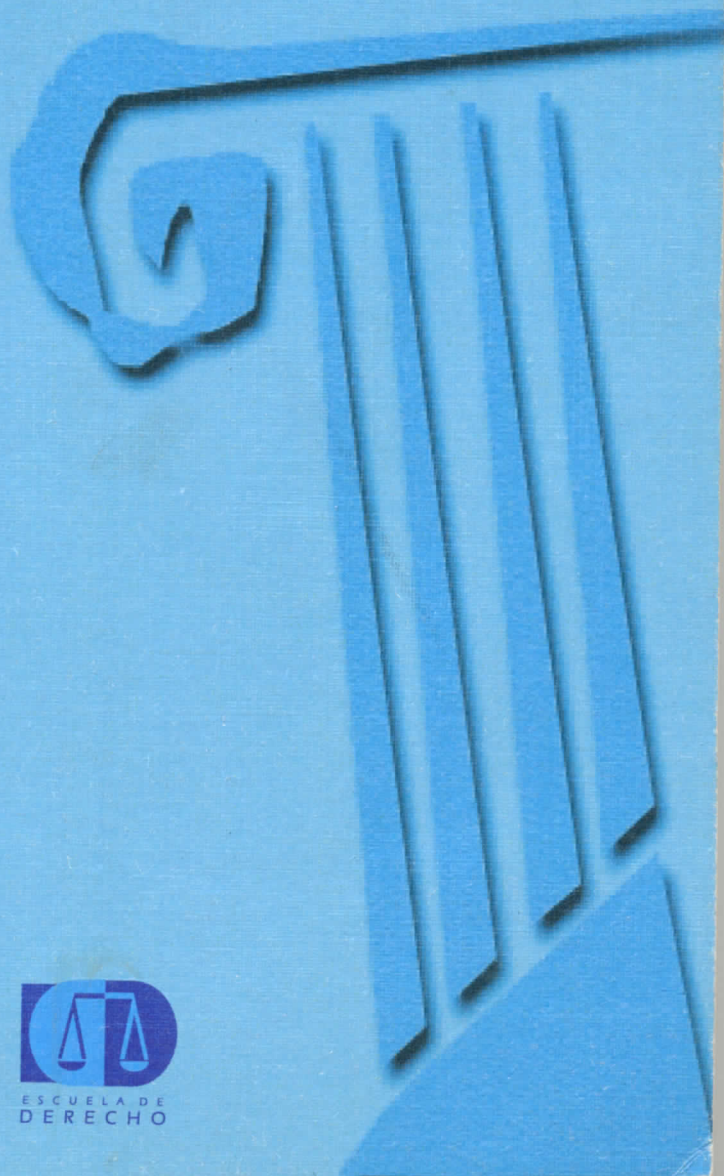
REVISTA

Número 1

Año 2000

CREA

Centro de Resolución Alternativa de Conflictos



UNIVERSIDAD CATOLICA
DE TEMUCO



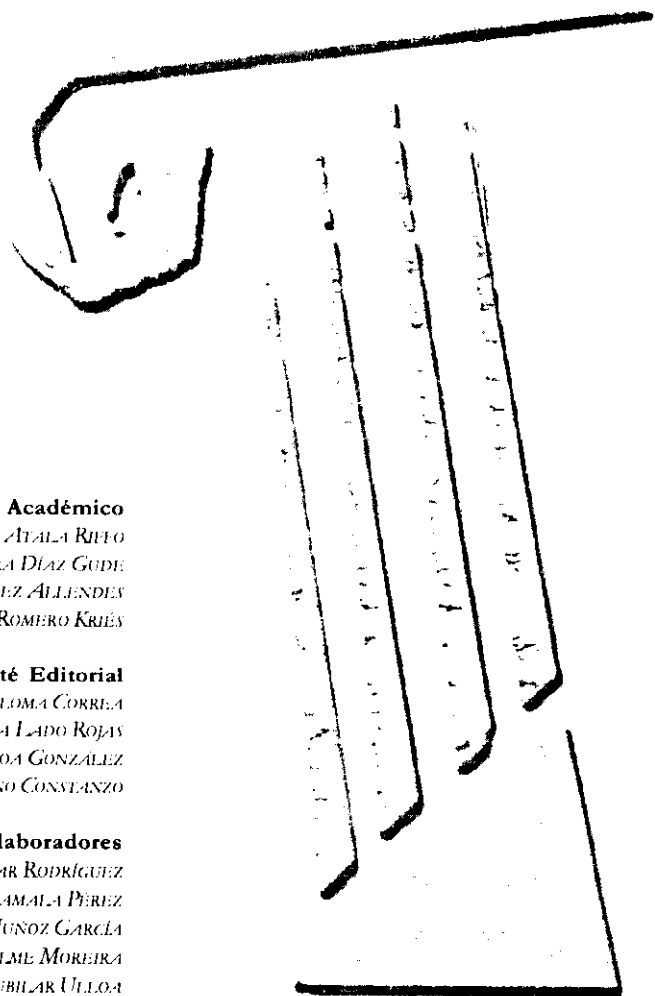
ESCUELA DE
DERECHO

REVISTA

CREA

Centro de Resolución Alternativa de Conflictos

Universidad Católica de Temuco • Año 1 • N° 1 • 2000



Equipo Académico

KAREN AITALA RIFTO

ALEJANDRA DÍAZ GUDI

JAIME LÓPEZ ALLENDES

MARIO ROMERO KRIÉS

Comité Editorial

RODRIGO COLOMA CORREA

WANDA LADO ROJAS

MIRTELLA ULLOA GONZÁLEZ

ALBA ZAMBRANO CONSTANZO

Colaboradores

SOLEDAD BISCAR RODRÍGUEZ

ALEJANDRO MATAMALA PÉREZ

PATRICIA MUÑOZ GARCÍA

LORENA RIQUILME MOREIRA

PATRICIA RUBILAR ULLOA

Revista CREA
© Escuela de Derecho
Universidad Católica de Temuco

Pehuén Editores Ltda.
María Luisa Santander 537
Providencia - Santiago
Dr. Carrillo 302 - Temuco
Fono: (45) 215 418
www.crea.uct.cl

Impresa en los talleres de Ril Editores
Tel/Fax (56-2) 2238100 / 2254269

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



EDITORIAL

«El proyecto Centro de Resolución Alternativa de Conflictos-CREA»

ANGEL VALENCIA VÁSQUEZ - ALEJANDRA DÍAZ GUDE 7

ESTUDIOS

«Reflexiones acerca de la aplicabilidad de la Mediación Comunitaria»

ALEJANDRA COFRÉ KACKSEHIES - VIVIAN MASSARDO CARVAJAL 13

«Solución extrajudicial de conflictos: ADR en España»

SILVIA BARONA VILAR 21

«Mediar: un ejercicio de tolerancia práctica»

MACARENA VARGAS PAVEZ 38

«Menores y jóvenes en situación de conflicto social.

Posibles respuestas»

JAUME FUNES ARTIAGA 49

PONENCIAS

«Resolución alternativa de conflictos a la luz de la Convención
Internacional sobre los Derechos del Niño»

MARÍA LAURA DURANDEAU 75

«Alternativas a la pena en el Derecho Penal de adolescentes.

Panorama de la política criminal comparada»

JAIME COUSO SALAS 91

«La justicia penal consensuada en el nuevo Código de Procedimiento Penal»

JEAN PIERRE MATUS 122

«Conciliación ¿Medio eficaz para poner fin al litigio?».

JULIO SALAS VIVALDI 144

Índice

«Resolución Alternativa de Conflictos en el área familiar» ALEJANDRO ÁBARCA DÍAZ	150
«Elementos de un método de educación para la paz y resolución de conflictos para la infancia y juventud en vulnerabilidad de sus derechos» LUIS CÁRDENAS VÁZQUEZ	162
«La resolución no violenta de conflictos como instrumento en la prevención de drogas» FERNANDO ALIAGA ROJAS	171
«Una reflexión en mediación familiar» JACQUELINE CAÑETE RODRÍGUEZ	179
RESEÑA BIBLIOGRÁFICA	
Obra: <i>Solución extrajudicial de conflictos</i> . Autor: Silvia Barona Vilar MARIO ROMERO KRIÉS	185

EL PROYECTO «CENTRO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS - CREA»

Angel Valencia Vásquez - Alejandra Díaz Gude

Algunas palabras preliminares

Se afirma que la cultura jurídica chilena se caracteriza, en general y entre otros aspectos, por una fuerte tendencia a la judicialización de los conflictos. Este rasgo cultural es socialmente ineficiente, en cuanto implica una renuncia a soluciones menos costosas para la comunidad, que termina absorbiendo parte del costo privado del conflicto de una forma, muchas veces, regresiva; y no es suficientemente democrático, en tanto deja sin acceso a la justicia a todos aquellos que son partes en conflictos cuya cuantía hace demasiado costosa la litigación.

Compartimos el planteamiento de quienes afirman que la solución de ciertos conflictos humanos, no reside siempre y solamente en la satisfacción de los intereses que el Derecho ha considerado relevantes, sino, también, en determinadas necesidades implícitas a los mismos, cuya insatisfacción puede conducir a que ciertos conflictos bipersonales, comunitarios o sociales se transformen en crónicos.

En los conflictos en que los intereses directos comprometidos son principalmente de carácter privado y disponibles, así como en aquellos cuyo origen se encuentra en carencias no sólo patrimoniales sino también efectivas, o de pertenencia, como los conflictos de familia, la

aplicación de sistemas alternativos de resolución de conflictos permite satisfacer de mejor forma las necesidades de las partes y acercar sus posiciones, a diferencia de la litigación, que las polariza, al declarar vencedor a uno en perjuicio del otro. Por estos y otros motivos —que la brevedad de una presentación como esta demanda no exponer— es que se estima que los sistemas alternativos de resolución de conflictos contribuyen eficazmente al mantenimiento de la paz social.

Durante la década recién pasada, el Ejecutivo sometió al conocimiento del Congreso Nacional diversos proyectos de ley que perfeccionaban los mecanismos de solución extrajurisdiccionales de controversias, ampliaban el ámbito de conflictos susceptibles de ser resueltos mediante mecanismos consensuados, o que pretendían incentivar estos últimos. Entre los proyectos que han terminado convertidos finalmente en leyes de la República, podemos destacar:

- La ley N° 19.253, de 1993, que establece nor-

Angel Valencia V, es Abogado, Director del Proyecto CREA.

Alejandra Díaz G., es Abogada, Docente Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco.

mas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas;

- La ley N° 19.334, de 1994, que introdujo modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de conciliación;
- La ley N° 19.496, de 1997, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores; y,
- La propia ley N° 19.325, de 1994, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, y que regula el rol del juez civil como conciliador en estos casos, como fase previa al juicio; entre otras.

Continúan en tramitación legislativa, el proyecto de creación de Tribunales de Familia y de un sistema de mediación anexo a los mismos, y el nuevo Código Procesal Penal, que amplía el ámbito de solución de conflictos penales por la vía de acuerdos reparatorios entre víctima y ofensor; encontrándose aún en etapa de estudio, por parte del Ministerio de Justicia, la reforma a la legislación sobre arbitraje.

A pesar de estas iniciativas reguladoras, no han existido acciones gubernamentales sistémicas, dirigidas a capacitar o entrenar a los operadores del sistema en particular, ni a la comunidad en general, en técnicas que retuercen la eficacia de las reformas legales vigentes, y aquellas que pronto serán aprobadas. Se ha carecido, también, de proyectos de mejoramiento de infraestructura y de ampliación de planta profesional y técnica necesarios, para la implementación adecuada de dichas reformas, así como tampoco se han efectuado campañas comunicacionales que contribuyan en forma significati-

va al éxito de las modificaciones legales ya mencionadas. De este modo, se ha mantenido en el tiempo, por motivos culturales e incapacidad profesional, la cultura de judicialización.

Con el objeto de promover el acceso adecuado a la justicia por la vía de fomentar el uso de medios alternativos de resolución de conflictos, la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco ha impulsado el Proyecto CREA Centro de Resolución Alternativa de Conflictos. Dicho Centro surge como una iniciativa, desde el mundo universitario, para el desarrollo de investigación y extensión sobre la materia, llenando un vacío existente al respecto en el medio nacional.

Se ha considerado como estrategias fundamentales para el cumplimiento de los objetivos de dicho proyecto:

El trabajo multidisciplinario;

La formación de los futuros abogados egresados en los medios alternativos de resolución de conflictos;

El perfeccionamiento académico en la materia;

La producción de conocimientos prácticos y teóricos por parte de académicos de ésta y otras universidades;

La difusión de la investigación mediante la publicación de una revista especializada con Comité Editorial, y la organización de Congresos y Seminarios;

La aplicación concreta de los conocimientos adquiridos a través de la prestación de servicios legales a habitantes de la región;

La capacitación de funcionarios gubernamentales y profesionales de la región vincula-

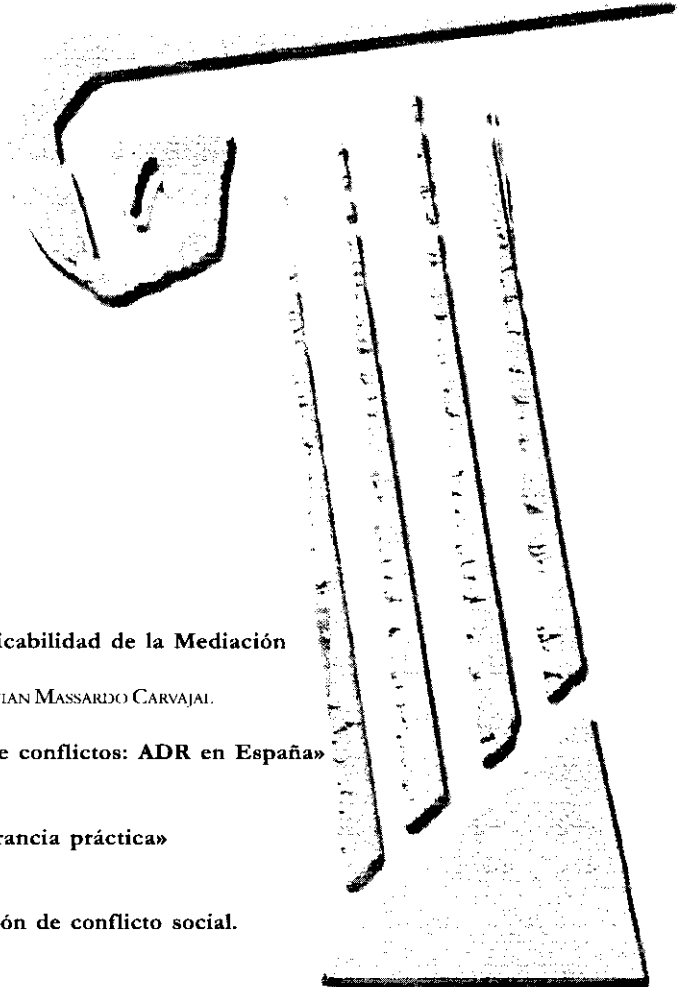
dos a la resolución de conflictos: jueces, abogados, psicólogos, asistentes sociales, etc.);

La incorporación del Centro a una red académica internacional de trabajo sobre la materia.

La publicación periódica que iniciamos con este número, viene a realizar una de las ambiciosas metas que el equipo académico de la Escuela de Derecho se propuso cuando decidió impulsar el proyecto. Esperamos que ella madure y perdure, crezca y permanezca, trascendiendo, finalmente, a sus impulsores iniciales, para convertirse en lo que es su vocación: el vehículo de difusión, comunicación y diálogo de una comunidad científica sobre la materia.

El proyecto «Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA», es posible gracias al apoyo financiero recibido del Ministerio de Educación, a través del Concurso de Convenios de Desempeño para el Desarrollo de Áreas Prioritarias de 1998 (MECE de la Educación Superior), y de la propia Universidad Católica de Temuco.

Junio de 2000



«Reflexiones acerca de la aplicabilidad de la Mediación Comunitaria»

ALEJANDRA COFRÉ KACKSEHILS Y VIVIAN MASSARDO CARVAJAL

«Solución extrajudicial de conflictos: ADR en España»

SILVIA BARONA VILAR

«Mediar: un ejercicio de tolerancia práctica»

MACARENA VARGAS PAVEZ

«Menores y jóvenes en situación de conflicto social. Posibles respuestas»

JAUME FUNES ARTIAGA

«REFLEXIONES ACERCA DE LA APLICABILIDAD DE LA MEDIACIÓN COMUNITARIA»

Alejandra Cofré Kacksehies
Vivian Massardo Carvajal

2012

Lo conflicto puede ser considerado como una herida localizada en la organización social en la medida que se contradice el orden y los demás valores elegidos, sin embargo también es un elemento natural de toda sociedad humana. En las últimas décadas se nos hace más evidente la presencia del conflicto, especialmente en tiempos en que las nociones de responsabilidad personal y del bien común son superadas por la afirmación de derechos individuales y los recursos legales punitivos. El sistema judicial está sobrepasado en su capacidad para responder a la cantidad de casos acumulados o de aportar soluciones pacíficas duraderas. Este tipo de soluciones requiere democratizar los modos de regulación de los conflictos para lo cual se hace necesario buscar y aceptar el lado positivo de los mismos. Entender que la manifestación pacífica de los conflictos existentes en una comunidad reduce las tensiones lo que aumenta la posibilidad de encontrar soluciones para los mismos.

En este contexto han surgido en distintos lugares del mundo, procedimientos alternativos de solución de conflictos. La mediación y el arbitraje que son elementos básicos de las relaciones laborales desde hace mucho tiempo ahora comienzan a visualizarse como alternativas apropiadas para resolver muchos

tipos de conflictos. Si bien en el ámbito internacional la mediación es un procedimiento ya instalado a nivel de las cortes así como también en los barrios de nuestras ciudades, en nuestro país surgen Centros de Mediación, como sistemas dependientes y anexos al Ministerio de Justicia.

Surge en nosotras el interés y la pregunta si esta experiencia de resolución de conflictos, que en otros países ha sido aplicada en forma tan exitosa trascendiendo el contexto judicial, para ser instalada en la comunidad, es aplicable en nuestro país, como forma de lograr una convivencia pacífica y segura, específicamente en sectores urbanos marginales, donde la vivencia del conflicto es permanente.

En términos generales sabemos que la mediación consiste en una vieja práctica natural a cualquier comunidad social en funcionamiento, donde las partes en conflicto son asistidas por un tercero ajeno a la disputa. Constituye una forma de resolver conflictos que ha sido utilizada históricamente tanto para resolver disputas individuales como intergru-

Alejandra Cofré K., es Socióloga de la Universidad de la Frontera.

Vivian Massardo C., es Psicóloga de la Pontificia Universidad Católica de Chile

pales e incluso interestatales (San Martín, 1997).

Reconociendo con humildad el no disponer de antecedentes de la aplicación formal de la mediación comunitaria en sectores populares de nuestro país, nos hemos propuesto en este artículo llevar al papel y a la discusión social, algunas reflexiones acerca de su aplicabilidad, basándonos en la experiencia de Programas de Mediación Comunitaria existentes en los Estados Unidos y Francia. A continuación se exponen algunas características de ellos.

Mediación Comunitaria: Elementos comunes en programas de Francia y Estados Unidos.

En esta sección aludimos a los siguientes programas Community Board de San Francisco, los Neighborhood Justice Centers, el movimiento ADR (Resolución alternativa de disputas), los Comité de Conciliación de Valence y las Boutiques de Droit en Francia. El denominador común es que en ellos se tratan los conflictos emanados de la comunidad como conflictos de las relaciones sociales, sin distinguir su índole civil o penal.

El propósito de tales programas es promover la mediación comunitaria o mediación social o de barrio (para el caso de Francia) como modo de resolución de conflictos que requiere de la participación activa de los ciudadanos y que proclama el lema de que la comunidad debe reapropiarse de la gestión de los conflictos y no esperarlo todo del Estado

(situación que en las sociedades modernas se ha ido perdiendo), partiendo de la idea de que los conflictos que se producen en el interior de un grupo se resuelven mejor en el seno de ese grupo. Lo que se pretende es reducir las tensiones sociales, crear solidaridades y restaurar el tejido social a través de una mayor participación de los ciudadanos en la resolución de sus conflictos y mediante el tratamiento de los conflictos de la comunidad en una fase temprana, antes de que degeneren en disputas violentas y entren en el sistema judicial (Grover K, Grrosch J, Olczak P, 1996). La implementación de tales programas ha favorecido la disminución del sentimiento de inseguridad que provoca la delincuencia cotidiana, pues se trata de llevar a cabo una política local de prevención de pequeños actos delictivos en ciertos barrios, con el fin de evitar la ejecución de otros más graves. Según los planteamientos de Firchow, “no se puede olvidar que la mejor manera de aprehender el fenómeno de la delincuencia es actuar en los micro-territorios en los que se desenvuelve y nadie se acerca más a su realidad que los habitantes y las asociaciones que trabajan en lo mismo” (Firchow T en San Martín 141).

Se trata entonces de crear lugares destinados a la resolución de disputas de la convivencia cotidiana (Infracciones menores) ruidos molestos, problemas con la basura, hurtos menores, comportamiento agresivo de animales domésticos, relaciones de consorcistas, pequeñas rencillas familiares, transacciones insatisfactorias entre proveedores y receptores de servicio, etc. (Gotttheil, y Schiffirin,

1996), pero ajenos totalmente a la institución judicial. La mediación en este contexto, no se limita a la propia resolución del conflicto, sino que pretende además la extensión del diálogo, como forma de resolución de problemas y el logro de la pacificación social.

Como toda mediación, la mediación comunitaria requiere de la acción directa y colaborativa de las partes, las que ayudadas por un tercero imparcial –mediador– buscan poner término al problema que las aqueja, negociando sus diferencias (Grover K., Grosch J, Olczak P, 1996). Sin embargo, una de las características distintivas de este tipo de mediación es que los mediadores son voluntarios, habitantes del barrio, quienes son elegidos por su autoridad moral, por su sabiduría o por su lógica natural. La actuación de los mediadores comunitarios normalmente es colectiva para evitar personalizar la relación en un solo mediador y, al mismo tiempo, acrecentar la eficacia de la propia mediación. Para esto, se forma al mayor número de personas posible en las técnicas de mediación. La idea es que tales personas expandan sus conocimientos y actitudes sobre la mediación a las partes en disputa, y también a sus pacientes, amigos y a todo su entorno social, de tal manera que muchas personas puedan conocer el valor de la mediación en el apaciguamiento social, con el fin de extender el germen del diálogo y de concordia que esta técnica posee, la idea es lograr que este modo de resolver los problemas se implante y desarrolle de manera autónoma, sin tener que acudir a profesionales, en todos los ámbitos de la vida cotidiana en el barrio (San Martín I., M^a Begoña, 1997).

Es una gran tentación pensar que si la mediación se generalizara a través de la formación de un número cada vez mayor de voluntarios, podría establecerse una costumbre. Con el paso del tiempo, esta costumbre consciente y regulada podría llegar a transformarse en un hábito espontáneo. La mediación como costumbre pondría en cada uno la responsabilidad de solucionar los conflictos haciéndonos protagonistas de la convivencia pacífica, con gran ventaja para nuestra calidad de vida (Gotttheil, y Schifffrin, 1996).

«La experiencia muestra que las naciones construidas sobre la base de una responsabilidad asumida en gran medida por sus ciudadanos de forma directa tiene asegurado un bienestar mayor. Cuando la responsabilidad está suficientemente repartida en la población, la iniciativa para resolver problemas se genera con mayor facilidad y el espíritu de pertenencia crece. La responsabilidad de todos es una manera saludable de asumir la autonomía para expresar las valoraciones compartidas y, por consiguiente, convivir en armonía» (Gotttheil, y Schifffrin, op. Cit:219).

Por otra parte, la mediación comunitaria es ante todo voluntaria en cuanto que las partes en conflicto han de acudir por sí mismas a las instancias de mediación, antes de dirigirse a la policía o a los tribunales. Se supone la existencia de una sociedad que desee relacionarse con el otro y que considera el hecho de tal importancia que busca solucionar los problemas de una forma tal que no rompa los actuales o posibles vínculos con el otro. La idea no es necesariamente determinar respon-

sabilidades frente a un hecho, sino construir nuevas relaciones entre las partes con el fin de evitar la repetición de los conflictos (San Martín L., M^a Begoña 1997).

Algunas dificultades en la aplicación de los programas de mediación comunitaria

Los programas de mediación comunitaria no están exentos de dificultades. El funcionamiento de este tipo de mediación depende de la existencia de unos lazos comunitarios lo suficientemente fuertes como para vincular a las personas y hacer que las decisiones que se adopten sean respetadas. Se busca pacificar la convivencia, de tal manera que quede abierta la vía para seguir relacionándose en el futuro. Si la mediación comunitaria carece de raíces sociales, termina siendo una justicia de segunda clase, reservada para los pobres o para las minorías que no pueden asumir los gastos de un proceso (San Martín L., M^a Begoña, 1997).

«El concepto de comunidad que está a la base de este tipo de actuaciones no se agota en la mera pertenencia a un dominio geográfico, étnico o cultural de referencia, sino que implica un compromiso por parte de los miembros en términos de la satisfacción de sus necesidades comunes. Podríamos distinguir entre una comunidad pasiva, objeto de determinantes que se imponen externamente, y una comunidad activa, sujeto de sus determinantes en interacción con el contexto más amplio que la rodea. La presencia viva de instancias propias de organización, tales como

las asociaciones vecinales o la constitución de grupos ad hoc para la resolución de contingencias, es un indicador de la actividad de una comunidad. Los principios básicos de la mediación son absolutamente congruentes con esta entidad de las comunidades activas» (Gotttheil, y Schiffrin 1996: 232).

Al respecto, la autora argentina Delfina Linck plantea que el éxito o fracaso de la mediación dependerá en gran parte del estado de transformación sociocultural en que una sociedad se encuentre. De acuerdo a su perspectiva, las necesidades de una comunidad se relacionan recíprocamente con el tipo de acción comunitaria que se desarrolla en tal comunidad con el contexto y con las conductas que realizan los protagonistas. Si seguimos el dibujo (Fig. N°1) podemos deducir que la mediación implica un nivel de desarrollo sociocultural bastante elevado cuyo fin corresponde a una creación colaborativa. Su soporte valórico enaltece la solidaridad, el compromiso y el respeto. Su raíz última radica en las filosofías puritanas del logro de una sociedad cívica de ciudadanos virtuosos, responsables de sí mismos y solidarios, todas conductas ubicadas en el centro del círculo (Linck D, 1997).

Así, desde esta perspectiva, la mediación aplicada en comunidades donde nos encontramos con necesidades de sobrevivencia y conductas de tipo instintivas, acciones comunitarias de tipo asistencialistas, actuando el contexto como proveedor, puede ser dudosa y con importantes dificultades. Si bien se trata de fomentar la participación cívica como un modo

de incrementar el bienestar social, éste último es concebido no como una categorización abstracta sino como el resultado del bienestar individual de cada uno de los miembros de la comunidad (Gotttheil, y Schiffrin 1996).

Por otra parte, es necesario tener en claro

que no todo conflicto se puede resolver a través de la mediación. La mediación comunitaria no tiene prácticamente efectividad para resolver asuntos entre partes que carecen de igualdad real, tampoco entre partes que poseen unos intereses diametralmente opuestos, no com-

ACCION COMUNITARIA

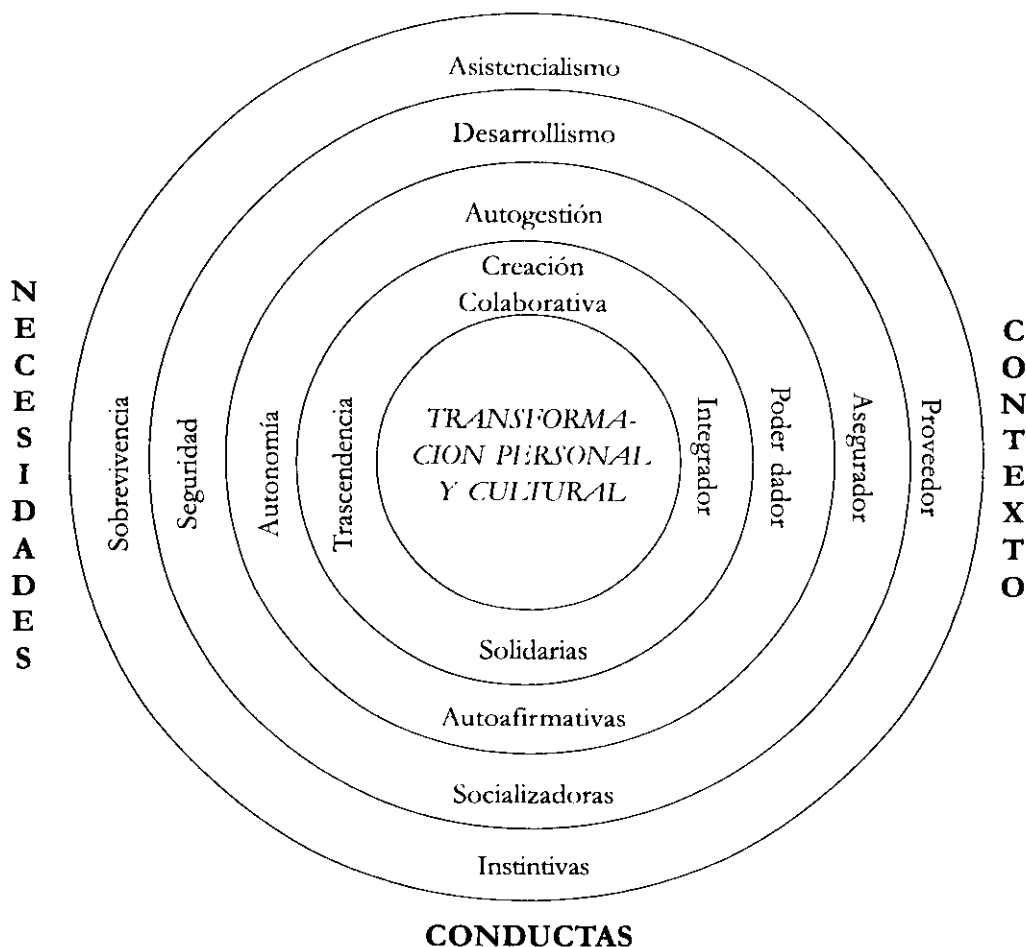


Fig. N°1 Evolución sociocultural de Delfina Linck.

parten similares normas o no tienen vínculo alguno con un entramado social que pueda ejercer sobre ellas cierta presión para que restauren la paz (San Martín B, 1997). La experiencia francesa ha constatado que las organizaciones de barrio que tienen mayores éxitos son las implantadas en zonas homogéneas. En los barrios étnica y culturalmente homogéneos, los residentes pueden llegar fácilmente a una definición común de sus problemas y a designar a los responsables de sus organizaciones ya que comparten experiencias y condiciones de vida similares y, en conjunto, una misma concepción de las responsabilidades tanto públicas como privadas. También se ha constatado que es difícil conseguir e incluso conservar la participación voluntaria de los habitantes de las zonas más pobres y cuya tasa de criminalidad es más elevada (San Martín, op. cit.).

Por lo tanto, todo conflicto cuyas determinantes trasciendan el ámbito de la comunidad misma, o el reconocimiento de los mediadores voluntarios, debe ser derivado a las instancias pertinentes. Esto mismo se aplica cuando la gravedad de los problemas que aquejan a ciertos barrios sobrepasan la calificación de conflictos cotidianos (Gotttheil, y Schiffrin 1996).

Las instancias de mediación de filosofía comunitaria se quejan de su dificultad para obtener fondos públicos que permitan su sostenimiento, debido a la todavía insuficiente presencia de ciudadanos que acuden espontáneamente a resolver sus conflictos.

Otra dificultad surge de la actuación de los mediadores y consiste en que en ausencia de todo control judicial, se puedan producir aten-

tados injustificables a los textos protectores de los derechos humanos, como la presunción de inocencia, el de defensa o el de recurso a un tribunal (San Martín, op. cit.).

Ante estas dificultades, tanto en Estados Unidos como en Francia, han surgido diversas modalidades de resolver los conflictos que acercan la sociedad civil a la administración de la justicia. Una de estas formas es la mediación penal (nombre que es usado especialmente en Francia), la cual se lleva a cabo con conflictos que han entrado al sistema judicial (conflictos penales judicializados), por lo cual es menos preventiva que la comunitaria propiamente tal.

La mediación penal puede ser considerada como un instrumento de política criminal, que pretende, además de evitar la sobrecarga de los tribunales proteger a las víctimas por la vía de la reparación material y psicológica, reinsertar socialmente al delincuente y proteger el orden público. La mediación penal es una forma de mediación practicada tanto por instancias extra judiciales como por otras que poseen carácter judicial o están adscritas a órganos de esa índole. Si bien existen diversas modalidades de aplicación de este tipo de mediación, nos han interesado aquellas que se ubican en un punto intermedio entre lo comunitario y lo penal: la mediación parajudicial y la mediación social parajudicial (San Martín op. cit.).

En la mediación parajudicial se da una lógica de subcontratación en la que el juez o el fiscal delega el proceso de resolución del conflicto en la sociedad civil, en personas o asociaciones reconocidas para aplicar la mediación. Esta mo-

alidad se está llevando a cabo en Francia sobre todo en el tratamiento de conflictos con la pequeña delincuencia. Si bien esta modalidad está abierta a todas las personas, con una gran proporción de voluntarios, es en este marco donde más se destaca la tendencia hacia una profesionalización de los mediadores. Esta mediación tiene por objeto el acuerdo entre la víctima y el autor respecto a una reparación del daño ocasionado por la infracción penal.

La mediación social parajudicial funciona con la lógica de la integración social, se trata de un modelo de mediación que articula una forma mixta, se realiza mediación penal en una estructura de índole comunitaria. Es una mediación delegada en instancias de índole social, cuyos objetivos son además de conseguir el diálogo entre las partes, llegar a un acuerdo entre víctima y victimario, la reconstrucción del tejido social y la difusión entre los miembros de la sociedad de este modo pacífico de arreglo de disputas a través de la extracción de mediadores de la comunidad. Las autoridades judiciales eligen a los mediadores que son voluntarios procedentes del ámbito social en el que tiene su sede este programa y les facilitan la mayor parte de los casos que tratan.

Los casos derivados para esta mediación corresponden sobre todo a problemas de vecindad, pequeñas riñas, actos de vandalismo, robos de poca importancia. Los pactos que se alcanzan no siempre contienen reparaciones económicas, ya que entre vecinos o en pequeñas disputas sin lesiones, lo fundamental es la reconciliación de las personas y el

compromiso de modificar el comportamiento en el futuro, incluso antes de que tenga lugar la reparación de cualquier daño, y ello realizado con prontitud, para evitar que el conflicto se encone y se convierta en algo más grave.

Conclusiones

La mediación comunitaria, se nos presenta como una forma de resolver los múltiples conflictos que surgen en una comunidad, los cuales con frecuencia son el punto de partida de desenlaces violentos que generan una percepción de inseguridad en la población. En este sentido se constituye en una herramienta de gran poder preventivo pues responde a las variadas necesidades del contexto en cuestión. Hemos visto que la mediación comunitaria también nos permite reconstituir el tejido social, en tanto expande el germen del diálogo y modela desde la persona del mediador, una actitud que fomenta la participación ciudadana y algo muy relevante para nuestro país: la capacidad de hacerse responsable por la resolución de las disputas que surgen en el propio lugar.

Surge la tentación de instaurar rápidamente centros de mediación en las comunidades, no obstante, las dificultades antes mencionadas en la experiencia internacional, nos invitan a reflexionar.

Una primera reflexión en torno a la aplicabilidad de este tipo de mediación, se centra en la relevancia de practicar un diagnóstico acabado del nivel de desarrollo sociocultural de la comunidad a intervenir. Ser capaces de des-

cribir las necesidades principales de la población, el tipo de acciones comunitarias que se han realizado en ella, el tipo de conductas predominantes de las personas y la otra forma que ha adquirido el contexto en relación a la comunidad. Sabemos que mientras los resultados del diagnóstico se acerquen a la parte exterior del círculo de desarrollo sociocultural (asistencia-lismo, necesidades de sobrevivencia, conductas instintivas y contexto proveedor), es menos probable que las personas acudan en forma voluntaria a un mediador.

Sin embargo, también creemos que la práctica de la mediación comunitaria puede ser a la vez una forma de dinamizar los procesos de evolución sociocultural, sin desconsiderar que el tiempo requerido para tales cambios es de largo plazo. Necesitamos aprender nuevas formas de relacionarnos y solucionar nuestros conflictos. Formar mediadores, habitantes de la comunidad, es una de las acciones de mayor necesidad. Ellos podrían recibir los casos que ya han entrado al sistema penal, articulándose una modalidad social parajudicial. Se trataría de avanzar hacia la implementación de la mediación comunitaria propiamente tal, en tanto los mediadores voluntarios fuesen adquiriendo legitimidad en su comunidad. La idea final es llegar a un estado de real prevención.

Una segunda reflexión alude a esto último el valor preventivo de la mediación comunitaria, nos permite situarla como una alternativa interesante en relación al tema de seguridad ciudadana. Muchos de los problemas que generan una percepción de inseguridad en la población surgen de disputas entre los mismos habitan-

tes de una comunidad. Normalmente, las personas acuden a Carabineros en busca de ayuda o para «dejar constancia», situación ante la cual Carabineros no interviene sino hasta que el conflicto se agrava en forma definitiva adquiriendo matices claros de violencia, después de lo cual el conflicto llega al sistema penal. Por lo tanto, en esas situaciones, la institución de Carabineros puede detectar precozmente algunos de los conflictos de la comunidad que podrían ser clientes futuros del sistema penal. La intervención de un mediador en tales ocasiones puede ser muy oportuna, especialmente si éste es una persona que pertenece al sector. En tales casos se podría pensar en un sistema parecido al de mediación social parajudicial, pero esta vez desde la Comisaría del sector y con la diferencia que se estaría actuando antes de que el caso ingrese al sistema penal.

Bibliografía

- GIRARD, K. y KOCH, S.J. *La Resolución de conflictos en las escuelas*. Ed. Gránica S.A. Buenos Aires, 1997.
- GOTTHEIL, JULIO y SCHIFFRIN, ADRIANA. *Mediación, una transformación en la cultura*. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1996.
- GROVER, K. GROSCH, J. OLCZAK, P. *La Mediación y sus contextos de aplicación*. Editorial Paidós. Barcelona, 1997.
- LINCK, DELFINA. *El valor de la Mediación*. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires, 1997.
- SAN MARTÍN L., M. BEGOÑA. *La Mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos*. Barcelona, 1997.

«SOLUCIÓN EXTRAJURISDICCIONAL DE CONFLICTOS: ADR EN ESPAÑA»

Silvia Barona Vilar



I. Consideraciones generales

El desarrollo social, cultural y económico de las sociedades occidentales ha provocado una proliferación de relaciones jurídicas y con ellas la aparición de un aumento importante de la conflictividad social. El resultado de esta situación ha supuesto la aparición del fenómeno de la jurisdiccionalización de toda la sociedad, fenómeno producido de manera diferente en los distintos países de nuestro entorno, si bien en todos ellos con una nota común: el control y la fiscalización de *toda* por los órganos jurisdiccionales.

En España el desarrollo de un verdadero Poder Judicial se debió a la promulgación de la Constitución Española de 1978, que sentó los principios y el ámbito de aplicación del Poder Judicial, así como las garantías para su configuración como verdadero Poder, diferenciado e independiente de los otros poderes del Estado. Las garantías que se otorgan por el legislador español al justiciable en el desarrollo del proceso han sido muchas de ellas elevadas al rango constitucional, lo que sumerge a los mismos en la apertura hacia la solución más garantista de los conflictos jurídicos. Era necesario en el contexto político de aquel entonces la consagración del Poder Judicial desde el marco constitucional, como el mecanismo a través del

cual se alcanza la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos.

Sin embargo, los acontecimientos de finales de este siglo han desbordado, con mucho, las previsiones que garantizaban lo que en aquellos años setenta era imprescindible garantizar. Factores en gran medida exógenos, que eran imprevisibles a comienzos de este siglo, han convertido en inoperantes, en muchas ocasiones, los cauces jurisdiccionales de solución de conflictos, ante el aumento progresivo de asuntos que alcanzan y pretenden una decisión judicial de los mismos. A estos efectos, los factores que han provocado la desestabilización del sistema jurisdiccional son el aumento de los conflictos jurídicos, y la incapacidad de ser asumidos por los órganos jurisdiccionales del Estado, así como la calidad de estos conflictos, derivada de la complejidad de las causas que se incoan ante los Tribunales.

Durante mucho tiempo fueron característicos los conflictos privados, fundamentalmente los incardinados en el ámbito de la propiedad o de la persona física, habiendo ido, poco a poco, delimitándose un modelo distinto donde se ha evidenciado un trasvase de lo

Silvia Barona V. es Catedrática de Derecho Procesal, Directora del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España.

privado hacia lo público, de lo individual a lo colectivo. En suma, una sociedad tecnológica en alza, donde los valores sociales priman sobre los individuales, donde la tecnología ha hecho evolucionar los parámetros de comportamiento de los ciudadanos y donde la reglamentación administrativa va en ascenso, tiene que conllevar necesariamente un aumento de la litigiosidad, generando, en algunas ocasiones, los denominados litigios transfronterizos, siendo todos ellos elementos que complican, cuando no imposibilitan, una solución de los conflictos jurídicos que se alcance de manera racional, tanto en el tiempo como en lo que en coste del mismo supone.

En ese marco de crisis del Poder Judicial debemos incardinar el movimiento de búsqueda de alternativas para la solución de los conflictos jurídicos. Este movimiento no obedece, sin embargo, a un fenómeno exclusivo español, sino, antes al contrario, responde a unas coordenadas que se encuadran tanto dentro como fuera de nuestras fronteras. Una tendencia euro-peísta en alza hacia la búsqueda de soluciones extrajurisdiccionales va a afectar a nuestro país de manera evidente, sin olvidar que estos movimientos surgen en el ámbito de los sistemas anglosajones, especialmente en EEUU.

II. El movimiento de la ADR y su nacimiento en los sistemas anglosajones

Fue precisamente el presidente de la Universidad de Harvard y antiguo decano de la Facultad de Derecho Derek Bok el que

definía el sistema americano de resolución de controversias como un "sistema sembrado de las esperanzas defraudadas de aquellos que lo encuentran demasiado difícil de comprender, demasiado quijotesco para imponer respeto y demasiado caro para resultar práctico"¹. Esa visión crítica del sistema americano responde a la misma realidad evolucionada de la situación de la justicia americana, provocada por el aumento de las causas incoadas ante los tribunales, derivada del incremento de la población, de la complejidad de las materias que se presentan, así como de la tendencia legislativa federal hacia la regulación de cuanto implique protección de los derechos civiles, las empresas y más recientemente los consumidores frente a productos nocivos y ambientes o aguas contaminadas, provocándose, con todo ello, un espectacular aumento de las causas ante los juzgados federales, de manera tal que se ha llegado a alcanzar hasta el triple de asuntos desde 1970 hasta fechas recientes. Y a todo ello habría que añadir que la naturaleza de los litigios también ha variado, dado que si antes eran característicos los conflictos de la empresa privada y de la propiedad, actualmente predominan las reclamaciones de daños y perjuicios por accidentes, por productos nocivos o defectuosos, las relaciones familiares, las causas penales y las administrativas.

Todo lo anterior, unido al gasto que conlleva

¹ DEREK C. BOK, *A Flawed System of Law Practice and Training*, en 33 *Journal of Legal Education* 530, 1983.

la existencia de un sistema judicial y los retrasos en la resolución de los conflictos por los tribunales, ha provocado movimientos reaccionarios contra este sistema. En la década de los años treinta surgió un movimiento filosófico de pensamiento defensor del realismo jurídico y contrario a todo tipo de normativismo, *Critical Legal Studies*, al que se ha tratado de vincular otros muchos movimientos jurídicos producidos en esa y sucesivas décadas, de entre los cuales debemos destacar *Alternative Dispute Resolutions*, a partir de ahora ADR, es decir “mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales”². Esta ADR ha sido el fruto básicamente de tres tipos de causas³: 1) El colapso que se ha producido ante los órganos jurisdiccionales civiles y penales; 2) El sentimiento creciente de que faltan mecanismos privados de resolución de controversias, sobre todo entre los particulares; y 3) La incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la justicia.

Opiniones en contrario también se dejaron sentir; a título de ejemplo puede citarse a FISS⁴, quien tildaba de “*trivialization*” las fórmulas de ADR frente al proceso

adversarial (con partes) y las consideraba un desprestigio de la función social que se desempeña a través de los órganos jurisdiccionales, de modo que considera que el ejercicio del poder que comporta la función jurisdiccional es instrumento necesario para mantener la balanza del poder político en la sociedad americana, como garantía de las libertades civiles y de los derechos políticos. Este autor identifica la ADR en el ámbito del derecho civil con el *plea-bargaining* en el ámbito penal⁵.

No obstante, las bondades del sistema de la ADR prevalecen sobre las posiciones contrarias, de manera que, siguiendo a CARBONNEAU, pueden considerarse que las notas que le caracterizan son: la posibilidad de práctica, eficacia y economía; de modo que es la respuesta posible ante el volumen de demandas que convierten la vía jurisdiccional en el cauce relativamente inaccesible; de ahí que considere que el litigio ante los tribunales es, sobre todo, “contraproducente en la mayoría de los casos”⁶.

La discusión doctrinal, sin embargo, quedó con los años superada por la misma realidad. Así, es significativo que el 95% de las Facultades de Derecho de los Estados Unidos, y un creciente número de escuelas empresariales, de planificación y de política pública, incluyan cursos de resolución alternativa de conflictos en sus programas de estudios. En

² CAPPELLETTI, M., *Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, Modern Law Review, 1993, p. 282.

³ TWINING, W., *Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics*, Modern Law Review, 1993, p. 380.

⁴ *Against Settlement*, 93 YALE L. J. p. 1073, 1984.

⁵ FISS, O., Op. cit., p. 1075.

⁶ *Alternative Dispute Resolutions. Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, University of Illinois Press, 1989, p. 246.

gran medida ésto es el resultado de una búsqueda de formación e incluso en algunos casos profesionalización exigida a quienes toman parte, en la dirección de estos cauces de solución de conflictos. Tal es así que, como apunta SINGER, "las editoriales jurídicas incluyen la ADR en sus publicaciones sobre enjuiciamiento civil, contratos, agravios y derecho de familia. La mitad de los abogados, jueces y profesores de Derecho en ejercicio, que se inscriben cada mes de junio en el Programa de Formación Jurídica de la Facultad de Derecho de Harvard, eligen asignaturas sobre mediación y negociación. La ADR integra también el plan de estudios del National Judicial College (Colegio Nacional de Jueces). A los abogados empresariales se les invitó a estudiar nuevos caminos de solución de litigios a bordo de un crucero por las islas Hawai. La mayoría de ellos se ha apuntado luego a los seminarios sobre ADR organizados por los colegios de abogados y las asociaciones de resolución de conflictos locales".

Debe tenerse presente que en un principio el significado de la ADR venía configurado más restrictivamente que en la actualidad, de manera que fue en la década de los años ochenta cuando se produjo un cambio en la concepción de este movimiento; la nota esencial que le había caracterizado – la voluntad – dejó de ser tal para convertirse en parte del propio sistema judicial, de manera que se incluyen en dicho término procedimientos intrajudiciales

incluidos en el mismo sistema legal existente, dejando de ser alternativas al sistema público operante y abarcando técnicas o métodos que, surgidos desde los sectores puramente privados, se han incorporado a las instituciones públicas, a los mismos tribunales, como parte integrante del sistema⁸. Este cambio puede provocar en esencia una desvirtuación de lo que fue en su origen, fundamentalmente porque puede conminarse a su utilización, cuando desde los juzgados se impone la utilización de estos métodos bien alternativa o bien previamente a la puesta en marcha del aparato judicial.

En consecuencia, en este movimiento se dieron tres fases: una primera en la década de los años sesenta, que se caracterizó por buscar mecanismos de consenso, verdaderas alternativas centradas fundamentalmente en lo que serían litigios vecinales; la segunda fase, ya en la década de los años setenta, se caracterizó por la denominada crisis en el ejercicio de las prácticas médicas, tratando de buscar soluciones que eliminaran las barreras de los costes del mal funcionamiento de seguros; y, por último, la tercera fase, a mediados-finales de los años ochenta, supone la amplia inclusión de alternativas sobre cualquiera que fuera la naturaleza de las posibles disputas existentes, producto de una necesidad de buscar soluciones más económicas que las que el sistema legal oferta⁹. Esta tercera fase pasa necesariamente

⁷ SINGER, I.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996, pp. 22-23.

⁸ KATZ, I.V., *Compulsory alternative dispute resolution and voluntarism: two headed monster or two sides of the coin?*, *Journal of Dispute Resolution*, 1993, n. 1, p. 1.

⁹ Sobre las citadas fases puede leerse KATZ, I.V., *Compulsory alternative...*, cit., p. 3.

por la participación de los órganos jurisdiccionales; tal es así que se elaboran unos programas de ADR dentro de los Juzgados, de manera que casi todos los juzgados de distrito de carácter federal han asumido o están en vías de ello, alguna fórmula de resolución alternativa de los litigios. Como señala SINGER¹⁰, según un sondeo efectuado por el *National Center for State Courts* (Centro Nacional de Tribunales Estatales), aproximadamente 1200 juzgados estatales y locales cuentan hoy en día con algún tipo de programa de ADR.

Probablemente la concienciación y asunción por parte de los tribunales se debió a que la legislación federal alentaba a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción a confiar, cada vez más, en las técnicas alternativas de solución de conflictos. En 1983 se produce un cambio en las *Federal Rules of Civil Procedure*, favoreciendo desde la Rule 16 (C) el uso de los procedimientos extrajudiciales de resolución de las disputas. Hito importante en esta materia se produce cuando en 1990 se aprueba por el Congreso la denominada Ley de Reforma de la Justicia Civil (CJRA), en la que se conmina a los juzgados de distrito federales a que elaboren e instauren sus propios planes para disminuir los gastos y los retrasos en el desarrollo de los procesos civiles, y les impulsa a la inclusión de programas de resolución alternativa de litigios, allí donde la materia y las circunstancias lo favorezcan, siendo significativo que prácticamente todos lo han hecho. Así, aunque

los programas federales establecen la oportunidad de que los tribunales propongan a las partes la participación voluntaria en estos otros cauces, la realidad americana es otra, dado que cada día hay más jueces que ordenan la mediación directamente, lo que ha provocado que casi la mitad de las demandas se resuelvan mediante mediaciones; en la fase de apelaciones se reduce a un 40%.

Significativo es que en el desarrollo de este movimiento de ADR han tomado parte representantes de los distintos foros y estamentos, provocando una participación plural que, cuanto menos, ha generado un consenso en la aceptación de las técnicas alternativas. El desarrollo y configuración de éstas no resulta, sin embargo, pacífico, generándose una serie de cuestiones de solución no unitaria, de entre las que pueden citarse: las materias a las que se pueden aplicar estas técnicas de solución alternativa de los conflictos; las técnicas que deben emplearse y sus cauces, y las personas más apropiadas para intervenir en las mismas.

Se ha producido en la década de los años ochenta e incluso de los noventa una importante proliferación legislativa¹¹. Desde el punto de vista federal importante es la labor comenzada desde 1988 que culminó en 1990 con la reforma denominada Act of 1990, que contiene una serie de condiciones de actuación conjunta en los mismos juzgados y, sobre todo, incluye mandatos para expandir el uso de la

¹⁰ SINGER, J.R., *Resolución de conflictos...* cit., p. 221.

¹¹ En la actualidad se halla pendiente el proyecto de *Alternative Dispute Resolution Act de 1998*.

ADR desde los tribunales; así autoriza el desarrollo de *Civil Justice Expense and Delay Reduction Plans* en 10 distritos federales, siendo que en tres de ellos deben aplicar los métodos de ADR¹². Y, paralelamente se desarrollan las *Federal Rules*, siendo de destacar la 16, en la que se trata de conseguir que las partes lleguen a una solución antes de poner en marcha la actuación de los tribunales. Posteriormente en materia administrativa destaca la *Administrative Dispute Resolution Act de 1990*, y la *Civil Rights Act of 1991* que fija para resolver las contiendas civiles esta posible consideración de resoluciones alternativas de las disputas. También de rigor es citar, entre otras, la orden al Presidente Bush de 1991, que pretende potenciar las negociaciones y soluciones previas entre las partes, antes de incoar el proceso judicial, sugiriendo que se utilicen las técnicas de ADR en materia de disputas entre particulares.

Si el impulso de la ADR se produce en EEUU, en los últimos tiempos se ha producido un interés en diversos países europeos por buscar fuera de las coordenadas jurisdiccionales soluciones, técnicas o métodos que, bien integrados en el sistema judicial o bien siendo alternativas o vías previas a aquél, pretenden alcanzar la solución al conflicto sin tener que acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado. Exponentes de cuanto decimos son el modelo alemán y el italiano, que se plasman en la inquietud del legislador de introducir o potenciar algunas de estas soluciones extrajurisdiccionales.

III. Perspectiva española de solución extrajurisdiccional de conflictos

Desde la perspectiva española es muy interesante la experiencia que en las últimas décadas se está produciendo en los diversos órdenes materiales para alcanzar acuerdos a los conflictos ya surgidos, o para tratar de controlar el no nacimiento del conflicto. Si bien en el ámbito laboral se ha producido en los últimos años un desarrollo importante de los mecanismos de negociación colectiva, la mediación, la conciliación e incluso el arbitraje laboral, tanto para resolver los conflictos colectivos como los individuales, y en el orden administrativo y penal, donde por el carácter de indisponible carecería de razón de ser el desarrollo de estos mecanismos (y pese a todo tanto en vía administrativa como en el ámbito penal existen muestras de convenios, pactos, consensos, acuerdos, etc), nuestro estudio se centra tan sólo en el ámbito civil, donde las posibilidades de alcanzar la tutela efectiva a través de otros mecanismos distintos del Poder Judicial son mayores a las de cualquier otro orden jurisdiccional, por el carácter disponible de las materias que se someten y por el principio constitucional de libertad económica (arts. 33 y 38 CE) en el que se asienta nuestro sistema.

Vamos a exponer las diferentes manifestaciones de esta ADR en nuestro país:

1. La mediación

España, pese a la falta de cultura de tradición de la mediación, ha visto en la última década la

¹² KATZ, I.V., *Compulsory alternative...*, cit., p. 17.

potenciación, desde diversos foros, de la técnica de la mediación como práctica para la resolución de conflictos en el cambio social, percibiéndose así los influjos de la ya existente y consolidada como técnica en el derecho comparado. En esta línea de difusión se centra la aparición de la Asociación para la Promoción de la Mediación en España (APME), que cuenta entre sus objetivos el “difundir la práctica de la Mediación, como conjunto de conocimientos y de técnicas específicas desarrolladas a través de una actividad profesional que necesariamente debe ser conocida por una sociedad inmersa en un profundo cambio, que se dispone a comenzar el S. XXI”. Se insiste desde la misma en que la mediación requiere de una metodología que, pese a hallarse cada vez más extendida, todavía se encuentra en fase incipiente en muchos de los ámbitos sociales y precisa de la creación y fomento de una cultura que facilite su desarrollo y, con ella, su utilización.

Si nada impide la utilización de la mediación en el ámbito civil, significativa es la labor que con mayor entusiasmo se ha abordado en el sector de familia, probablemente por el impulso que, desde la Administración, está tratando de efectuarse tomando como modelo sistemas de nuestro entorno¹³.

En España desde hace aproximadamente diez años vienen desarrollándose iniciativas para fomentar y difundir la mediación, que han llevado a constituir programas de intervención y de formación en toda España. Utilizando

como modelo la Comunidad Valenciana resulta significativo que en 1996 se puso en marcha un Programa de Mediación Familiar vinculado con la Dirección General de Justicia, convirtiéndose a principios de 1998 en el *Servei d'Orientació i Mediació Familiar*; el 1 de octubre de 1997 se puso en marcha el *Servei de Mediació i Reparació de Menors*, subvencionado por la *Direcció General de Serveis Socials*, vigente hasta el mes de enero de 1998, siendo su objetivo el de ofrecer a los menores —que habían sido objeto de denuncia penal— la posibilidad de reparar el daño cometido a sus víctimas, evitándoles, de este modo, la fiscalización judicial de su conducta; también se está desarrollando un *Programa de Gestió de Conflictes en Ambit Escolar*, en colaboración con un Colegio Público de la Ciudad de Valencia. En gran medida toda esta labor ha sido canalizada a través de la *Associació d'Operadors Familiars i Socials* (A.O.F.S), que fue creada en 1997 por un grupo de profesionales

Gobierno vasco ha puesto en marcha un programa de mediación familiar integrado en la misma sede jurisdiccional, a la americana, que participa como sistema que completa y ayuda a los Juzgados de Familia; y en esta línea la primera iniciativa fue llevada a cabo en el año 1988 en San Sebastián, subvencionada por el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, aunque la misma no tuvo continuidad; el Parlamento catalán ha elaborado la Ley sobre Mediación; en Madrid se crearon en 1990 dos servicios al mismo tiempo, subvencionados por el Ministerio de Asuntos Sociales; en la Comunidad Valenciana en 1996 se creó un sistema de mediación familiar de carácter gratuito por acuerdo entre la Dirección General de Justicia de la Generalitat Valenciana y la *Associació per al desenvolupament de la mediació i l'arbitrage de la Comunitat Valenciana*, con tres equipos de profesionales voluntarios, uno en cada provincia, siendo la Administración la que ha sufragado los gastos de publicidad.

¹³ Actividad importante en este punto es la que llevan realizando en estos últimos años las Comunidades Autónomas. A título de ejemplo puede citarse que el

(médicos, juristas, psicólogos...) con el objeto de dar a conocer la mediación a la sociedad valenciana como el medio más adecuado en la gestión y en la solución de los conflictos. En la Comunidad Autónoma de Catalunya se ha elaborado el segundo anteproyecto de la Ley de mediación familiar en septiembre de 1998, con el deseo de potenciar y favorecer la misma en el seno de los conflictos familiares.

En la mediación familiar destacan elementos de componente personal que van a condicionar de manera más intensa las actuaciones desempeñadas por el mediador, quien intentará velar en todo caso por el beneficio de los hijos, lo que en absoluto implica que sea representante de los intereses del menor, sino que en su actuación, ante el conflicto familiar, ha de asumir que la relación conyugal se rompe, pero la relación paterno-filial derivada de una relación conyugal rota subsiste, lo quieran o no los cónyuges. Una máxima esencial en el desarrollo de la mediación es que no se trata de avenir a las partes -cónyuges en el caso de mediación familiar- tratando de evitar la separación o el divorcio, sino que se pretende ordenar cuantas relaciones, situaciones y condiciones han quedado como consecuencia de la relación familiar. En suma, se pretende, con la ayuda de una persona neutra, que la pareja se siente, negocie, alcanzando una solución de compromiso, en cuantas cuestiones deriven de la relación familiar. Una vez se han efectuado los trámites previos que llevan a la definición para las partes de qué es la mediación familiar, para qué sirve y el marco de actuación, la

voluntariedad es la que formaliza la mediación, mediante la firma de un contrato en el que aquéllas se comprometen a no utilizar la información vertida a lo largo de las sesiones que secuencien el procedimiento.

Las fases de este procedimiento están condicionadas por los teóricos de la mediación, si bien un esquema general llevaría a que, tras la delimitación del problema, se proceda a elegir al mediador -tégase en cuenta que en España este sistema es novedoso, lo que ha llevado a que exista poca oferta para la elección, de ahí que se reduzca a la posibilidad de acudir a profesionales privados, a asociaciones de padres y madres separados/as o a algunos servicios instaurados desde los gobiernos autónomos de carácter público y gratuito-, y comienza el período de recopilación de materiales e información, de manera que cada una de las partes expone su visión del problema, lo que ayuda a su definición. Con ello son las mismas partes las que ofrecen soluciones, exponiendo, en su caso, una crítica de las ofrecidas por la parte contraria. Sólo desde la determinación del marco del conflicto, donde está, cuál es y qué es lo que se plantea para negociar, cuáles son los intereses de cada una de ellas y sus posiciones, es posible comenzar la negociación. El trámite final del procedimiento de mediación es aquel que termina con la redacción de un acuerdo.

Junto al auge de la mediación familiar es posible reconducir este procedimiento a otros contextos, de manera que puede hablarse de la mediación incluso en el arbitraje de consumo, ejerciéndose por la junta arbitral en muchas ocasiones labores mediadoras, que

permiten alcanzar el acuerdo sin tener que desarrollar todo el proceso arbitral. Asimismo podría servir para resolver cuestiones de carácter vecinal (daños en propiedad, deudas en comunidad de vecinos...); también puede citarse la mediación penal y penal juvenil, cuyo objeto es alcanzar la reparación a la víctima, evitándose la sanción punitiva o con reducción de la misma; la mediación escolar, en la que intervendrían padres, profesores, administrativos, alumnos... etc.

La gran bondad de este procedimiento de mediación es que son las partes las protagonistas de la solución, lo que hace que se crean lo convenido y con ello que cumplan “por convicción y no por coacción”¹⁴.

Así las cosas habría que plantearse la viabilidad legal de esta técnica de solución de conflictos, y fundamentalmente el marco constitucional adecuado para la utilización de la misma. Así:

1º) Cuando el legislador constituyente español estableció el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 24 CE y la función jurisdiccional atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado en el art. 117.3 CE, está consagrando un derecho y la vía y personas para su cumplimiento.

Debe tenerse presente, sin embargo, que como derecho que es, *ultima ratio* de la tutela de los ciudadanos por parte del Estado, puede no ejercerse, si bien los supuestos en que el ejercicio del mismo no se lleve a cabo deben

quedar delimitados en una órbita del ordenamiento jurídico concreto, es decir, en el sector de lo que podría denominarse como derechos o materias disponibles para las partes. Ello significa, en consecuencia, que allá donde el ordenamiento jurídico español permita la tutela y la disponibilidad de la materia que se somete a tutela, cabrá eludir la vía judicial, si se quiere, y los órganos jurisdiccionales como representantes del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional.

2º) Lo anterior no tiene otra explicación que la que se deriva de los arts. 33 y 38 de la CE, en cuanto se reconoce el derecho de propiedad y el de la libertad de empresa en el marco de la economía del mercado. Ello lleva a la afirmación de que los ciudadanos tienen la libre disposición de sus intereses (disponibles) y, por tanto, considerarán o no oportuno la determinación de acudir o no al proceso.

3º) Si se asume la configuración de la vía judicial civil, ésto es, el proceso civil como instrumento a través del cual las partes, por sus propios intereses, deciden oportunamente y voluntariamente resolver sus conflictos, es posible que esa voluntariedad, oportunidad y con ello disponibilidad de sus intereses les lleve a decidir o no resolver el litigio y mantener una actitud inhibitoria, o bien acudir a una fuente de solución que escape del control de los órganos jurisdiccionales y a través del proceso.

4º) Atendidas las premisas anteriores, la mediación en materias disponibles es perfectamente posible. Piénsese que, además, incluso en aquellos supuestos en que, por sus propios y oportunos intereses, las partes acudieran a una

¹⁴ MEJIAS GOMEZ, J.F., *Resolución alternativa de conflictos*, Generalitat Valenciana, 1997, p. 26.

fórmula como la mediación para solventar sus disputas, no se trata de una solución a imponer, de la que las partes no puedan evadirse, sino, antes al contrario, se trata de una solución que voluntariamente las partes acogen, que carece de fuerza ejecutiva y que, por tanto, en caso de incumplimiento, quedaría siempre la posibilidad de comenzar todo de nuevo en sede judicial. La ventaja, será siempre que la participación de las partes en la búsqueda de una solución del conflicto supone una predisposición al cumplimiento voluntario de lo acordado.

5º) Para que funcione, deben configurarse las condiciones, la profesionalización de los mediadores, los requisitos y cuantos elementos otorguen las mínimas garantías, más allá de una conciencia asentada en un voluntariado que, de seguro, no va a durar eternamente.

2. La Conciliación

Si con la mediación, como diría CARNELUTTI, se persigue una “composición contractual cualquiera”, con la conciliación se busca “una composición justa”; ello va a transcribirse en la fuerza que se le atribuye a la decisión que se alcanza con una u otra vía, dado que la primera se basará y allí estará su fuerza en la voluntad de las partes, que son las “hacedoras” del acuerdo, de cumplir con lo acordado; mientras que la decisión a que se llega en conciliación tiene, cuando de transacción judicial se trate, fuerza ejecutiva (art. 1816 CC), y puede atacarse mediante las causas que sirven para invalidar los contratos (arts. 477 y 692.III LEC). La función que desempeña el mediador es la de acercar posiciones incluso con propuesta de

acuerdos, mientras que en la conciliación las partes se relacionan a través del conciliador, que no hace ningún tipo de propuesta de acercamiento entre las mismas.

Se trata de un mecanismo con raigambre histórico en nuestro ordenamiento jurídico. De ellas podemos hacer dos grupos: a) Las conciliaciones sin intervención pública, en las que la solución del conflicto es consecuencia de la cesión de las partes, de tal manera que dicha solución no se alcanza por decisión impuesta *supra partes* sino *inter partes*, y b) Las conciliaciones con intervención pública. Conciliaciones ante organismos públicos existen varias en nuestro derecho. Así, unas se confían a órganos no judiciales (Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, Registro de la Propiedad Industrial o Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana) y en otras ocasiones se atribuyen a órganos judiciales, que son las reguladas en la LEC, pudiendo, a este respecto, distinguir las dos clases de conciliaciones judiciales: 1) Preventiva o preprocesal, regulada en los arts. 460 a 480; e 2) Intraprocesal, regulada en el art. 692 respecto del juicio de menor cuantía. La diferencia entre ambas está en que si la conciliación se realiza antes de la litispendencia será preventiva, evitando el proceso, mientras que si se realiza después, pretendiendo la finalización del mismo, será intraprocesal.

La *conciliación judicial preventiva* es un medio de autocomposición que se ofrece a las partes en un conflicto de intereses que se efectúa ante un órgano jurisdiccional para que en su presencia traten las partes de solucionar el conflicto que las enfrenta. No existe proceso

sino procedimiento de conciliación, y el juez (de Primera Instancia y de Paz –art. 460, I LEC–) ejerce una función no jurisdiccional; no resuelve. Se trata de un acto de jurisdicción voluntaria desempeñado por los órganos jurisdiccionales. En el art. 460 LEC se establece, tras la reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, como voluntaria para las partes, frente a la anterior regulación que imponía una solución obligatoria de estar y pasar por la conciliación antes de acudir al proceso. Resulta en ese sentido extraño que la reforma de 1984 convirtiera la conciliación preventiva en postestativa cuando fijaba el intento de avenencia entre las partes como obligatorio en el juicio de menor cuantía regulado en el art. 692 LEC.

Una vez que el proceso ya ha comenzado, es posible una segunda conciliación, la intraprocesal, que se canalizará a través de la denominada audiencia innominada regulada en los arts. 691 y siguientes de la LEC. Si bien había sido ya desde hacía varias décadas propugnada su introducción en nuestro ordenamiento jurídico, y exponentes en el derecho comparado existían al respecto, fue con la reforma procesal de 1984 que el legislador procesal civil español la introdujo con las siguientes caracterizaciones:

a) Se trata de un trámite necesario, del que no se puede prescindir ni por decisión judicial ni por renuncia de las partes.

b) Se establece solo para el juicio de menor cuantía, habiendo sido ésto criticado, en cuanto se considera que hubiera sido conveniente introducirla también en el juicio verbal, en el de cognición y en el de mayor cuantía.

c) Su función es plural, de ahí que plurales hayan

sido también los términos empleados para definirla. El preámbulo de la Ley de 1984 la define como aquella a celebrar ante el Juez con el fin de que, una vez formulados los correspondientes escritos de alegaciones y explicitados por tanto los términos del debate, pueda lograrse un acuerdo que reemplace a la sentencia; caso de no lograrse, le otorga la facultad de corregir posibles defectos o faltas en los escritos o en los presupuestos, y en todo caso, tiende a esclarecer la posición de las partes, a delimitar cuestiones de hecho en las que exista conformidad o discrepancia y a hacer posible, con vista a la prueba, que estén claramente definidas las posiciones en conflicto. Permitirá al juez darse cabal cuenta de la dimensión jurídica del problema, así como de sus aspectos psicológicos y éticos, ésto es, del fondo humano y social de la contienda.

d) Creemos que el término “audiencia o comparecencia innominada” es el que menos problemas plantea, dado que el utilizado como saneadora tan sólo hace referencia a alguna de sus funciones; el de previa o preliminar no responde a la realidad. Las finalidades que se pretenden conseguir con esta audiencia innominada son: a) Conciliar; b) Determinar el procedimiento adecuado; c) Delimitar los términos de debate; y d) Subsanan los presupuestos y requisitos procesales.

e) En la audiencia el juez “exhortará” a las partes a alcanzar un acuerdo, pudiendo: existir avenencia, en cuyo caso se pone fin al acto y al proceso; o que no se logre avenencia, en cuyo caso el acto continuará. Si existe avenencia los términos del acuerdo se harán constar en el acta,

que firmarán el juez, los intervinientes y el secretario¹⁵; el acuerdo habrá de atenerse a las normas generales para la validez de los contratos y a las propias normas sobre renuncia¹⁶ y transacción (art. 692.3). Si existiere incumplimiento por alguna de las partes, lo convenido se llevará a efecto por los trámites para la ejecución de las sentencias (art. 692 L.E.C.), lo que le confiere el valor de título ejecutivo.

f) Esta audiencia plantea algunas cuestiones en la práctica tales como si deben ser citados los litigantes directamente no bastando la citación a sus procuradores (si bien del tenor literal de la ley parece desprenderse que debe efectuarse directamente a los litigantes, creemos suficiente la citación al procurador); la asistencia obligatoria al acto de la audiencia lo es del juez, del secretario y de los litigantes o de sus representantes, si bien no debe olvidarse que la no asistencia del letrado no debe implicar automáticamente la suspensión del acto¹⁷; la inasistencia de todas las partes, si bien no resuelta, debe entenderse

que produce los mismos efectos que el desistimiento, quedando prejuzgada la pretensión y pudiendo interponerse de nuevo posteriormente.

g) Cuestión específica es la de delimitar qué significado tiene el término “exhorto” del Juzgado a las partes para alcanzar el acuerdo. Como señala TENA FRANCO¹⁸ «en la práctica es difícil encontrar cuál es el punto de equilibrio en el que el juez debe situarse». Habrá que instruirse con anterioridad a la audiencia sobre la materia en cuestión, y en el acto oír a las partes sobre la posible avenencia, dejar que expongan sus posiciones y que puedan llegar a replicarse entre sí, intentando que exista la mayor espontaneidad posible, evitándose actitudes herméticas, cerradas y de obcecación. En suma, la clave del éxito se halla en la presencia de los litigantes y sus letrados, dado que como directores técnicos de aquéllos van a ser requeridos y su ausencia va a jugar como factor decisivo para no alcanzar la avenencia¹⁹.

En suma, nos hallamos ante una solución autocompositiva del litigio. Si se logra la avenencia se producirá el desistimiento, el allanamiento o la transacción²⁰. Si no se alcanza

¹⁵ Es obligatoria la presencia del juez y del Secretario, lo que debe llevarnos a afirmar que se trata de una presencia judicial activa, en cuanto debería adoptar este papel activo y no convertirse en un mero espectador.

¹⁶ La renuncia de derechos no ha de contrariar el interés o el orden público, ni perjudicar a terceros (art. 6.2 CC), no se podrá transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre alimentos futuros (art. 1814 CC), ni podrá haber acuerdo en los juicios en que estén interesados la Administración Pública, menores e incapacitados (art. 460 L.E.C.).

¹⁷ Como señala TENA FRANCO, I., *Supuestos alternativos de terminación del proceso*, “Curso sobre resolución alternativa de conflictos”, Generalitat Valenciana, 1997, p. 48: “La no asistencia al acto de los abogados no suspenderá el acto... se apunta que el precepto implica una derogación tácita del art. 10 L.E.C. (STS 10 VI 92), de otro lado que sin su presencia es evidente que muy difícilmente se

llegará a un resultado satisfactorio. Y es que el procurador no suele estar instruido del fondo de la controversia para cumplir con el contenido de la comparecencia y el litigante en caso de comparecer por sí mismo de un lado no se suele atrever a aceptar ningún posible acuerdo sin asesorarse previamente con su letrado y no posee, de otro lado, los conocimientos jurídicos necesarios para cumplir con los otros fines de la comparecencia”.

¹⁸ Supuestos alternativos..., cit., p. 50.

¹⁹ Supuestos alternativos..., cit., p. 50.

²⁰ No debe olvidarse que al analizar las vías alternativas

dicha avenencia estamos ante una actividad que tiende a la autocomposición sin alcanzarla²¹. Estamos, en consecuencia ante algo distinto del proceso, dado que el juez interviene pero no para imponer una solución al conflicto, el juez no actúa jurisdiccionalmente, sino que se limita a aproximar a las partes, sin resolver.

3. El Arbitraje

Es una fórmula heterocompositiva de solución de los conflictos en la que interviene un tercero imponiendo la solución, acogiéndola las partes. Su regulación se halla en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, que en su momento pretendió revitalizar una institución con claro raigambre histórico en nuestro sistema,

que en ocasiones son complementarias, sucesivas o previas a la vía jurisdiccional estamos delimitando la negociación, mediación, conciliación y arbitraje, si bien en muchas ocasiones lo que subyace son actos que implican la desaparición del proceso. Cuando los mismos se producen y el proceso ha comenzado implican una terminación anormal del proceso con fundamento en el principio dispositivo que canaliza el despliegue de la autonomía de la voluntad. De este modo las formas anormales de terminación del proceso son medios a través de los cuales se produce una alternativa al desarrollo íntegro del proceso; baste pensar en el desistimiento, la renuncia, el allanamiento, la transacción y la caducidad, con efectos procesales, bien por voluntad de una de las partes, que hace dejación de la pretensión-resistencia o dejación solo del proceso, bien por voluntad de ambas que dejan transcurrir el tiempo sin actividad alguna o porque deciden llegar a un acuerdo. Se trata en todos ellos de actos que anormalizan el curso del proceso, provocando una terminación de la actividad procesal, con diferentes efectos según la extensión y tipo de actos realizados.

²¹ Vide MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I*, València, Tirant lo Blanch, 1998, p. 127.

convirtiéndose en un importante revulsivo respecto de la legislación anterior²².

Cuestión interesante es la de su naturaleza jurídica, que conecta con el análisis histórico de la institución y su perspectiva constitucional. Son ya numerosas las resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se plantea la naturaleza jurídica del arbitraje, su configuración y encuadre con el derecho a la tutela judicial efectiva así como las posibles dudas de constitucionalidad que la regulación del mismo conlleva²³. La Constitución española de 1978 no se refiere expresamente al arbitraje en su articulado, lo que no impide que podamos fundamentar constitucionalmente la institución arbitral.

Si bien en la Constitución española de 1812 (arts. 280 y 281) se hacía referencia al arbitraje como derecho de los españoles, ya en Las Partidas (en la Partida III) se hacía referencia al mismo. Las constituciones sucesivas no se

²² Piénsese que la sustitución del régimen jurídico del arbitraje de derecho privado estructurado al amparo de la Ley de 22 de diciembre de 1953 implicaba ya un innegable avance respecto de la situación anteriormente existente. Sin embargo, la Ley de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de derecho civil en sentido estricto, no sirviendo en la práctica para solucionar "mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional", como señala expresamente la Exposición de Motivos de la Ley de 1988.

²³ SSTC 43/1988, de 16 de marzo, BJC 1988-84, pp. 517 y ss; 233/1988, 2 de diciembre, BJC 1988-92, pp. 1590 y ss; 61/1991, 20 de marzo, BJC 1991- 120, pp. 81 y ss; 288/1993, 4 de octubre, BJC 151 (1993), pp. 50 y ss; 174/1995, 23 de noviembre, BJC 176 (1995), pp. 32 y ss; 75/1996, 30 de abril, BJC 181 (1996), pp. 116 y ss; y 176/1996, 11 de noviembre, B.O.E. 17 de diciembre, entre otras; y los AATC 259/93 de 20 de julio, y el 326/1993 de 26 de octubre.

refirieron de manera expresa al arbitraje, si bien si lo hicieron respecto de la necesidad de mantener la exclusividad jurisdiccional respecto de los otros poderes del Estado. Del estudio constitucional del arbitraje podemos concluir: 1°) El arbitraje tiene su sustento constitucional en la libertad, motor y fundamento de la institución (ATC 259/93, de 20 de julio), y en el principio de autonomía de la voluntad, convirtiéndose en el “medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados: lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)” (STC 176/1996, de 11 de noviembre).

La Constitución establece que la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los jueces y magistrados (art. 117.3), lo que podría provocar una duda de constitucionalidad en cuanto existiesen órganos no jurisdiccionales que ejercieren la función de resolución de conflictos. La existencia de la institución arbitral se basa en la libertad, en la autonomía de la voluntad, en la disponibilidad de lo disponible que lleva a que o bien se asuma la no resolución del conflicto (no acudiendo a ningún mecanismo ni órgano que resuelva el conflicto planteado) o bien eligiendo de entre los posibles la vía que parezca más acertada a los intereses de los sujetos en conflicto.

El Auto TC 259/93 de 20 de julio ha sido muy expresivo: “Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y

motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del “juez”, titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de *imperium*, y del “árbitro”, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc). La función que ejerce el árbitro es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y en ese “casi” está el *quid* de la cuestión. Efectivamente la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE) ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado, Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial

que ordene su cumplimiento en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque solo a los jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS Sala tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987)".

2º) Lo anterior conlleva una convivencia pacífica con la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, no afectando la institución arbitral al ejercicio de tal derecho, siempre que ésta se asiente en los citados derechos de libertad y de autonomía de la voluntad, que se plasman en el convenio arbitral. No obstante la existencia de un arbitraje obligatorio, excluyente legalmente, de la tutela judicial si que implica atentado constitucional frente a tal derecho, como lo ha puesto de manifiesto el TC en relación con el arbitraje en materia de transporte del artículo 38.2, 1 de la LOTT. La STC 174/1995, de 23 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad del artículo 38.2, párrafo 1 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, según el cual: "Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario"²⁴.

De lo que se desprende que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE no supone que la vía del Estado-Juez-

Proceso sea obligatoria ni tampoco que sea la única vía para la resolución de los conflictos; de este modo, el particular puede bien acudir a esta vía u optar por otros cauces diferentes.

3º) No cabe plantear la cuestión de inconstitucionalidad por los árbitros al TC, al estar ésta exclusivamente reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE, Auto 259/93 de 20 de julio)²⁵. Creemos, sin embargo, que si los árbitros aplican el derecho y tienen dudas de constitucionalidad, debería permitírseles plantearlas.

4º) Cabe acudir al amparo planteado tras el laudo arbitral, pero tan sólo referido a las supuestas vulneraciones referidas a las actuaciones del órgano jurisdiccional que conoció del recurso de anulación frente al laudo; de lo contrario, resulta extraño al ámbito y funciones del proceso constitucional de amparo cualquier cuestión que pueda suscitarse al hilo del laudo arbitral que ha recaído en el proceso arbitral correspondiente. La Sentencia del TC de 11 de noviembre de 1996: "...en el bien entendido de que este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC) resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo. Solo en la medida, bien escasa como veremos, en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso de nulidad

²⁴ E TC, en S.75/1996, de 30 de abril, concedió el amparo al considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, al someterse al demandante en amparo a un procedimiento arbitral obligatorio, del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios, sin consentimiento previo.

²⁵ Pese a la legalidad vigente, no se encuentran razones jurídicas que amparen esta situación, máxime cuando se le está atribuyendo al laudo efecto de cosa juzgada. Ello significa que en caso de un arbitraje de derecho carece de sentido la imposibilidad de que el árbitro no pueda plantear sus dudas de constitucionalidad.

frente al laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial o la prestación de dicha tutela por órgano judicial no legalmente predeterminado. Aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional”.

Atendidas las indicaciones del Tribunal Constitucional, queda sin embargo, por definir el arbitraje como aquella institución a través de la cual “el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho actúa en ejercicio de una potestad de “*juris dictio*”, pues el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, ésto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles” (ATC 326/1993, de 26 de octubre).

Así, frente a quienes mantuvieron una visión contractualista del arbitraje, pensamos que si bien en su origen el arbitraje se asienta en el convenio arbitral (contrato, elemento contractualista, art. 5 LA), la institución en su desarrollo responde a los parámetros jurisdiccionales, máxime si se parte del principio general de que el laudo produce cosa juzgada (art. 37) y es título ejecutivo (art. 52), y teniendo en cuenta que en

el procedimiento arbitral deben respetarse los principios esenciales de la actividad jurisdiccional o proceso (art. 21.1). Con ello se conseguiría la integración del arbitraje en el sistema procesal civil, pudiendo resolverse las cuestiones no solucionadas por el legislador en materia de arbitraje, por remisiones al proceso civil.

A pesar de todo lo expuesto, no existe cultura arbitral. La tendencia general es la de diversificar su regulación en los denominados arbitrajes especiales, destacando: a) El arbitraje de consumo, cuya configuración arranca del art. 34 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que supuso el desarrollo del art. 51 CE; y que ha encontrado su despliegue en la Disposición Adicional Primera de la Ley de 5 de diciembre de 1988 y en el RD 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo; b) el arbitraje en materia de transporte, regulado en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres; c) el arbitraje en materia de seguros, al que se refiere la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; d) el arbitraje en materia de propiedad intelectual, regulado por RDL 1/1996, de 12 de abril, de Propiedad Intelectual; e) el arbitraje cooperativo, establecido por el art. 163.1 Ley general de Cooperativas y la Ley 11/1985, de 25 de octubre, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Valencia, que lo regula en el art. 108; f) el arbitraje en materia de arrendamientos urbanos, regulado en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

De todo lo expuesto nuestras reflexiones finales se centran en:

- a) Se necesita buscar una solución legal al tema de la tutela cautelar, que facilite la adopción de medidas cautelares antes del procedimiento y durante el mismo, estableciéndose cauces de intervención del árbitro y del juez, sin que neguemos la posibilidad de que sean los árbitros los que adopten medidas cautelares que, necesariamente, deben ser ejecutadas por el juez.
- b) La necesidad de evitar las exigencias de protocolización del laudo y los gastos que ésta supone, favoreciendo las soluciones dadas a este respecto en los arbitrajes especiales, exentos de estos requisitos tan formales y caros.
- c) La afirmación de que aquí tenemos un proceso arbitral, debiendo, como apunta MUÑOZ SABATE²⁶, asumirse por el Estado un papel importante de manera que se la crea, estableciéndose la porosidad suficiente para comunicarse con el resto del ordenamiento procesal, restringiendo los numerosos recelos que el legislador ha mostrado por el arbitraje.
- d) En fase de ejecución habría que replantearse todo, dado que la mera remisión a la LEC implica una quiebra del sistema arbitral, con una ejecución lenta y cargada de excesivos formalismos, cuestiones como la participación activa o de control del juez en el despacho de la ejecución, las causas de oposición del ejecu-

tado a la misma..., entre otras, quedan sin resolver.

En suma, todo lo que antecede nos lleva a reclamar un nuevo modelo arbitral, más acorde con la realidad socio-cultural y jurídica en la que nos encontramos, que permita realmente esta vía arbitral y que asuma la vertiente internacional como un componente más de dicha reforma; si nuestros informes son ciertos, dicha reforma está ya en marcha.

²⁶ *La ley de arbitraje: un campo sembrado de minas*, en Curso del CGPJ sobre "Arbitraje, mediación, conciliación, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, p. 11.

«MEDIAR: UN EJERCICIO DE TOLERANCIA PRÁCTICA»

Macarena Vargas Pavez

“La verdad no es lo que se demuestra. Si en tal terreno y no en otro los naranjos se desarrollan y echan sólidas raíces, quiere decir que ese terreno es la verdad para las naranjas”.

(Saint-Exupéry, “Tierra de Hombres”)

I. Introducción

Mucho se ha escrito acerca de las potencialidades de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos. Independientemente del ámbito de acción en que ésta se sitúe, ya sea en el campo de la mediación familiar, escolar o vecinal, existe consenso más o menos unánime sobre las ventajas personales y sociales que traen aparejadas las soluciones basadas en acuerdos por sobre soluciones basadas en la confrontación.

El protagonismo de los involucrados en la toma de decisión, la participación ciudadana, la pacificación social, la revalorización del diálogo, la mirada hacia el futuro son potencialidades indiscutibles y que hacen de la mediación una fórmula atractiva y desafiante para estos tiempos.

Una de estas potencialidades —como se ha dicho— tiene que ver con el diálogo, con el saber escuchar y ser escuchado, con el ser comprendido e intentar comprender, con el respeto a los demás y sus formas de ver las cosas. En una palabra, tiene que ver con un valor o principio ampliamente reconocido y legitimado, cual es el de la tolerancia.

Sólo sobre la base de la tolerancia se pue-

de desarrollar un proceso de comunicación que fluya hacia un mejor entendimiento. Sin respeto por las ideas, los intereses y las necesidades del otro, no hay diálogo y, sin diálogo es imposible que se alcancen puntos de acuerdo.

El objetivo de este trabajo es entregar una visión general acerca de cómo la práctica de la mediación desde sus distintas perspectivas constituye hoy día una aplicación concreta, novedosa, remozada y más fresca de la tolerancia, uno de aquellos principios o valores que no tiene fronteras ideológicas y sobre la cual se sustenta una convivencia social.

II. Hacia una noción de tolerancia

Durante siglos en nuestra cultura occidental judeo-cristiana ha predominado una epistemología que nace de las ciencias exactas, basada en la lógica aristotélica y en la física newtoniana. Para Aristóteles el conocimiento consistía en generalizaciones que derivaban de una información obtenida del mundo exterior, dando origen al empirismo. Para Isaac Newton —el símbolo de la ciencia occidental— sólo a través de un método científico esencial-

Macarena Vargas P. es Abogada coordinadora del Programa de Mediación, Anexo a los Tribunales de Justicia

mente atomístico se puede acceder al conocimiento.

En pocas palabras, podemos decir que los dos conceptos esenciales para la física clásica son los siguientes:

a. La noción de que toda realidad es describable en términos de materia y movimiento, que la posición de las partículas materiales y su momento es la realidad básica de los fenómenos. Este concepto es el fundamento de la causalidad estricta o determinismo.

b. Nuestra conciencia es una conciencia no-participativa, esto es, los fenómenos del mundo permanecen igual, nuestras mentes no pueden alterar ese fundamento de realidad. Este concepto implica que el conocedor no es parte del experimento, lo que sustenta que los experimentos sean formalmente repetibles.

Esta línea de pensamiento —que ha sido sin duda el motor de los innumerables e incommensurables avances tecnológicos que hoy mueven el mundo— rechaza lo que se ha denominado la conciencia participativa. Sin embargo, “a pesar de que la negación de la participación yace en el corazón de la ciencia moderna, el paradigma cartesiano, en la práctica real, está impregnado de conciencia participativa” (Berman, 1997). Reconocer por tanto, que la conciencia participativa sí se incluye en el pensamiento científico moderno, permitiría crear una nueva epistemología.

Estudios acerca de la cognición y el aprendizaje —de investigadores como Polanyi, Barfield, Piaget, entre otros— fueron los que dieron los primeros indicios acerca de cómo desde muy temprana edad aprendemos. Estas

investigaciones concluyeron que desde niños somos entrenados a conformar la realidad de muy distintas maneras y que el conocimiento —lo que aprendemos— se produce en términos de significado y, por lo tanto, el conocedor está siempre implicado en lo conocido. Esta línea de pensamiento sistémica o ecológica de la naturaleza rechaza —como es evidente— la ideología de la conciencia no-participativa y postula la aceptación que investigamos relaciones entre el conocedor y lo que se conoce.

Los procesos a través de los cuales las personas describen, explican y dan cuenta del mundo —en el que por supuesto se incluyen— ha sido la piedra angular de las investigaciones del construccionismo social.

Este movimiento criticando el concepto de verdad absoluta de las ciencias exactas y de objetividad, ha llegado a la conclusión de que no hay una unidad básica de materia que pueda ser observada con independencia del observador. No existe algo así como los “hechos”, únicos, claros y categóricos, lo que se entiende por “hechos” depende exclusivamente de las perspectivas de cada persona. La verdad, la objetividad o los hechos son producto del consenso social, es decir, producto de procesos sociales que van determinando el mundo al que llamamos “real”.

La epistemología clásica de la conciencia no-participativa y de la materia como realidad básica, en que la representación de lo que conozco está sólo en mi mente, da paso a una epistemología en que el conocimiento es una construcción social que nace del intercambio de las personas que viven en sociedad. “El

conocimiento no es algo que la gente posea en sus cabezas, sino algo que *la gente hace junta*" (Suárez, 1996).

En el campo de la comunicación y comportamiento humano la epistemología clásica entregó interesantes respuestas para su época a través de la Retórica Aristotélica, la Teoría de la Información de Shannon y Weaver y el Modelo de Comunicación Humana de Berlo, los que se caracterizan por ser enfoques unidireccionales de la comunicación. Todos ellos consideran la comunicación como un proceso o cadena de eventos temporalmente ordenados que comienzan con un emisor y terminan con un receptor (López, Parada y Simonetti, 1995). En estos enfoques subyace claramente el concepto de causalidad, la ley de la causa y el efecto, en donde lo que le sucede a "B" como receptor es un efecto directo de lo que hace "A" como emisor.

Sin embargo, desde mediados del siglo pasado a través de estudios acerca de la naturaleza general de la comunicación —principalmente a través del Proyecto Bateson y otros estudios de sus seguidores— surge el denominado enfoque interaccional de la comunicación que constituye una nueva forma de conceptualizar el comportamiento humano. Deriva sus principios de la cibernética y la teoría general de sistemas y enfatiza el carácter circular de la causalidad de la comunicación retroalimentación o feedback.

Bateson —el gran mentor teórico de este enfoque— afirmaba que la gran diferencia entre los enfoques clásicos basados en la física newtoniana y el interaccional, "radica en que el primero adscribe realidad a los objetos exclu-

yendo el contexto y las relaciones. El mundo de la comunicación examina las relaciones prescindiendo de los objetos" (López, Parada y Simonetti, 1995).

Desde esta perspectiva, los objetos no caben *per se*, lo que sí caben son las ideas, los mensajes y las relaciones entre dichos objetos, por tanto "la realidad" o validez de estos mensajes depende de la confianza que se tenga en ellos. Desde ahí que se pueda decir que toda afirmación en términos comunicacionales es válida.

Otro elemento fundamental de este enfoque está dado por el contexto en que se sitúa el hombre. Sería artificioso intentar explicar la comunicación y el comportamiento humano pensando en el hombre como un ser aislado, sin valorar los efectos de su comportamiento frente a los demás, las reacciones de éstos y el escenario en que todo ello ocurre.

La comunicación se entiende entonces como un proceso de interacción y el enfoque interaccional intenta explicar los efectos de ella en el comportamiento. Incluso más, para quienes siguen este enfoque las palabras "comunicación" y "comportamiento" son virtualmente sinónimos, pues todo comportamiento comunica y toda comunicación afecta el comportamiento.

En esta misma línea de pensamiento se encuentra el biólogo chileno Humberto Maturana, quien con sus investigaciones y propuestas ha revolucionado, no sólo el mundo de la biología, sino que también el de la filosofía.

Una de sus más interesantes propuestas

se relaciona con la distinción entre la experiencia y la explicación de la experiencia, de la separación operacional entre ambas desde la biología del observar y su relación con el lenguaje.

A riesgo de fragmentar estas ideas, en pocas palabras Maturana señala que los seres humanos hablamos de la realidad y de lo real, como si fueran entes independientes de nosotros mismos como observadores, en circunstancias que el observador está en la experiencia del observar como una “condición inicial constitutiva a priori en el momento de reflexionar, explicar o conversar”. En ese contexto la realidad no es una experiencia, sino que es un argumento de la explicación, es decir, la realidad surge como una proposición explicativa de nuestra experiencia.

Enfrentados ahora a la explicación, los seres humanos podemos optar por un camino que él denomina “*objetividad sin paréntesis*” y “*objetividad entre paréntesis*”. En la primera de ellas, el observador “acepta a priori una realidad objetiva independiente como un recurso de validación de sus explicaciones de la praxis del vivir en términos de entidades que finalmente no depende de lo que él o ella hace”, es decir, usa una entidad tal —por ejemplo Dios, energía, materia, mente, conciencia— como argumento para validar su experiencia y aceptar una reformulación de la praxis del vivir como explicación de ella.

En este camino, la participación del observador en la constitución de lo que éste acepta como una explicación, es nula. Y lleva a que el observador requiera de un dominio único de realidad, de una referencia

trascendental como último recurso para validar las explicaciones que él o ella se da.

Cuando estamos en este camino explicativo las relaciones humanas no ocurren en la aceptación mutua, pues a través de éste lo que sucede es que se cree que el conocimiento da poder y legítima la acción, aún cuando ésta sea la negación del otro. En el momento que pretendemos tener acceso a una realidad objetiva, no hacemos sino apropiarnos —o intentar apropiarnos— de la verdad y no aceptamos la legitimidad del mundo del otro, es decir, no lo aceptamos como “legítimo otro” en la convivencia.

La otra forma de explicarnos la realidad es a través de lo que Maturana llama la “*objetividad entre paréntesis*”, en la cual el observador acepta que la existencia es constituida con lo que el observador hace, por tanto no puede usar un objeto que se asume como una entidad independiente como argumento para fundar su explicación. En este proceso el observador “trae a la mano los objetos que él o ella distinguen con sus operaciones de distinción, como distinciones de distinciones en el lenguaje” (Maturana, 1997).

En este camino explicativo “no hay verdad absoluta, ni verdad relativa, sino muchas verdades diferentes en muchos dominios distintos” (Maturana, 1997). Hay muchas visiones de la realidad o explicaciones de la experiencia fundadas en distintas coherencias operacionales, y que como tales, son todas legítimas en su origen. Así, nadie está intrínsecamente equivocado porque opera en un dominio distinto del mío o porque se explica

la experiencia de una forma diferente a la que yo elegí. Entonces, no hay algo así como el universo único y finito, sino que hay un multiverso amplio y diverso.

Y todo este proceso ocurre en el lenguaje. Según Maturana “no tenemos ninguna posibilidad de referirnos a nosotros mismos o a cualquier cosa fuera del lenguaje”. El lenguaje es definido como un fenómeno biológico que hacemos los seres humanos como seres vivos y que constituye una coordinación de acciones de los participantes: “No podemos dejar de notar que los seres humanos somos humanos en el lenguaje, y al serlo, lo somos haciendo reflexiones sobre lo que nos sucede” (Maturana, 1997). Sólo a través del lenguaje hay reflexión, hay discurso.

El lenguaje emerge de la sociedad como un conjunto de significado producto de los consensos, tratándose entonces de un fenómeno que cambia, que crece, que se diferencia y que tiene vida. Para conservar este lenguaje común como sociedad hacemos uso de los diálogos, de los muti-diálogos y de las conversaciones.

Entonces cuando nos preguntamos cómo ocurre algo, lo que buscamos es una explicación, explicación que viene de la experiencia y que se da en el lenguaje, y que implica una reformulación de esa experiencia que resulta aceptable al observador. Ahora cuando esa reformulación de la experiencia es aceptada como tal —es decir, sólo como una reformulación— constituye una explicación para quien la acepta.

Pero, si por el contrario, cuando propone-

mos una explicación y el otro nos dice “estás equivocado”, lo que sucede es que ese otro no acepta la reformulación de la experiencia que yo hago, es decir, no coincide con la que él quiere oír.

Una vez que admitimos que la comprensión de la realidad depende de la perspectiva del observador, ya no podemos volver atrás. Hemos dado un paso hacia la tolerancia y el respeto mutuo.

Si como seres humanos comprendemos que los otros pueden tener —y de hecho tienen— una visión de la realidad distinta a la nuestra, ni mejor ni peor, ni más buena ni más mala, sino que simplemente diferente, si los reconocemos como “legítimos otros”, estamos practicando la tolerancia.

Un invaluable antecedente histórico sobre este tema lo aporta la obra del pensador inglés John Locke. En su libro “Carta sobre la tolerancia” publicada en 1689, años de plena lucha por la libertad religiosa —en los cuales por amor y caridad hacia el alma de los hombres, se les quitaban propiedades, se los mutilaba con castigos corporales o se los mataba de hambre— la carta de Locke marca un hito hacia la reivindicación de las libertades individuales.

En ella el autor se refiere a la necesidad que las distintas vertientes del cristianismo puedan convivir y tolerarse mutuamente, sin tener que “perseguir a fuego y espada” a los que no comparten las mismas creencias. Inicia sus reflexiones diciendo “Ya que usted ha tenido a bien preguntarme cuáles son mis pensamientos sobre la tolerancia mutua de los cristianos de diferentes confesiones religiosas, debo contestarle,

con toda franqueza, que estimo que la tolerancia es la característica principal de la verdadera Iglesia”; palabras que se refieren al rol de la Iglesia frente a las otras tendencias del cristianismo y que sirven para comprender la línea de pensamiento del autor. (Locke, 1991)

La tolerancia es una actitud, cuya práctica se materializa en el verbo “tolerar”. El supuesto que subyace a una sana convivencia social estaría dado por una parte, porque como personas *toleramos* y, por otra, porque *somos tolerados*. Y digo esto no en un sentido de dominación del que tolera por sobre el que es tolerado, sino que la actitud tolerante de “A” se nutre de la actitud tolerante de “B” y viceversa.

La tolerancia como estado mental o actitud cubre cierto número de posibilidades, que se gradúan de acuerdo a la intensidad y el grado de participación en que operan. De acuerdo a la descripción del profesor Charles Walzer, estas posibilidades pueden agruparse de la siguiente forma:

- (a) Aceptación resignada de la diferencia para intentar mantener la paz, cuyos orígenes se remontan a la práctica de la tolerancia religiosa de los siglos XVI y XVII.
- (b) Actitud pasiva, relajada, indiferentemente positiva ante la diferencia.
- (c) Resultado de cierto tipo de estoicismo moral: reconozco que los otros tienen derechos, aunque el ejercicio de esos derechos me parezca poco atractivo.
- (d) Actitud de expresa apertura hacia los otros, curiosidad y quizás incluso respeto, voluntad de escuchar y aprender.
- (e) Admisión entusiasta de la diferencia, por

ejemplo como sucede con lo que se denomina “multiculturalismo” (Walzer, 1998).

Una persona estará ejercitando la actitud de la tolerancia cuando se encuentra en cualquiera de los niveles que hemos mencionado, pues para que una sociedad o un grupo de personas funcione con éxito no se requiere de una determinada forma de ejercicio de esta virtud.

Es probable que si nos situamos en posiciones más avanzadas de esa escala —que va desde la resignación, indiferencia, aceptación estoica, curiosidad, hasta el entusiasmo— sea más estable la actividad tolerante en una sociedad. En la medida que haya un mayor arraigamiento de esta actitud en las personas habrá —evidentemente— una mayor estabilidad de la práctica social de la tolerancia.

Este mismo autor utiliza una palabra para referirse a los demás que es muy significativa para analizar este tema: la “otredad”. El otro, los demás, la otredad. Como cultura nunca antes habíamos estado tan expuestos y debatido con tanta fuerza acerca de las diferencias y sus implicancias en la vida cotidiana.

La necesidad de una convivencia pacífica nos exige hacernos cargo de la otredad, de relacionarnos con ella, de co-existir con las diferencias. Y la tolerancia hace posible esa coexistencia pacífica entre personas o grupos de personas, independientemente de sus historias, culturas o identidades.

1. La tolerancia en la mediación.

Luego de estas breves consideraciones sobre la construcción de la realidad y la tolerancia, intentaré enlazar como este principio de convi-

vencia social puede concretarse y materializarse en un proceso de mediación.

La mediación es ante todo un “proceso comunicacional, conversacional, discursivo” (Suárez, 1996) y como tal se da en el lenguaje.

Uno de los enfoques de mayor aceptación hoy en día enfatiza el carácter narrativo o discursivo de la mediación, corriente que combina en sus fundamentos elementos de la teoría de la comunicación de Bateson y Watzlawick, de la terapia familiar sistémica, de los nuevos abordajes epistemológicos de la cibernética; del construccionismo social y de la teoría posmoderna del significado.

Uno de sus principales sustentos teóricos es sin duda la teoría de la narrativa, que pone el acento en las relaciones y en las estructuras de las narrativas, analizando la interdependencia entre los personajes, los temas, los argumentos, las relaciones, etc. De acuerdo a esta teoría el análisis de una narrativa se extiende más allá de las frases, de las oraciones, de los párrafos, se extiende a las relaciones entre las personas, a las normas, a los mitos, al contexto, a la historia donde esa narración se enmarca.

Este enfoque ha dado origen a un modelo de mediación denominado “modelo circular narrativo” propuesto por la profesora norteamericana Sara Cobb, el cual centra su metodología principalmente en los siguientes puntos:

1. Permitir que se manifiesten las diferencias: El proceso de mediación no trata de borrar ni disminuir las diferencias, es más incluso se considera apropiado aumentarlas, introducir caos en el orden, de modo de evitar la entropía y

flexibilizar el sistema, todo lo cual posibilita la aparición de nuevas ideas y alternativas.

2. Legitimar a las personas dentro de la situación de conflicto, esto es, construir un espacio legítimo dentro del contexto de la mediación. Todas las visiones del conflicto son legítimas y aceptadas.

3. Cambiar el significado: En el proceso de mediación se busca cambiar la historia material que las personas han traído. Para cada una de ellas “su” historia es la historia verdadera –la historia oficial-- por tanto, el mediador debe propender a construir una historia alternativa que permita ver el problema desde distintos ángulos.

4. Crear nuevos contextos de trabajo: Como se aprecia este modelo de mediación tiene como finalidad fomentar la reflexión, construir una nueva historia y lograr acuerdos, aun cuando esto último no sea lo fundamental del proceso. Para este enfoque tanto las relaciones como el acuerdo son importantes.

En el contexto de la mediación las personas actúan como oponentes, se han definido como tales y creen tener la verdad. Este contexto contribuye a que las historias que se narran sean de adversarios, cada uno narra su historia de acuerdo a sus perspectivas, experiencias y visión del mundo. De modo que lo que esa persona narra en el marco de un proceso de mediación es el resultado de la construcción de su verdad, de su explicación de la realidad, que será siempre distinta a la del otro, y que además como llegan predispuestos a confrontar serán –probablemente- historias de reproche, descalificación o acusación.

¿Qué es lo que se persigue entonces en la mediación?

Se intenta que las narraciones individuales se expresen en un contexto de diálogo para que las personas en conjunto puedan construir una nueva historia, una narrativa alternativa que permita a las personas comprender, interpretar y resolver su conflicto.

En este escenario, la tolerancia constituye uno de los pilares sin los cuales un proceso de mediación no podría llevarse a cabo. Es evidente que el ánimo colaborativo, la disposición a escuchar al otro e intentar comprender su visión del mundo, es en esencia un acto de tolerancia. Puedo no compartir los puntos de vista del otro, puedo incluso disentir respecto de ellos, pero al sentarme en una mesa a conversar con el otro, estoy diciendo –al menos– que acepto las diferencias, que podemos confrontarlas y que –eventualmente– podemos llegar a puntos de acuerdo que nos satisfagan a ambos.

Esta práctica tan antigua, pero sin embargo tan vigente, ha estado en desuso. Disentir es sinónimo de rivalizar, discrepar es sinónimo de oponerse, hasta las relaciones más firmes se ven amenazadas cuando sus miembros están tan aglutinados que pensar distinto significa un quiebre, una ruptura que pueda transformarnos en enemigos.

Un triste ejemplo de esto nos ofrece nuestra historia reciente en que pensar distinto fue sinónimo de oposición, de desacuerdo, de enfrentamiento.

Vivenciar que es posible confrontar, que es posible divergir, que es posible disentir, pero que a pesar de eso, es posible convivir, es una

de los aprendizajes primarios en el largo camino hacia la madurez, que en la actualidad se echan de menos.

En ese contexto, la mediación ofrece un espacio privilegiado para poder ejercer en la práctica cotidiana de cualquiera de nosotros la actitud de la tolerancia, la aceptación y respeto mutuo.

Generalmente las potencialidades de la mediación se han analizado desde la perspectiva del usuario del servicio de la mediación, es decir, del “mediado”, de la persona que se encuentra aquejada por un conflicto y solicita la ayuda de un tercero imparcial que facilite la comunicación.

Sin duda, que para esa persona la mediación constituye una instancia concreta para ser escuchado y escuchar, para ser valorado e intentar valorar, para ser comprendido e intentar comprender. Constituye también una instancia de empoderamiento para esa persona, de creer que es capaz de tomar sus propias elecciones y decisiones y, de ese modo, traer cambios significativos en su vida. Si este proceso de diálogo y colaboración finaliza con un acuerdo, para estas personas la mediación habrá sido también una forma concreta de resolver sus problemas.

Sin embargo, poco se ha escrito acerca de las potencialidades que la mediación conlleva para la persona que conduce el proceso, para ese facilitador de la comunicación, para ese tercero neutral que ayuda a buscar soluciones satisfactorias, en definitiva, para ese mediador o mediadora que pone a disposición de otros sus habilidades y herramientas personales.

Y es que mediar es en sí mismo un ejercicio de tolerancia práctica para quien lo hace. No sólo porque cree en ello e intenta promover esa actitud en las personas a quienes ayuda, sino también porque con sus palabras, su postura, sus gestos, su disposición está demostrando que eso es posible.

Mediar significa escuchar activamente, empatizar, intentar ponerse en el lugar del otro, traducir intereses y necesidades, despejar dudas, pero ante todo significa ejercer la actitud de la tolerancia en sus grados máximos: apertura, curiosidad, admisión de las diferencias, según la escala de Walzer.

Sin embargo, esto que aparece como evidente correlato de los principios de la mediación, no es un ejercicio fácil de hacer y que nace naturalmente de la persona del mediador. Como hemos visto, nuestra visión de la realidad también entra en interacción cuando nos sentamos en una mesa de mediación y comienza a relacionarse nuestra “realidad” con la “realidad” de las personas que tenemos al frente.

De más está decir que constituye un mandato ético del mediador resguardar la imparcialidad en su trabajo, sin embargo, como seres humanos que somos este mandato se pone a prueba en aquellas ocasiones en que nuestras visiones del mundo son distintas a la de las personas con las que trabajamos, y más aún cuando éstas son contradictorias.

Un ejemplo sencillo puede ilustrar esta situación.

La explicación de la experiencia que me doy como persona —y en el caso mío propio como mujer y madre— frente a la relación “ma-

dre-hijo” podría resumirse en la frase: “las madres quieren a sus hijos”.

Ahora bien, situados en un proceso de mediación en que una pareja se encuentra decidiendo acerca del futuro de sus hijos —específicamente acerca de la tuición— si nos encontramos con que la madre señala que no quiere vivir con sus hijos y quiere entregar la tuición de todos ellos al padre, nos enfrentamos con una explicación de la experiencia de ser madre distinta —opuesta, contraria— con la mía; y no por ello menos legítima, no por ello menos aceptable.

Las razones por las cuales esa madre ha tomado ese camino pueden ser de variada índole —económicas, laborales, psicológicas, culturales, sociales— en realidad no es necesario ni siquiera conocerlas, como mediador basta con escuchar respetuosamente y aceptar su explicación de su experiencia. Actitud —que por cierto— se tendrá del mismo modo con la otra persona, en este caso, con el padre.

Por supuesto que en un caso de estas características el arribo a un acuerdo será el resultado de la construcción de una nueva historia en que ambos padres han participado.

Así como este ejemplo hay muchos, millones, infinitos. Algunos otros —de mi responsabilidad exclusiva— podrían ser:

“Los hijos quieren mantener contacto con el padre o madre que no vive con ellos”.

“Los padres se preocupan del bienestar emocional de sus hijos”.

“Todas las familias viven procesos similares”.

“A los hombres les cuesta aceptar la infidelidad de la mujer”.

Las características personales de cada mediador —y aquí incluimos su historia, su situación actual, sus relaciones con otros, etc.— hará que cada caso de mediación en que participe sea único y distinto, sea un nuevo ejercicio de respeto, aceptación y tolerancia. Incluso más, las experiencias entre las mismas personas frente a otro mediador o entre el mismo mediador con otras personas, siempre serán diferentes.

Mediar, por tanto, no sólo puede mirarse como la aplicación mecánica de técnicas y destrezas, tampoco puede entenderse como el resultado de una actitud paternalista frente a los problemas de los demás, ni menos como la vía de escape frente a congestiónamiento judicial.

La labor del mediador va más allá del discurso aprendido y la técnica aplicada, va más allá de afanes pragmáticos, consiste ante todo en un escuchar activamente, en legitimar a las personas y sus percepciones y en propiciar un contexto en que la construcción de una nueva historia pueda ser la salida a la situación conflictiva.

Hay detrás de esta visión de la tarea mediadora —mi visión, por cierto— un componente democrático y de participación de fuerte impacto, el cual habilita a las personas, por una parte, a manifestar sus opiniones y diferencias y, por otra, a buscar puentes de conversación y acuerdos que faciliten la convivencia social.

IV. Conclusiones

Humberto Maturana señala que la enfermedad de nuestro país es el “miedo a no tener capacidad de convivencia social” (Maturana, 1997).

Cuando una sociedad tiene miedo a la convivencia social, cuando tenemos miedo del otro, la sociedad se paraliza, no avanza, se queda entrapada en sus dificultades y dolores. Se apodera de ella y de sus miembros de un sentimiento profundo de inseguridad, un sentimiento en que nuestra subjetividad está vulnerable.

Este miedo, sin embargo va más allá del miedo al “delincuente” que se transforma en el chivo expiatorio de un conjunto de temores que dicen relación con otros aspectos subyacentes, pero no menos relevantes: “el debilitamiento del vínculo social, del sentimiento de comunidad, y finalmente la noción misma de orden” (PNUD, 1998)

El informe sobre Desarrollo Humano en Chile de 1998 señala que el “nosotros” estaría resquebrajado, es decir, la confianza, la identidad y la sociabilidad de nuestro país está en riesgo. Lo que es tremendamente grave si queremos construir una nueva historia como país.

La sociabilidad se refiere a la creación y mantención de vínculos entre las personas, los que se sustentan en el reconocimiento mutuo como miembros de una sociedad diversa. No excluye los conflictos ni las diferencias, sino que busca cauces para que estos se expresen en base a las confianzas mutuas y a la reciprocidad.

Hay una sociabilidad vertical que se refiere a las relaciones cotidianas entre instituciones y personas, y otra, de carácter horizontal que se refiere a las relaciones entre las personas en cuanto individuos. La primera permite un vínculo de representación y participación de las personas en sociedad y la segunda propicia las formas más básicas de reconocimiento, afecto y apoyo.

El temor a aquellos que no forman parte del “nosotros” más privado mina la sociabilidad en ambos sentidos— en lo institucional y en lo cotidiano— conduciéndonos hacia relaciones llenas de desconfianzas, que niegan al otro, en que escasea la reflexión y en las cuales la intolerancia constituye el broche de oro.

Los aires frescos que trae el movimiento de resolución alternativa de conflictos y especialmente la mediación, nos alientan a participar conjuntamente en la restauración de nuestra dañada sociabilidad, construyendo puentes en vez de barreras, a través del reconocimiento y aceptación de los otros como “legítimos otros”.

Bibliografía

- ¹M. Berman. “*El reencantamiento del mundo*”. Editorial Cuatro Vientos, 1987.
- ²Watzlawick, Paul y otros. “*Teoría de la comunicación humana*”. Editorial Herder, 1981.
- ³López, Alejandro; Parada, Andrea y Simonetti, Franco. “*Introducción a la psicología de la comunicación. Textos y ejercicios*”, Editorial Universitaria, Tercera edición, 1995.
- ⁴Watzlawick, Paul. “*¿Es real la realidad?*”. Editorial Herder, Sexta edición, 1994.
- ⁵Maturana, Humberto. “*La Objetividad. Un argumento para obligar*”. Dolmen Ediciones, 1997.
- ⁶Maturana, Humberto. “*Emociones y lenguaje en educación y política*”, Dolmen Ediciones, 1997.
- ⁷Varios autores. “*Nuevos acercamientos a los derechos humanos. Ensayos para dimensión ética de la democracia*”. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Impresión Trama Color S.A., Primera edición, 1995.
- ⁸Locke, John. “*Carta sobre la tolerancia*”, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.
- ⁹Walzer, Michael. “*Tratado sobre la tolerancia*”, Ediciones Paidós, primera edición, 1998.
- ¹⁰Cowger, Charles. “*Evaluando las fuerzas del cliente: la evaluación clínica del empoderamiento del cliente*”, Publicado en la revista Families and Society, USA, 1995, traducido por Jeannette Monsalve, Escuela de Trabajo Social, P.U.C.
- ¹¹Suárez, Marín. “*Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*”, Editorial Paidós, Primera edición, 1996.
- ¹²Folger, Joseph y Jones, Tricia. “*Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*”, Editorial Paidós, 1997.
- ¹³Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD. “*Desarrollo Humano en Chile 1998*”. Editorial Trincea, 1998.

«MENORES Y JÓVENES EN SITUACIÓN DE CONFLICTO SOCIAL: POSIBLES RESPUESTAS»

Jaume Funes Artiaga



Como punto de partida, antes de meterme a reflexionar sobre la lógica que, a mi entender, debe presidir las respuestas adultas a los conflictos adolescentes quisiera comenzar con dos apuntes, a modo de avisos previos.

A lo largo de mi vida profesional he compartido experiencias y espacios de trabajo tanto con los colegas de la educación y el trabajo social como con los del mundo judicial y jurídico. Como otros muchos he podido comprobar que, con frecuencia, el diálogo profesional resulta difícil. No sólo se interponen lenguajes y discursos mutuamente incomprensibles, sino que da la impresión que las pretensiones, los objetivos de la acción son y tengan que seguir siendo incompatibles. Al final, se opta por mantener las distancias y por negar la validez y la necesidad de las perspectivas del otro sector profesional.

Sin embargo, esa incompatibilidad y distancia no pueden mantenerse, al menos en su totalidad, si se pretende construir un discurso razonable sobre las respuestas que la sociedad adulta ha de dar a las conductas problemáticas de sus adolescentes y jóvenes. No se puede legislar olvidando la lógica educativa. No se puede aplicar la sanción penal sin tener en cuenta sus efectos sobre la socialización. No se puede pretender educar olvidándose de derechos y garantías.

Las páginas que siguen parten del supuesto previo que lo jurídico, lo educativo, lo social han de llegar a casa. No tienen por qué anularse y diluirse ya que las tres perspectivas son necesarias, pero los profesionales de todas las disciplinas que intervienen deben hacer esfuerzos para leer la realidad y pensar las respuestas de una manera abierta y creativa. A veces, se trata de hacer simplemente el esfuerzo de evitar los corsés mentales e intentar descubrir que, por ejemplo, las garantías o los procedimientos pueden aplicarse de maneras muy diferentes a como se hace en la actualidad, o que la responsabilidad educativa no tiene por qué coincidir con la culpabilidad penal.

El otro aviso es algo más circunstancial, aunque suele repetirse en diferentes lugares y circunstancias. Esta reflexión se produce en Euskadi y al menos visto desde la distancia de Catalunya viene precedida de informaciones y contrainformaciones periodísticas sobre el sentido y el contexto de la violencia juvenil en esta comunidad, que podrían servir como justificación para un tipo de ley penal juvenil. No tengo el encargo de analizar ni lo uno ni lo otro, salvadas las distancias, es algo parecido a las reacciones políticas y periodísticas que se producen cuando un adolescente comete un

Jaume Funes A. es Sicológ, Profesor de la Universidad Ramón Llull de Barcelona.

crimen revestido de una aparente crueldad. Rápidamente aparecen las voces de quienes reclaman la dureza penal, como si de golpe ninguna utilidad tuvieran los criterios y razones necesarios para analizar la realidad y circunstancias del agresor.

Suele ser problemático y contraproducente legislar y regular a partir de la alarma, especialmente si se trata de adolescentes y jóvenes. Con frecuencia se consigue el efecto contrario al previsto y, especialmente, se dificulta el abordaje razonable de la inmensa mayoría de los conflictos, que son los que realmente afectan a la mayoría de la gente. Sin negar la evidente importancia de las circunstancias y de las claves políticas de un entorno concreto (que deben tenerse especialmente en cuenta no para legislar sino para descubrir las maneras diferentes con que debe aplicarse la ley), no debemos olvidar que, adscritos a una «tribu» radical o a una «pasota», afectados o no por la necesidad y el abandono social, aquí y allí, primero que todo son adolescentes y jóvenes.

Adolescentes y Conflicto

Entre la diversidad y la transitoriedad

En general se acepta que en el conjunto de sujetos que llegan a la Justicia de Menores confluyen cuatro tipos de factores que los determinan, además de las características personales de los sujetos. Concretamente debemos señalar:

- a) Los factores asociados al período evolutivo de la adolescencia y la primera juventud;
- b) El pertenecer a colectivos y territorios

sometidos a fuertes privaciones sociales: déficits de recursos, alto índice de paro, déficits en la articulación de la vida comunitaria, etc.

c) Las crisis generalizadas que se producen actualmente en el proceso de transición a la vida adulta de los jóvenes:

d) Las políticas policiales y de orden público aplicadas a cada zona.

Así, por ejemplo, un determinado índice de criminalidad juvenil puede estar indicando, simplemente, mayores necesidades sociales, mayor incidencia policial o mayor dificultad para ubicar socialmente a unos adolescentes que por razones demográficas han aumentado considerablemente.

En este sentido, se sabe que una parte importante de los adolescentes comete delitos sin que sean «sorprendidos» por el sistema penal. Pero, sobretudo, se considera que una gran parte de aquellos que llegan a la justicia, tiene una delictividad transitoria, que bien asumida no se consolidará como tal. Se habla así de «delitos de condición juvenil».

Al mismo tiempo, de una manera más patente que en los adultos porque no se ha consolidado ninguna carrera criminal, el colectivo que llega a la justicia penal juvenil está caracterizado por la heterogeneidad, la diversidad y la variabilidad en el tiempo. Solo un pequeño grupo responde a patrones de problemática y patología organizadas de manera estable en torno a la actividad delictiva. A pesar de la rigidez que comporta la objetividad que debe presidir las leyes penales, la Justicia de Menores se encuentra siempre delante del dilema de cómo salvar la transitoriedad y la

diversidad en los delitos y en los sujetos que le llegan.

Antes que todo son adolescentes.

Probablemente resulte imposible hablar de procesos de inadaptación social sin hablar de los chicos y chicas adolescentes. De hecho, un buen abordaje de la adolescencia debe tener presente esta cuestión para todos ellos. Podríamos decir que dentro de las circunstancias problematizadoras que pueden conducir a situaciones de inadaptación social está la propia condición adolescente. El paso por la transición hacia la vida adulta puede suponer entrar en un recorrido disocial si se dan determinadas condiciones.

En la etapa adolescente podríamos decir que se da un proceso intenso de socialización. Estamos en la etapa socializadora por excelencia, especialmente en todo aquello que tiene que ver con el descubrimiento y comprensión de la sociedad adulta y de sus reglas de funcionamiento. En gran medida la adolescencia es un proceso de transición, un proceso de incorporación a una realidad juvenil y adulta distinta de la infantil. Dejan de ser niños y niñas y caminan hacia la vida adulta, entran en una segunda etapa educativa de la vida en la que han de aprender a ser ciudadanos y ciudadanas.

Pero, además, la adolescencia es una etapa socialmente evolutiva. Es decir, por un lado los diversos adolescentes (no existe una única adolescencia) son el producto directo de cada medio social y, por otro, expresan sus dificultades y conflictos en términos sociales. Con

la primera afirmación, queremos decir que las diversas adolescencias tienen que ver con barrios y territorios concretos, con espacios y comunidades humanas que producen maneras de ser adolescente. Por esta razón, en barrios en los cuales se concentran multiplicidad de dificultades para vivir aparecen con facilidad adolescencias llenas de dificultades sociales.

Con la otra afirmación lo que queremos poner de relieve es que, en general, la inmensa mayoría de las dificultades que pueda tener un adolescente en su proceso evolutivo se expresan de manera social, se traducen en conductas y comportamientos problemáticos en el área social. Las tensiones se expresan en conductas de gamberrismo, las inquietudes en actuaciones arriesgadas, la afirmación en transgresión de las normas, la demostración de la diferencia en estilos de vida poco integrados, etc.

Cuando en un barrio o municipio se elaboran programas para abordar la marginación y los conflictos sociales, una de sus partes principales consiste en diseñar actuaciones que tengan que ver con cómo prestas atención a los adolescentes. Por un lado porque, en general, casi todos los conflictos les serán atribuidos a ellos; por otro, porque la adolescencia representa hoy la etapa clave en el abordaje de las dificultades sociales y en evitar que éstas se consoliden.

Pero, también hemos de tener presente que los chicos y chicas adolescentes son vividos como socialmente problemáticos y que todo lo que hagan será leído en esta clave. «(...) Podría

simplificarse el análisis recordando algunos de los estereotipos dominantes. Así, nuestra sociedad –incluidos los profesionales y los responsables de las políticas de intervención social– suele concentrar su problemática con los adolescentes generando una especie de opción por extensión, o reducción: todos son más o menos delincuentes, todos se drogan, todos son sospechosos de problemas. Pero también predomina el fenómeno de ocultación. Hay muchos responsables de instituciones que niegan cualquier viso de problemática a los adolescentes como tales; tan sólo algunos, desviados o patológicos, crean dificultades, sin que nada tenga que ver su situación adolescente con los problemas. (Véase, por ejemplo, cómo se delega a los Servicios Sociales el ocuparse de los adolescentes «con problemas», mientras los departamentos de juventud se dedican a la «cultura» y el «tiempo libre» sin que la inserción laboral, la salud, la vivienda, etc., de los adolescentes sea tema de nadie). A veces, simplemente, resultan problemáticos porque molestan; porque gritan en el metro, porque van en grupo y se meten con la gente, porque pisan los jardines, porque se rebelan contra los adultos que les llaman la atención. Son un conjunto de personas que parecen sobrar a la comunidad en la que están».¹

Como referencia hay que considerar que la adolescencia es un proceso en el cual hay una dinámica evolutiva, que se da en un marco social e histórico concreto. En este proceso se su-

ceden etapas y acontecimientos, hechos y circunstancias, algunos de los cuales serán estabilizadores y otros problematizadores, con capacidad de generar recorridos personales y vitales distintos. No siempre este avanzar, este evolucionar, este transitar es hacia delante, hacia el futuro, a menudo se producen desviaciones, situaciones de conflicto, salida o entrada en una situación social menos aceptada, más conflictiva dentro de la sociedad.

Creer y madurar en condiciones de necesidad y dificultad social

Antes de considerar algunas de ellas deberemos destacar que las conductas socialmente inadaptadas no tienen entidad propia. Es decir, no pueden ser estudiadas descontextualizadamente. En realidad, al estudiarlas estamos analizando resultados y expresiones. Decimos que una persona llega a tener conductas de inadaptación social al final de un proceso personal en el cual han pasado acontecimientos y circunstancias que hemos de considerar. De un niño o niña que han crecido sometidos a malos tratos decimos que con gran probabilidad serán si no reciben la atención adecuada, personas inadaptadas socialmente. La inadaptación social es así, en este caso, el resultado final de unas condiciones de crecimiento y de unas respuestas educativas, y son principalmente éstas y no aquellas el objeto de estudio y de atención.

Del conjunto de situaciones de vida y educación en los que el resultado final puede acabar siendo la inadaptación, la marginación, podemos destacar cuatro:

¹ FUNES, J. *Nosotros, los adolescentes y las drogas*. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 1990.

- a) madurar y crecer en condiciones de dificultad. Ser menor en épocas de crisis, formando parte del sector de la sociedad que tiene más dificultades (por ejemplo, los chicos y chicas desamparados)
- b) estar especialmente afectado por la crisis y cambios en los sistemas de socialización. Vivir en un grupo humano en el cual estén aumentadas las dificultades familiares, los conflictos con la institución escolar o en el acceso al mundo laboral;
- c) pasar por un movimiento evolutivo especialmente complejo desde el punto de vista social. Como ya hemos destacado, el status del adolescente en nuestra sociedad provoca con facilidad tensiones. Ser adolescente hoy, por poco que aparezcan algunas dificultades, puede provocar procesos de inadaptación social;
- d) sufrir alguna o algunas problemáticas personales agudizadoras de la dificultad social. En la medida que la inadaptación es un resultado, algunos problemas tienden a producirla. Dos ejemplos típicos son: el fracaso escolar y su posibilidad de conversión en fracaso social, además algunos usos de drogas hoy son generadores de marginación.

Sería un reduccionismo, olvidarse que la marginación también nace de situaciones y circunstancias personales problematizadoras. Es evidente que también hay dificultades subjetivas, personales que sufren, que tienen problemas de salud, de salud mental, que se complican la vida de alguna manera, que pasan por situaciones de conflicto personal que les llevan

finalmente hacia una situación de marginación. La exclusión no puede ser considerada sólo como una categoría social colectiva. Detrás de todas estas situaciones hay individuos, personas que sufren, que acumulan sus historias personales de dificultad, capaces de desencadenar procesos de exclusión.

Debemos considerar el proceso individual de conversión en ciudadanos, las relaciones mutuas que se establecen entre la persona y la comunidad, su grupo de referencia; hay que tener en cuenta, también, el proceso educativo y madurativo, descubrir cómo se construye una vida saludable o cómo se desarrolla el proceso individual de sociabilización.

También depende de la reacción y el control

Una parte de la inadaptación social, el conflicto, no se produce automáticamente sino que está mediatizada por las respuestas que las dificultades sociales reciban. Si nos ocupamos de la inadaptación hemos de tener presente que no sirve cualquier respuesta. Muchas de las que a veces damos a determinados problemas sociales generan más marginación que la que pretenden evitar. Surge más problema a partir de nuestra reacción que el que había en el inicio. El ejemplo más simple lo podemos encontrar en la escuela. No todos los abordajes de la dificultad escolar sirven y por eso normalmente no se aborda la diversidad creando aulas especiales o agrupaciones por niveles. Sabemos que la dificultad que incorporaría el alumno sería peor que el déficit inicial.

Entre la multiplicidad de respuestas

generadoras de más problemas querríamos considerar los cuatro tipos más frecuentes:

- a) La patologización, la tendencia dominante entre muchos profesionales a considerar que los problemas de marginación son problemas de patología individual. Con gran facilidad se tiende a convertir en enfermedad individual aquello que es dificultad colectiva.
- b) La penalización, la tendencia a usar el Código Penal como respuesta a todos los problemas sociales, sea cual sea su entidad. La respuesta que siempre tenemos preparada es la policía, los jueces y la cárcel.
- c) La protección, la tendencia a proteger a los débiles sin contar con ellos, sin pararnos a modificar las circunstancias en las que se produce su desamparo. No puede aceptarse que proteger siempre sea bueno, que no provoque a la corta un problema mayor. Resulta difícil de aceptar, por ejemplo, que el gran número, en aumento, de menores hoy internados necesita esta respuesta como la más idónea y la necesitan por mucho tiempo, sin que haga mayor su marginación.
- d) La burocratización, la tendencia a dar respuestas formales, complicadas, sin ningún posicionamiento en la realidad de sufrimiento del otro. Somos capaces, por ejemplo, de retirar un menor de una familia porque sus padres no tienen posibilidades económicas de mantenerlo y exigir, a la vez, que asistan a repetidas visitas y entrevistas evaluadoras, gastándose en transporte y pérdida de actividad de supervivencia el di-

nero que no tienen ni para su hijo. Parece que sólo pretendemos marearlos, sin confiar en su posible recuperación como padres.

Las relaciones entre la Justicia Penal y los adolescentes y jóvenes

Un pequeño paréntesis: proteger con la reforma y castigar con la protección

En los últimos años se ha hecho patente lo que podríamos denominar «equivocos de la Filantropía». En Europa casi todas las legislaciones han tenido, o aun tienen, un período de mezcla y de trato conjunto de los problemas que afectan a los menores víctimas de una inadecuada atención por parte de su familia y de la sociedad, casi como a la vez de aquellos que realizan actividades sancionables como delictivas.

El esquema de mezcla entre Protección y Reforma que se daba aquí en los Tribunales Tutelares ha sido bastante generalizado y el debate en torno a su separación no se ha terminado. Así mismo, al margen de las fórmulas que se han ido adoptando, se acepta que el hecho de ser irresponsable penalmente ha acabado siendo un privilegio negativo, así como la facilidad con la que se criminaliza la miseria.

El acuerdo básico podría resumirse así:

- a) El adolescente, el joven, debe ser tratado penalmente de una forma diferente al adulto. Se trata de un sujeto en evolución del cual la sociedad ha de responder educati-

vamente, facilitándole elementos que posibiliten su maduración.

- b) Al mismo tiempo, el joven, es un sujeto con derechos, por lo tanto no puede ser considerado un objeto de protección: no se puede actuar supliéndolo «por su bien», limitándole, por ejemplo, su libertad. Las leyes tienden a encontrarse con algunos de los principios básicos de la justicia penal: el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser escuchado, a tener defensor, a saber cuándo terminará una sanción o una medida educativa, el derecho a recurrir, etc.

Aunque se reconoce que los adolescentes y los jóvenes que llegan a la justicia en su mayoría tienen una vida llena de carencias sociales, se intenta superar la identificación de las medidas protectoras como intervención positiva y de las medidas penales como represión. No hay protección que sea válida si se hace con la privación de derechos y la respuesta penal en el ámbito juvenil puede y ha de llegar a ser básicamente educativa. No son los vacíos educativos y las necesidades sociales lo que se sanciona, aunque el enjuiciamiento puede y debe ser la ocasión para que se atienda al joven, o incluso para que la respuesta a sus delitos señalada por la justicia pueda inscribirse posteriormente en un marco más amplio de atención a sus problemas.

Situemos el debate sobre la mayoría de edad penal

Junto a la dicotomía protección-reforma el espacio hipotético de la acción penal entre los adolescentes y los jóvenes ha tenido otro eje fundamental de debate: la cuestión de la

mayoría y minoría de edad penal. La propia variación de la edad producida en el Código Penal del 96 quedó sin entrar en vigor, aparentemente por la razón técnica de no existir una ley penal juvenil, aunque con más realismo, habría que pensar que por el miedo parlamentario a que los adolescentes y jóvenes pudieran quedar sin castigo ejemplar al aplicárseles la vigente legislación de menores. La dualidad simple entre proteger y castigar ya ha indicado que conduce a perversiones en las dos partes. La lectura juricista y penalista de la cuestión de la mayoría y minoría de edad deja a un lado que el debate es cómo se construye una justicia penal, la juvenil, diferente. Una justicia que resulte tan distante de las acciones protectoras inhabilitantes como de la sanción penal adulta, criminalizadora por esencia.

Al margen de las edades en las que uno quiera situar el inicio y el fin de esa respuesta penal diferenciada, conviene tener presente que el debate tiene su origen en tres líneas de discusión:

1. La superación, ya señalada, de los enfoques protectores por los responsabilizadores. No se trata ya de niños a proteger (a veces con una cierta perspectiva de «especie» frágil en vías de extinción) por los que nosotros decimos, sino de personas (diferentes de los adultos) dueñas de sus actos.
2. La consideración de los chicos y chicas adolescentes y jóvenes como ciudadanos de pleno derecho, pero con un estatus social y jurídico diferenciado del de los ciudadanos y ciudadanas adultos, porque están en pro-

ceso de construcción, de transición hacia el mundo adulto.

3. El rechazo a la cárcel como medida socializadora y su especial efecto negativo cuando se aplica a las personas jóvenes. De hecho todo el debate sobre la mayoría de edad penal puede reducirse a la concreción sobre a qué edad aceptamos que una persona pueda entrar en la cárcel.³ Es un debate sobre el impacto de la privación de libertad y la estigmatización de las instituciones totales sobre personas en proceso de construcción personal y social.

Cinco criterios para construir una relación adecuada

A mi entender, para que la relación entre los adolescentes que transgreden las normas y la justicia penal no resulte destructora ha de estar basada en algunos criterios. De manera breve pueden señalarse los siguientes:

- a) La justicia penal no tiene nada que hacer en la infancia. Cualquier acción suya tan sólo serviría para dificultar las acciones educativas posibles (salvo que su acción no tenga

como fin el niño o la niña implicados sino la ejemplaridad y la revancha social). Hablamos de adolescentes y jóvenes y por lo tanto nunca de las relaciones del sistema penal con los de menos de 13 años. Las dificultades para dar respuesta social y educativa a menores implicados en acciones vividas por la sociedad adulta como graves no pueden conducir a reintroducirlos en el sistema penal.

- b) Justicia penal quiere decir dos cosas: garantías y penas. Las primeras son irrenunciables e incluso algunas pueden ser exclusivas de adolescentes y jóvenes, sin que esto quiera decir que sólo deban aplicarse de la misma manera formal con la que se aplican a los adultos. Existen otras maneras más adecuadas de aplicar las garantías, si se quiere hacer con creatividad. A las segundas se les sigue llamando medidas educativas pero son penas en la medida que son sanciones impuestas. En cualquier caso, se trata de que sean diferentes, de que sean, a ser posible, en el proceso de maduración de los sujetos afectados.
- c) El núcleo de la relación entre jóvenes y sistema penal consiste en que las respuestas sirvan para la responsabilización, para la apropiación por el adolescente o el joven de sus actos y de sus consecuencias. De todas las respuestas posibles, dentro y fuera del sistema penal, se habrá de escoger aquella que mejor sirva para la responsabilización, no aquella que tenga más dosis de castigo.
- d) La justicia penal juvenil, si ha de tener entidad, ha de ser diferente de la adulta. No

³ Como la justicia de menores siempre ha estado, como la sexualidad u otros rubores sociales, llena de eufemismos, conviene aplicar gran parte del debate sobre la cárcel a los centros cerrados. Aunque sea maravilloso y perfecto un centro educativo cerrado se convierte en una prisión si no hay posibilidades de fugarse. Si la limitación total de libertad ha de imponerse llamémosle prisión de menores aunque luego todo su funcionamiento se base, en todo lo que es posible, en criterios educativos. De esa manera evitaremos que el internamiento aumente de manera inapropiada, teniendo la conciencia tranquila porque al adolescente o joven no lo hemos mandado formalmente a la cárcel.

puede ser un calco descafeinado del sistema penal adulto.

- e) Cuando haya colisión de criterios, han de primar los educativos y socializadores sobre los estrictamente penales. Se supone que pretendemos que los adolescentes y jóvenes infractores lleguen a ser ciudadanos adultos incorporados lo más plenamente posible a la sociedad.

Componentes, razones y motivos de la atención a los adolescentes que transgreden las normas

Una primera pregunta: ¿qué conductas han de recibir respuestas?

En los últimos años, el debate sobre el tipo de justicia penal a construir para dar respuesta a las conductas transgresoras de los adolescentes y jóvenes va acompañado de otro, sobre si su conducta delictiva es diferente, sobre si ha cambiado substancialmente respecto a la década pasada. ¿Asistimos a nuevos tipos, a nuevas formas de delictividad entre los adolescentes y jóvenes?

Para dar una u otra respuesta se ha de matizar y tener en cuenta las transformaciones que se han producido no sólo en la realidad juvenil sino en las respuestas policiales (fruto de cambios en la sensibilidad social) y en el propio sistema judicial, especialmente en el de menores. Con frecuencia lo que se interpreta como cambios no es otra cosa que la llegada al sistema judicial de clientes no previstos. Hace pocos años que la Justicia de Menores tiene jueces profesionales y no hace tantos que los adolescentes

de familias normalizadas («bien») pasaban prácticamente de la comisaría a casa sin que quedase apenas rastro de su paso por las instancias del control. Situación que se invertía cuando el chico o chica adolescentes eran de las «otras» familias, de los «otros» barrios.

Nunca fue cierto que los delincuentes juveniles fueran sólo de determinada extracción social. En cambio, sí era cierto que eran mayoritariamente ellos los que eran objeto de la sanción penal. Una parte de los cambios no son otra cosa que variaciones judiciales o policiales, así como disponer de otros recursos y respuestas para determinadas conductas. Por ejemplo, con la aplicación experimental de programas de mediación¹ se pudo demostrar que los profesionales de la justicia de menores comenzaban a tener que ocuparse de adolescentes escolarizados, con altos niveles de aprendizaje y con perspectivas de futuro que no correspondían al patrón de adolescente marginal. La delincuencia que veían ahora parecía responder a una gran diversidad de estratos sociales.

Echas estas matizaciones, sí que parece ser cierto que —de una manera similar a la que se produjo en la década de los 70 y comienzos de lo 80, con la eclosión de los barrios y las primeras grandes crisis económicas— aparecen nuevas conductas y comportamientos juveniles creadores de tensión y conflicto social. Si la «nueva delincuencia» de aquella década era la delincuencia derivada de las grandes crisis en los sistemas de socialización, la actual viene a

¹ Véase FUNES, J. (Direc.). *Mediación y Justicia Juvenil*. Centre d'Estudis Jurídics. Generalitat de Catalunya, 1995.

identificarse con las dificultades y contradicciones de la condición adolescente y con la aparición de nuevos estilos de vida menos tolerados por la sociedad adulta, no adscritos a determinados barrios o personas.

Pueden apreciarse algunas diferencias, algunos de esos cambios, observando, por ejemplo, las transgresiones cometidas por menores en el cuadro adjunto. La mayor parte de los delitos y faltas está concentrada en los «daños» (34,6%), seguida de las «lesiones» (15,3%) y del robo con fuerza (14,8%).

Tipología del primer delito por el que llegan a la justicia de menores⁴

DELITOS	Primero	
	%	N°
• Contra la libertad sexual	11	2,0
• Amenazas, coacciones, insultos, desórdenes	13	2,1
• Contra la salud pública	6	1,1
• Daños	187	34,6
• Estafa, falsedad, falsificación	8	1,5
• Homicidio frustrado	1	0,2
• Hurto	50	9,2
• Imprudencia	6	1,1
• Lesiones	83	15,3
• Receptación	7	1,3
• Robo con fuerza	80	14,8
• Robo con intimidación o violencia	38	7,0
• Utilización ilegítima de vehículo a motor	42	7,8
• Otros	3	0,5
• No consta	6	1,1
Total	541	100

⁴ Muestra significativa de la población que llegó por primera vez a la justicia en 1993. AA.VV. *Reincidencia en la justicia de menores*. Centre d'Estudis Jurídics. Generalitat de Catalunya, 1996.

Esta fotografía de sus transgresiones refleja los cambios que últimamente se han ido produciendo en la actividad delictiva de los ciudadanos más jóvenes sometida a control. Cerca de las dos terceras partes de las faltas o delitos tienen que ver con actividades destructoras de espacios, edificios o mobiliario urbano, con enfrentamientos y desórdenes públicos entre ellos y con adultos, con la apropiación lúdica de objetos de consumo como las motocicletas. Las actividades contra la propiedad, antes dominantes, han quedado reducidas a menos de una de cada tres de sus transgresiones.

Como en algún texto se ha señalado,⁵ asistimos a una especie de «era de las incivildades» en la que parte de las conductas que generan tensión está asociada a formas juveniles provocadoras, seguidas de ausencias importantes de patrones educados para mantener una convivencia que el propio mundo adulto hace tiempo que ha destruido. Es una mezcla de comportamientos que fácilmente son etiquetados como nueva violencia, pero que son un conjunto variopinto de acciones, desde la simple dureza, la chulería y la afirmación a cualquier precio, la agresividad descontrolada o finalmente, la violencia destructora, revestida o no de justificaciones.⁶

⁵ VOURC'H, C. y MARCUS, M. *Sécurité et démocratie*. Forum Européen pour la Sécurité Urbaine. Paris, 1994.

⁶ No tengo espacio para matizar aquí todo el fenómeno de la «nueva» (?) violencia juvenil y los contextos en los que se produce. De una manera extensa el lector interesado puede encontrar este análisis en FUNES, J. *Sobre las nuevas formas de violencia juvenil*. Fundación Paidós. La Coruña. En cualquier caso, a mi entender, es importante no reducir todo el fenómeno a una

Entre estos cambios en las conductas requeriría un cierto análisis el fenómeno que podríamos describir como la radicalidad. Un fenómeno que, en grados diversos, forma parte de bastantes estilos de vida adolescentes y jóvenes. Que, simplemente, podríamos definir como la afirmación de la propia manera de ser y de las razones subjetivas usando cualquier forma y medio, especialmente si esa forma altera la formalidad y la lógica institucional de la sociedad. La radicalidad —que pocas veces encuentra a su paso razonamientos éticos medianamente modernizados— conecta extraordinariamente con la propia esencia del adolescente, enfrascado en la búsqueda de su identidad, en la negociación del mundo adulto y el descubrimiento de su injusticia e hipocresía. La radicalidad hace aflorar el alma ácrata de todo adolescente, canaliza su dinamismo y su ímpetu sin trabas y aporta adrenalina y diversión a los inmensos espacios y tiempos vacíos y anímicos que muchos de ellos tienen. Luego, además, podemos sumar una construcción ideológica justificadora o el desamparo existencial que preside la vida de los adolescentes que —contemplando el entorno personal que les rodea— poco pueden esperar de su futuro.

Pero, volviendo a la cotideaneidad de la inmensa mayoría de las conductas delictivas, que suelen situarse en un grado menor o intermedio, aunque la expresión las haga más

aparatosas, hay que formular respuestas a la pregunta que abría este apartado: ¿qué conductas adolescentes y jóvenes han de recibir respuesta?. Todo lo dicho no tiene una sola lectura. Las conductas difíciles y provocadoras suelen ir, en la actualidad, acompañadas de un grado cada vez menor de tolerancia adulta. Son cada vez más las cosas que nos molestan, especialmente si las hacen los jóvenes. No podemos dejar de lado que hace tiempo que la sociedad adulta tiende a tener una lectura problemática y problematizadora de cualquier fenómeno adolescente y joven. Las dificultades más importantes para diseñar una respuesta penal adecuada tienen su origen en las dificultades colectivas para digerir adecuadamente la presencia masiva de adolescentes y jóvenes en nuestro mundo adulto.

La justicia penal juvenil tiende a basarse en lo que podríamos designar como “política criminal reactiva”. Un sistema de actuación profundamente impulsivo que ni matiza las circunstancias, ni sabe esperar los momentos adecuados, y lo que es peor, no tienen en cuenta los efectos que producirá la respuesta. Lo que sirve en el nivel familiar o escolar también sirve en el social. Hay conductas que son pura provocación y no deben recibir respuestas. Otras no la han de recibir inmediatamente, ninguna ha de ser desproporcionada o facilitadora de motivos para autojustificarse y reaccionar con la nueva violencia derivada de la impotencia. Algunos quisieran que la chulería estuviera en el Código. Muchos no se dan cuenta que la policía o los tribunales, aplicados a todo, pueden ser la coartada perfecta para que

etiqueta (en unos casos “cabezas rapadas”, en otros, jóvenes independentistas radicales) ya que se produce una simplificación que no permite buscar las respuestas diferenciadas adecuadas, 1996.

el adolescente refuerce sus comportamientos.

Por último, quisiera recordar que todos estos elementos de «novedad» no anulan los más clásicos. Una inmensa mayoría de los adolescentes y jóvenes que son objeto de sanción penal, especialmente cuando se limita o se priva de libertad, siguen perteneciendo a los grupos con necesidades y dificultades sociales, siguen siendo de los barrios y de las familias con graves carencias. La novedad, en todo caso, es que ellos y ellas también han adoptado alguna de las pautas y conductas duras de otros grupos adolescentes. Los niños y niñas desamparados, cuando llegan a la adolescencia son hoy un grupo de especial incidencia en las conductas delictivas y de especial dificultad para ser atendidos.

Una segunda pregunta: ¿quién ha de dar la respuesta?

Con el interrogante anterior he pretendido llevar el debate al terreno de lo que se conoce como descriminalización. Es decir, se trata de objetivar al máximo las conductas delictivas, evitando tanto como sea posible criminalizar los comportamientos juveniles. Se abandonaron ya las pretensiones y prácticas (todavía descritas en la Ley de Tribunales Tutelares) de incriminar la vagancia, la conducta inmoral o la insumisión a la patria potestad, pero hay cierta querencia a buscar el burladero de la ley para perseguir nuevos comportamientos. Subsiste una especie de necesidad de que sea la ley y los tribunales quienes impongan a los adolescentes la moral y las buenas costumbres. En esa línea, hay una tendencia fácil a que sea el sistema

penal quien supla las dificultades y fracasos de otras instancias clásicas de socialización como la familia y la escuela.

Pero, aun después de delimitar las conductas ante las cuales la sociedad ha de reaccionar y aquellas ante las que ha de hacerlo el sistema penal, nos queda por avisar que no hay razón para que la respuesta haya de estar dada por un sistema judicializado. La definición clásica de una moderna y adecuada justicia juvenil comienza por la «D» de descriminalizada, pero sigue con la «D» de desjudicializada. La propuesta más habitual es que sea el sistema judicial el que intervenga, sin tener presente si será útil y positivo.

La mayoría de los profesionales están de acuerdo en que la entrada en el aparato judicial produce efectos nocivos sobre personas en proceso de desarrollo, y que por lo tanto se trata de reducir todo lo que sea posible su ámbito de intervención. No sólo se trata de aplicar —como luego volveremos a insistir— con amplio criterio el principio de oportunidad, sino que se trata de evitar al máximo la llegada ante el juez y a juicio de los adolescentes, buscando otras vías para la resolución de los conflictos. Se trata de evitar la objetivación y la consolidación en el adolescente de la identidad delincuente, teniendo en cuenta la provisionalidad y lo episódico de muchos de sus actos.

La desjudicialización, sin embargo, no supone el no hacer nada. Todo lo contrario: hacer de otra manera, en otros espacios, en otras instancias. Pero, la gran dificultad de estas propuestas reside, en la práctica, en la inexistencia de esas respuestas. No se trata de que haya más

o menos recursos, sino de que las políticas (las acciones, los programas, los recursos) destinadas a atender a los adolescentes vienen a ser en la actualidad lo más parecido a un desierto. Un desierto que, además, no tiene clientes porque no es fácil llegar hasta ellos y ellas y no es fácil prestarles la atención adecuada.

La tendencia social en la justicia suele ir acompañada de la tendencia a la especialización, de la pretensión de crear recursos en función de las patologías y no de la condición adolescente. Se convierte con facilidad la transgresión en un síntoma patológico y la dificultad del abordaje de los adolescentes en una cuestión de especialistas. Se olvida así la última «D» (diversión/derivación) que postula la normalización, la tendencia a utilizar recursos lo más normalizados posibles, lo más próximos a la realidad cotidiana, para dar respuesta a las conductas transgresoras del adolescente (una parte de otras conductas susceptibles de ser modificadas por influencia educativa).

Pregunta final: ¿qué respuestas y con qué instrumentos?

Cinco ideas entre la intervención mínima y la atención a la víctima

De los criterios expuestos hasta aquí puede deducirse que con los adolescentes transgresores también sirven algunos principios básicos tanto de la educación como del trabajo. Así, de alguna manera, he querido recordar que con ellos y ellas también sirven tres principios clásicos:

1. El principio de normalidad (aquella respuesta que puede darse desde las instancias normales, generales, primarias, no debe

darse desde las especializadas).

2. El principio de integración (no suelen resultar positivos los servicios y recursos destinados exclusivamente a los que sufren una determinada «patología»).
3. El principio de la atención en el propio entorno o de la no-institucionalización (atenderlos donde están, a partir de los recursos a potenciar en el propio contexto).

Quedarían, sin embargo dos más por añadir:

El principio de la intervención mínima, según el cual no se trataría sólo de reducir al máximo el ámbito de intervención del sistema penal y de las instancias judiciales, sino también el de otros profesionales. Nadie ha dicho que pasar por el psicólogo o el trabajador social sea, por definición, bueno y positivo. Con frecuencia sobran entrevistas, diagnósticos e informes. Buscar la respuesta más adecuada, con los condicionamientos de estar relacionándose con el o la adolescente por una transgresión, no lo requiere.

El principio de la espera. La relación del anterior principio con la condición evolutiva de la adolescencia nos ha de llevar también a saber esperar. Como he dicho, sus transgresiones son de «condición» y cuando evolucione y salga de ella probablemente desaparecerán si hemos tenido la paciencia para no reaccionar inadecuadamente y dejar que el «tiempo» resuelva algunos problemas.

En esa perspectiva, al pensar en las respuestas, hay que pensar que deben ser siempre provisionales, modificables por si la realidad cambia o si se comprueba que no son acertadas. De

la misma manera han de ser cortas, vigilando el efecto que tienen sobre la construcción de la identidad y su contribución a la adopción de la etiqueta de delincuente o de problema.

En el debate sobre las sanciones en el sistema penal juvenil se suele caer en dos extremos que no ayudan a crear uno que sea diferente y razonablemente correcto. Por un lado se tiende al causalismo social de la delincuencia juvenil; por otro, al más puro de los reduccionismos delictivos.

En el primero se suele caer intentando argumentar que la causa de la delincuencia es el paro, o que son las condiciones de vida en la que han de crecer los adolescentes las que provocan que se conviertan en delincuentes. Argumentos de los que se deduciría que no ha de existir respuesta penal sino protección social (siguiendo la argumentación que comentábamos en el aparato anterior) y solución a sus condiciones de vida. No reproduciré aquí el análisis sobre la diferencia que hay entre causas y condiciones, entre circunstancias, manifestaciones, expresiones, efectos, etc. Recordaré tan sólo que la única causa de la delincuencia es el Código Penal, puesto que es quien define si una conducta es delito o no, convirtiendo a quien la realiza en un delincuente.

Podemos discutir sobre la justicia o injusticia de imponer una sanción penal al pobre y debemos recordar que suele ser a los que viven entre necesidades y dificultades a los que mayoritariamente les afecta la reacción penal. Pero, no es el sistema penal quien debe resolver las condiciones de necesidad y dificultad social en las que viven los adolescentes. Si así

fuera, como reiteradamente se ha señalado,⁷ criminalizaríamos la miseria e impondríamos más medidas, más sanciones, a los que menos tienen en su entorno.⁸ La respuesta penal ha de estar inevitablemente asociada a la conducta transgresora del adolescente, ante la que socialmente hemos decidido reaccionar y no a la transformación de las condiciones de vida en las que el delito se produce e incluso cobra sentido.

Tampoco estoy argumentando el otro extremo: el reduccionismo delictivo que se olvida del sujeto que delinque y del contexto vital y social que da sentido y funcionalidad a esa conducta. La respuesta penal no puede impedir la educación, no puede añadir segregación y exclusión sobre quien está en proceso de incorporación a la sociedad. En el espacio adolescente joven no se puede operar a partir de una especie de objetividad igualitaria. Aunque reaccionamos a partir de una transgresión, no estamos en un sistema de retribución y castigo amparado en una especie de igualdad de castigo ante la ley. Las respuestas han de ser diferentes porque pueden afectar de manera diferente al adolescente y porque el contexto en el que se produce su actividad delictiva es diferente.

La justicia penal juvenil no está para dar

⁷ Ver GONÁLES, C. FUNES, J. "Delinquència juvenil, justícia i intervenció comunitària". En *Papers d'Estudis i Formació*. N° 2. Centre d'Estudis Jurídics. Generalitat de Catalunya, 1997.

⁸ De hecho, algo así ya ocurre. Como pudimos analizar en los trabajos sobre reincidencia ya citados, los propios equipos técnicos proponen medidas de mayor cantidad de intervención educativa cuanto más empobrecido es el entorno educativo (no sólo económico y social) del menor que estudian.

respuesta a las necesidades y dificultades de los adolescentes y jóvenes, pero puede ser perfectamente la ocasión para que desde otras instancias se busque la manera correcta de abordarlas. Incluso puede prescindir de su reacción si, como he señalado, otras acciones educativas y sociales son más adecuadas. La precaución principal que debe presidir el diseño de las respuestas ha de ser la de no impedir el proceso madurativo (mejor si lo estimula) y aprovechar su paso por el sistema penal para que conecte con recursos y oportunidades que puedan modificar los aspectos negativos de su conducta y personalidad, paliar las carencias entre las que ha crecido.

Podemos completar la reflexión sobre las respuestas reiterando la gran ausencia de recursos y profesionales que se ocupen de los adolescentes y cómo, con frecuencia, es sólo la justicia de menores la que puede dar alguna respuesta. Si no existen educadores que trabajen en el medio abierto habrá delegados judiciales de asistencia al menor bajo medidas. Si no hay un espacio residencial adolescente habrá un centro para menores sancionados. Si nadie puede asegurar un seguimiento educativo se le impondrá una medida de libertad vigilada. La reflexión sobre la justicia de menores siempre conduce a reflexionar sobre cuáles han de ser los recursos mínimos de atención a los adolescentes en un territorio. Cuando, como es habitual, no existe ninguno, aparece la necesidad de considerarlos delincuentes para que alguien se ocupe de ellos y ellas.

Por último, la reflexión sobre las respuestas no puede dejar fuera la consideración de las víctimas. No puede contraponerse una

especie de defensa total del adolescente por encima de su víctima. Como luego señalaré, es justamente la confrontación con los afectados por sus acciones una de las partes claves de la reacción. En cualquier caso, no podemos dejar a un lado que las víctimas de las transgresiones adolescentes no son sólo ni mayoritariamente personas adultas aisladas. La mayoría de sus acciones afectan, en proporciones similares, a otros adolescentes y a entidades colectivas (empresas o instituciones públicas y privadas), por lo que la búsqueda de esa comprensión del «otro» afectado también tiene sus reglas específicas.

Aunque poco tiene que ver con la justicia penal, también hay que recordar que la reflexión sobre las «nuevas» conductas violentas de los adolescentes y jóvenes y las maneras de prestarles atención conduce a temas como la educación sobre valores, especialmente sobre la validez de la violencia en la resolución no ya de los grandes conflictos sino de los líos de la vida cotidiana. La utilidad de muchas respuestas tiene que ver con la adopción por parte del adolescente de estilos de vida y de modas juveniles en los que no necesite ir de duro por la vida.

Propuesta para una aplicación normalizadora y razonable de la Ley Penal, en el conjunto de otros sistemas de atención

Es perfectamente conocido que una cosa son las leyes y otra su aplicación. Incluso una mediocre ley de menores puede acabar sien-

do razonable aplicada. De hecho la vigente Ley 4/92 (que modifica la Ley de Tribunales Tutelares de Menores) es mucho mejor por lo que no dice que por lo que regula, por el margen de imprecisión que tiene, y permite —aunque sea peligrosa— una discrecionalidad positiva. También es cierto que históricamente la justicia de menores ha sido, en gran medida, como los recursos educativos y sociales que tenía a su disposición.⁹ Por esta razón, las propuestas que haré a continuación creo que pueden ser válidas tanto si seguimos unos cuantos años más de provisionalidad, como si finalmente tenemos una ley penal nueva (siempre y cuando se parezca en algo a todo lo que aquí se sugiere.)

Responsabilidad significa responder

Cuando el debate sobre la responsabilidad se hace sólo en términos penales inevitablemente se cae en la disyuntiva tramposa que señalaba al hablar del debate protección — reforma. Aceptando el hecho de que los adolescentes y jóvenes han de ser considerados responsables (no penal y criminalmente responsables), fundamentalmente para evitar que no sean considerados personas y que otros decidan por ellos y ellas, la discusión principal

es sobre cómo han de ser responsables. Existe un criterio aceptado en muchas leyes de menores según el cual los adolescentes y jóvenes son responsables pero «de la manera como» se regule en esa ley. Es decir, se acepta que no hace falta negar al adolescente y al joven la propiedad de sus actos para reaccionar penalmente de una forma específica y propia, que en nada tiene por qué parecerse a la responsabilidad penal de los adultos.

En términos educativos, responsabilidad quiere decir volver sobre tus actos, hacerlos conscientes y asumirlos (de la manera posible), a partir de una respuesta. En cada etapa evolutiva de la vida las personas somos responsables, pero no más o menos, sino diferentemente responsables. O, dicho de otra manera, las respuestas educativas que debemos recibir para distinguir los aspectos positivos o negativos de unas u otras acciones son diferentes en cada edad. No es que se niegue el papel de la justicia penal en las etapas de madurez infantil porque se afirme su irresponsabilidad. Se hace porque las respuestas que el sistema penal puede dar suelen ser substancialmente negativas para la infancia.

La preocupación central de una ley penal juvenil a la hora de concretar las medidas, las sanciones que impondrá, no puede ser otra que la de interrogarse si servirán para que el adolescente y el joven devengan responsables, comprueben los efectos para otras personas o para la comunidad de sus actos. La ley penal, cuando se aplica en las etapas de transición evolutiva, no puede ser una especie de doble lista en la que en un lado están los hechos punibles

⁹ Existe, por ejemplo, un estudio interesante de la anterior ley de menores italiana en el que se demuestra cómo la responsabilidad que los equipos técnicos habían de comprobar —para hacer que el menor fuera atendido fuera o dentro del sistema judicial— era una variable territorial. En el norte, con más recursos educativos y sociales, los menores eran más irresponsables que en el sur, sin apenas recursos. Véase CAPUCCIO, N. CURTI, F. "L'immaturità come variable territoriale?". En *Esperienze di giustizia minorile*, N° 2-3, 1985.

y en otro los castigos que corresponden. No basta con considerar la gravedad penal. Además de considerar la visión de la víctima, tendremos que tener presente la lectura que el chico o la chica hacen de sus actos. Las sanciones han de ser respuestas útiles para responsabilizarlos, o aplicadas de manera que sirvan para ello.

Comentado la actual ley, ya decía que, si por un camino o por otro finalmente algunos menores son sancionados (dejamos al arbitrio del lector llamarlo imponer medidas o aplicar penas), ha de decidirse qué «castigo» se les aplica. Las enmiendas y los debates parlamentarios en torno a la ley dejaron claro que la regulación penal puede convertirse en un corsé asfixiante y que los padres de la patria son escasamente creativos.

Las garantías hacia los derechos del menor exigen ciertamente que no puedan aplicársele sanciones totalmente abiertas del tipo de «hasta que se compruebe su total reforma», propias de los sistemas proteccionistas. Pero, eso no es incompatible con propuestas abiertas, acotadas en el tiempo, con la imposición de las llamadas «reglas de conducta» (asistencia a actividades de tiempo libre, seguimiento de indicaciones elaboradas por el tutor escolar, etc.). La verdadera demostración de que no se persigue como meta fundamental el castigo es la aceptación de respuestas flexibles, progresivamente provocadoras de su responsabilización.

Los principios de oportunidad y de intervención mínima a la luz de la educación

El conjunto de nuestro sistema penal no se rige justamente por aplicar el principio de oportunidad, y, por lo tanto, no valora en primer lugar si en determinadas condiciones y circunstancias es útil y positivo continuar la persecución judicial de un delito. Pero, justamente lo que no existe –y parece complicado que llegue a existir– en el mundo adulto resulta ser clave en el juvenil. La descriminalización práctica y la desjudicialización de la que hemos hablado dependen sólo de que el fiscal pueda aplicar por sistema este principio.

En la actual ley, este principio está claramente reconocido, admitiéndose la posibilidad de cerrar las actuaciones si la respuesta adecuada ya ha sido dada. Puede producirse fuera del ámbito judicial pues introducirlo en él comportaría mayores problemas para el adolescente. En cualquier caso, su regulación es especialmente ambigua, quedando prácticamente en manos de fiscales que para nada la practican en el ámbito adulto donde también ejercen. Como ya advertía en otro texto «una parte substancial del resultado que puede dar esta ley se determinará por la capacidad para generar salidas de casos fuera del sistema judicial, por la resolución previa de los conflictos. Existe en el apartado 6º del artículo 2.2, el que solemos llamar «párrafo de las disyuntivas» y que algunos pretenden que sea de las «copulativas». En él se listan una serie de condiciones para que pueda decidirse la no-continuación de las actuaciones contra un menor («atendiendo a la poca gravedad de los

hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiera empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar...») que a nuestro parecer pueden y deben leerse por separado y no todas juntas.

“Una parte de la Ley será salvable si, aunque el menor presente problemas y necesidades, seguimos respetando su derecho —igual al del adolescente de medios sociales boyantes— a resolver los conflictos previamente, sin que aparezca la presión de la sanción penal. La mejor ley de menores es aquella que estimula, que facilita, que obliga si es necesario, a la búsqueda de acuerdos no judiciales, de aproximaciones entre las partes afectadas. Hablar de psicología y pedagogía de la mediación, individual o comunitaria, en ningún caso es hablar, de entrada, de psicopatología o de tratamiento».¹⁰

En el momento de redactar este texto desconozco cual será la formulación que se acabará plasmando en el proyecto de ley que el Ministerio de Justicia elabora. La aplicación real, ágil y práctica del principio de oportunidad será, a mi entender uno de los pilares para que la Ley Penal Juvenil pueda ser moderadamente positiva. Un principio que, por otra parte, se respetaba poco y de una manera muy rígida en el proyecto de ley que no llego a poder ser discutido por la disolución de las Cortes y la convocatoria de las elecciones.

En cualquier caso, hay que desconfiar de una

aplicación del principio de oportunidad tan sólo en clave jurídica, ya que fácilmente se introducen criterios muy habituales en el ámbito penal adulto. Así, por ejemplo, se tiende a poner como condición el que no se haya delinquirido antes, o el que no se emplee violencia, para determinados delitos. Desde el punto de vista de la responsabilidad de los adolescentes y jóvenes esos criterios pocas veces son válidos. Responden más bien a ideas de política criminal y de atención a las reacciones de la opinión pública.

Probablemente la peor manera de frenar una carrera criminal juvenil es endurecer progresivamente las sanciones e incrementar la acción judicial inutilizando los recursos de su propio entorno. Un adolescente internado por otra sanción no hay razón para que no pueda resolver un nuevo conflicto legal por la vía de la mediación extrajudicial. Una medida que probablemente servirá mucho más para su responsabilidad que incrementar en algunos meses el internamiento. Igualmente puede pasar con la expresión legal «que no haya empleado violencia», cuyo significado en este ámbito puede ser muy diferente. La mejor manera de frenar algunos actos de vandalismo destructor no son los castigos desjudicializados sino el trabajo en beneficio de la comunidad afectada, a partir de mediadores de la propia comunidad.

Fiscales para el diálogo y la búsqueda de la respuesta idónea

Para los juristas uno de los importantes cambios que la ley establece consiste en atri-

¹⁰ FUNES, J. y BAJET, J. “La nueva Ley de Menores. Diez preguntas de un psicólogo ingenuo preocupado por la comunidad”. En *Intervención psicosocial*, Nº 3. Colegio Oficial de Psicólogos. Madrid, 1992.

buir al fiscal y no al juez las primeras respuestas ante el caso que llega, así como la orientación del recorrido que a partir de aquel momento se seguirá. Para los profesionales de la conducta humana, de la educación o del trabajo social, la principal novedad es que formalmente las primeras decisiones deberán tomarse tras el contraste con sus opiniones y análisis.

«Desde el momento en que pueda resultar la imputación al menor de un hecho... el Fiscal requerirá del equipo técnico la elaboración de un informe...» Así comienza el apartado 4º del artículo 2.2 de la Ley. Se considera así la necesidad de la presencia de un grupo de profesionales para informar desde del inicio al fiscal, no para informar al final al juez.

Desde la perspectiva de nuestro análisis ese artículo y otros tienen una redacción inapropiada, derivada en gran parte de modelos de referencia basados en los equipos de técnicos periciales forenses que actúan ante algunos juzgados. La expresión «informe» y no la de «información» puede ser interpretada como la obligatoriedad de explorar al menor y hacer diagnósticos y pronósticos. La expresión «equipo técnico», dificulta la idea del aprovechamiento de profesionales de otros equipos que pueden conocer al menor, que pueden informar más adecuadamente.

Unos fiscales habituados a la práctica clínica, al diagnóstico psicopatológico o a la práctica pericial forense, pueden conducir a una perversión total de la ley. A nuestro parecer, la manera razonable de salvar las lagunas y contradicciones consiste en ubicar a los profesionales de los

equipos como consultores, como asesores para la toma de decisiones, como parte de contraste que discute inicialmente con el fiscal la manera más adecuada de reaccionar y responder ante la transgresión de aquel adolescente, cuya denuncia ha llegado al Juzgado.

Se trata de construir equipos cohesionados, ágiles en la búsqueda de información social y educativa relevante, generadores de un proceso de apoyo a la toma de decisiones. Decisiones que tienen que ver con la conveniencia o no de continuar actuando, con la apreciación de si ya se actúa adecuadamente, con la toma de medidas cautelares, con el sopesar los intereses y las vivencias del menor ante el tinglado adulto en el que se encuentra inmerso, con la comprensión por el menor de la pena que puede serle impuesta, etc. La ley configura una especie de recorrido de orientación en el que siempre ha de optarse entre uno o varios caminos, teniendo en cuenta los criterios del técnico del equipo correspondiente. El asunto puede ser resuelto de manera alternativa en diferentes momentos procesales y en todos y cada uno de ellos la información puede condicionar la alternativa elegida.

Para que la Ley resulte razonablemente aplicada habrá que recordar que no se están haciendo informes para el tratamiento, ni pericias para apreciar la imputabilidad. Todos los intervinientes han de situarse ante el objetivo básico común: dilucidar cómo se responsabilizará adecuadamente al menor de sus actos. O dicho de otra manera: qué respuesta será adecuada para responsabilizarlo (para que tome conciencia mediante la respuesta). Después, no

puede olvidarse la obligación de evaluar hasta qué punto actuaciones pueden resultar negativas para el menor, así como el servir de puente para que los verdaderos problemas y necesidades –si es que existen– sean atendidos por otras instancias más normalizadas que las de la justicia.

Construyamos la mediación, pensando en la comunidad

No es este el lugar para que podamos debatir a fondo el sentido de la mediación dentro del sistema penal, así como las diferentes maneras de entenderla que existen. En cualquier caso, el conjunto de acciones que pueden englobarse bajo el título de mediación¹¹ representan una de las maneras más idóneas de responder positivamente a las conductas disociales de los adolescentes y jóvenes. Se trata de una forma de reacción que tiene presente de manera central todo lo que hasta ahora he señalado en torno a la responsabilización, a la provisionalidad de las conductas y a la consideración de la víctima.

De todas las consideraciones posibles quisiera destacar dos que deben distinguir la mediación en el espacio juvenil de la que hoy por hoy comienza a producirse en el sistema adulto. En primer lugar, no debe estar presidida por criterios retribucionistas. El objetivo principal no es la compensación material y direc-

ta de la víctima sino el descubrimiento por parte del joven de los efectos de su conducta y de sus razones, vivencias y puntos de vista como algo a comprender y considerar. A su vez la víctima, a menudo del propio entorno del joven y con frecuencia colectiva, puede adquirir con la práctica de la mediación un conocimiento diferente de la realidad de los jóvenes y de sus puntos de vista vitales, aunque sean discutibles. No se trata de ningún perdón judicial de la sanción porque la víctima ya se ha resarcido. Se trata principalmente de que infractores y afectados descubran la entidad de sus conflictos y acepten como más positivas las vías no penales de resolverlos.

En segundo lugar –en contra de lo que suelen decir hasta ahora los borradores conocidos de la ley penal juvenil–, no debe considerarse que se trata de una respuesta a dar sólo cuando los delitos cometidos son menos graves. Ya he advertido sobre la dificultad de medir las conductas juveniles tan sólo con la vara de la gravedad penal. La respuesta responsabilizadora que se obtiene con la mediación es enormemente útil para la inmensa mayoría de transgresiones. Tan sólo hemos de excluirla cuando sería enormemente difícil y costoso para la víctima, o cuando no se ha conseguido situar al transgresor en condiciones de asumir su actuación y sus efectos. Las restricciones en la mediación tan sólo han de venir de la propia inviabilidad de su realización. Con frecuencia da la impresión de que no se acepta ante la gravedad de algunos delitos, no porque no sea útil y positiva, sino porque no podemos permitir que los infractores dejen de padecer y ser castigados,

¹¹ Bajo el título de mediación englobamos acciones como: conciliación, reparación directa o indirecta, servicios en beneficio de la comunidad acordados prejudicialmente. La explicación de estas actuaciones puede encontrarse en el texto *Mediación y Justicia Juvenil*.

De la misma manera, no es correcto negar que pueda aplicarse cuando el adolescente o joven es reincidente, especialmente si se trata de transgresiones diferentes, producidas en otros contextos y situaciones. He de repetir que la cuestión fundamental a valorar es si resulta útil para introducir elementos de responsabilización, a la vez que reducimos el impacto de la judicialización. Sólo cuando hay reiteración en el mismo tipo de delito es cuando debemos pensar que probablemente el tipo de respuesta dado no es correcto y hay que buscar otra. Por ejemplo, decía en el párrafo anterior, adolescentes a los que se ha aplicado una medida de internamiento porque esa era la que pareció más adecuada, son susceptibles perfectamente de intentar un programa de mediación si vuelven a cometer un nuevo delito. El educador que lo atiende en el centro contará así como un nuevo instrumento de trabajo educativo.

También es importante recordar que el conjunto de actuaciones que englobamos en la idea de mediación sólo tiene sentido en clave comunitaria. Ha de servir para que la comunidad modifique sus visiones sobre las conductas delictivas de los adolescentes y jóvenes y construya procesos de tolerancia que eviten la radicalización y conflictualización a partir del proceso de reacción en espiral, en el cual el joven acaba justificando su conducta a partir de la reacción y repulsa desproporcionadas que recibe. Por último, la mediación tiene mucho que ver con el territorio cercano, con el barrio, con el municipio, por lo que es el espacio local donde debe desarrollarse. Ha de tener que ver con otras instancias para la mediación en los conflictos

comunitarios, con los programas y recursos para atender a los adolescentes, con los servicios en los que pueden colaborar para que descubran cómo afecta su conducta a la comunidad.

Del seguimiento y acompañamiento próximos a la red única de recursos residenciales

La ausencia de un discurso propio del sistema penal juvenil y la consiguiente tendencia al mimetismo del sistema adulto, hacen que las medidas que se proponen —aún considerándolas educativas— tengan la consideración de penas a cumplir. La idea de cumplimiento predomina por encima de la acción que ayuda a modificar la conducta. En ese contexto, se tiende con facilidad a pensar que los espacios, los profesionales y las propias acciones que contemplan las medidas son especiales y específicas de la Justicia. Así, los centros de menores son centros de cumplimiento y los que atienden al adolescente en su propio territorio son delegados del tribunal.

En mi opinión, tan sólo hay dos situaciones o dos figuras que deben ser específicas y claramente definidas como diferentes, mientras todas las otras intervenciones que puedan diseñarse para atender a las infracciones de los adolescentes y jóvenes han de hacerse a partir del conjunto de recursos normalizados que debe tener una comunidad para atenderlos. Estas dos excepciones son, por un lado, los centros cerrados o prisiones juveniles y, por otro, algunos profesionales delegados por el sistema judicial (fiscales y jueces) para mediar entre los recursos normalizados y el juzgado. En el pri-

mer caso se trata de dejar claro que por simples criterios educativos no se puede privar de libertad. En el segundo se trata de poder disponer de profesionales puente, en los casos necesarios, que eviten contaminar con criterios penales las atenciones terapéuticas y educativas (abandonar una comunidad terapéutica, por ejemplo, tiene que seguir siendo algo que pueda decidir el terapeuta, sin la presión directa de criterios judiciales).

Resumo brevemente esta idea para volver a destacar que, por un lado, lo que hay que desarrollar e impulsar son sistemas de observación, seguimiento, acompañamiento de los adolescentes y jóvenes en su propio medio. Todo eso tiene que ver con profesionales y servicios de la atención en medio abierto, de la atención en el propio territorio. Son esos recursos los que, en todo caso se utilizarán para intentar resolver la atención a los chicos y chicas transgresores de la forma prejudicial que hemos descrito o a partir de las indicaciones derivadas de la intervención judicial. Así, incluso gran parte de las propuestas educativas que pueda comportar, por ejemplo una libertad vigilada, serán aplicadas por educadores de medio abierto, modificando o ampliando actuaciones que ya realizaban o aprovechando la reacción penal para conectar con el adolescente y su grupo.

En el otro extremo, tampoco creo que sea especialmente necesario que existan centros (espacios residenciales) sólo y exclusivamente para los transgresores. El espacio residencial, pensando como medida educativa, no se divide (al margen del cerrado) en función del grado de libertad que concede sino en función de qué se

hace en él, el contexto social en el que está inscrito, etc. La propia inclusión del acogimiento familiar entre las medidas posibles indica que cuando se recurre al internamiento es porque necesitamos ubicar al chico o a la chica en un lugar diferente de su domicilio, bien sea porque este no existe, porque no existe en él posibilidad educativa positiva o la familia está desbordada, o porque conviene alejarlo una temporada del entorno familiar y social en el que vive. Además, la mayor parte de los internamientos que se dan en la justicia de menores siguen afectando a los que por crecer y vivir en un contexto de necesidades carecen de condiciones mínimas para realizar su transición a la vida adulta en unas condiciones mínimamente positivas.

Disponer de recursos residenciales diversificados para los que crecen y viven en condiciones de desamparo y, a la vez, disponer de la misma diversidad de recursos para los que —desamparados, confusos o en medio de una adolescencia errática— transgreden las leyes, resulta imposible y contradictorio. Es necesario despojar al máximo de aspectos sancionadores a la medida de internamiento (reservándolos en todo caso para el internamiento cerrado o reclusión) y evitar los elementos de castigo que tienden a aplicarse a los adolescentes desamparados que se situan fuera de control. Después hay que ir a un diseño único y pluriforme de recursos residenciales en los que podamos contar con una diversidad que vaya desde el centro rural a la fonda protegida, pasando por el hogar familiar juvenil.

Una última nota

Acabaré señalando dos breves ideas. La primera sería recordar que no es fácil inventarse castigos, por lo que antes de ponerlos en las leyes se ha de pensar para qué sirven y, si es el caso, que alguien trabaje para darles contenido responsabilizador. Un ejemplo típico de la inutilidad es la actual medida de privación de conducir vehículos a motor, dado que los adolescentes no pueden conducir ni motos ni coches y no es viable ni controlable un registro de penados para no llevar ciclomotores. El ejemplo de la medida contraproducente lo constituye el arresto de fin de semana. Cumplido en cuartelillos es negativo, cumplido en centro es inútil y problemático y distorsiona totalmente la vida de estos. (Su formulación más razonable debería ser, por ejemplo, «actividades en beneficio de la comunidad a realizar en fin de semana»). Junto a estos dos ejemplos convendría reflexionar para dar contenido a la amonestación y su rentabilidad para seguir trabajando educativamente.

La segunda idea tiene que ver con la observación, el análisis y la evaluación. La implantación de cualquier ley penal juvenil ha de ir acompañada de un proceso de seguimiento que permita comprobar la población a la que afecta, el impacto que produce y el ensayo de las diversas formas de aplicación que son posibles. La realidad de los adolescentes y jóvenes es enormemente dinámica y sus transgresiones igual, por lo que conviene preguntarse periódicamente si las respuestas que damos son más o menos útiles, más o menos contraproducentes.

Ponencias del 1er Congreso Nacional de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos 4 y 5 de Noviembre de 1999

•Resolución alternativa de conflictos a la luz de la
Convención Internacional sobre los Derechos del Niño•

MARÍA LAURA DURANDEAU

•Alternativas a la pena en el Derecho Penal de adolescentes.
Panorama de la política criminal comparada•

JAIME COUSO SALAS

•La justicia penal consensuada en el nuevo
Código de Procedimiento Penal•

JEAN PIERRE MATUS

•Conciliación ¿Medio eficaz para poner fin al litigio?•

JULIO SALAS VIVALDI

•Resolución Alternativa de Conflictos en el área familiar•

ALEJANDRO ABARCA DÍAZ

•Elementos de un método de educación para la paz y resolución de
conflictos para la infancia y juventud en vulnerabilidad de sus
derechos•

LUIS CÁRDENAS VÁZQUEZ

•La resolución no violenta de conflictos como instrumento en la
prevención de drogas•

FERNANDO ALIAGA ROJAS

•Una reflexión en mediación familiar•

JACQUELINE CAÑETE RODRÍGUEZ

«RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS A LA LUZ DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO»

María Laura Durandau



El tema que se desarrollará en esta exposición es la articulación del instituto de resolución alternativa de conflictos con un sistema de justicia juvenil, compatible con un Estado de Derecho, en el marco del modelo de protección integral consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

El plan a seguir debe consistir en analizar distintos elementos: en primer lugar, el rol de la justicia penal en un Estado de Derecho, luego, un sistema de justicia juvenil a la luz del modelo de protección integral de los derechos del niño y en tercer lugar, la resolución alternativa de conflictos.

I. La concepción del Derecho Penal en el Estado de Derecho. El Derecho Penal de mínima intervención

Al estudiar la fundamentación del ejercicio del ius puniendi del Estado, y al revisar las teorías tanto retribucionistas, utilitaristas como también abolicionistas, se valora la teoría del garantismo penal, o de mínima intervención.

Este modelo implica una nueva forma de concebir el ejercicio del ius puniendi del Estado. Se entiende que este derecho que tiene el Estado a aplicar una pena es violencia que se ejerce en forma legítima. En la teoría del garantismo penal, este derecho es ejercido por el Estado en forma acortada y en función del grado de violencia que genera el delito en la sociedad. Limita así al Estado en la cantidad de violencia con que puede en consecuencia reaccionar en el ejercicio de este derecho. Se debe entonces también valorar cómo la sociedad puede responder si el Estado no ejerce este ius puniendi. Así, la mínima intervención del Estado, en su cantidad y en su especie, se desprende de la necesidad de ejercer este derecho a aplicar pena en forma legítima y en relación con la violencia mayor que su no intervención puede generar por parte de la sociedad, a los fines de la solución del conflicto.

Significa entonces que todas aquellas conductas que no representan graves infracciones a las personas o a los bienes, deben quedar fuera del sistema judicial penal, y pueden ser resueltas por otras formas de solución de conflictos. Se presenta así la posibilidad de dar una respuesta menos violenta por parte tanto del Estado como de las partes.

Su fundamentación filosófica y política es expuesta por Luigi Ferrajoli, que en su libro

María Laura Durandau es abogada UBA. Miembro del Centro de Estudios Legales de Infancia y Juventud (CELIJ)/INECIP, Buenos Aires, Argentina.

«*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», propone una reformulación del modelo «garantista» penal actual. Esta reformulación, explica, se debe a la crisis por la cual atraviesa el modelo de justicia actual, tanto por la ilegitimidad e injusticias provocadas como por la inadecuación del modelo o por las lesiones a las garantías individuales que ocurren.

Luego de un exhaustivo estudio, primero epistemológico y luego axiológico del derecho penal, llega Ferrajoli a una teoría de un garantismo penal efectivo, sin dejar de lado en ningún momento los conceptos de Estado de Derecho, Democracia, Derechos Fundamentales, Libertad, Igualdad y Garantías jurídicas.

Al concluir la obra, y luego de revisar los conceptos de democracia formal y democracia sustancial, Ferrajoli expresa:

«...No sólo la democracia garantiza las luchas por los derechos, sino que éstas garantizan a su vez la democracia: una ofrece a las otras los espacios y los instrumentos jurídicos, que son esencialmente los derechos de libertad, y las otras aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de una tutela efectiva y alimentan su desarrollo y su realización. A contrario, una confirmación de ello es la intolerancia frente a toda forma de conflicto y la consiguiente ineffectividad de los derechos fundamentales en los regímenes totalitarios: allí donde el estado se asume como expresión orgánica de la sociedad y directo depositario de fines y valores, es claro

que no podrá dejar de excluir los antagonismos políticos y sociales y las consiguientes transformaciones como otros tantos valores y atentados contra su existencia.

...Es claro que las libertades, incluso cuando se ejercitan individualmente, equivalen siempre a formas de contrapoder. Pero sólo cuando se ejercen colectivamente dan vida a contrapoderes sociales basados en la directa e igual participación de sus titulares y, por ello, dotados de fuerza de presión, negociación y control en condiciones no sólo de orientar a los poderes institucionales hacia la satisfacción de los derechos reivindicados, sino también de impedir sus degeneraciones autoritarias. Sin semejante fuerza social externa al sistema político, ningún poder institucional puede permanecer, a largo plazo, a salvo de tentaciones y degeneraciones autoritarias. Por más perfeccionadas que estén, las formas de la democracia representativa y del estado de derecho son impotentes por sí solas para vincular a los poderes públicos y privados y para impedir que éstos – mediante rupturas manifiestas o regresiones latentes – se acumulen en formas absolutas y se hagan permeables a las necesidades y a los correspondientes derechos»²

Vemos aquí una serie de conceptos que se articulan en esta nueva teoría del garantismo penal, que son un Estado de Derecho respetuoso de los derechos fundamentales, con sus poderes institucionales afines, una democracia representativa que se identifica con la puesta en

¹ Ferrajoli, Luigi *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed, Trotta, Madrid, 1998, 2da. Edición. .

² Idem. Ant. Pág. 946/948.

marcha de la efectividad de estos derechos por parte de los poderes políticos, y una democracia sustancial, equivalente a la efectiva participación de los ciudadanos «dotados en fuerza de presión, negociación y control».

Dentro del modelo de justicia penal de mínima intervención, se observa la clara presencia de los ciudadanos ejerciendo un rol más activo que el acostumbrado dentro de las instituciones políticas constituidas para que se configure un Estado de Derecho. Es esta «democracia sustancial» la que permite la introducción del nuevo instituto de la resolución alternativa de conflictos, la actividad directa de las personas en solucionar sus conflictos en el marco de ciertas pautas que hacen legítima su resolución.

II. La nueva justicia juvenil en el modelo de protección integral de los derechos del niño

El modelo de protección integral de los derechos del niño surge con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño,¹ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.²

¹ En adelante la CIDN o Convención, la cual entró en vigencia para el derecho internacional el 2 de septiembre de 1990, de acuerdo al procedimiento establecido en su artículo 49.

² Los antecedentes directos de la Convención en cuanto a instrumentos o acuerdos internacionales en relación con el reconocimiento de los Derechos de la Infancia son, históricamente: a) la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño, instrumento de la Sociedad de las Naciones, del 28 de febrero de 1924; b) la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño, de la Asamblea

La ratificación de la CIDN por casi la mayoría de los países es un instrumento vinculante para aquellos estados que se comprometieron legalmente a su cumplimiento. A su vez, otros instrumentos internacionales integran este modelo, de carácter más específico. Su obligatoriedad se desprende al ser la expresión de la comunidad mundial, por lo que se debe estar a su aplicación al momento de interpretar los tratados y los diseños de las políticas de los estados. La costumbre internacional de su aplicación, por otra parte, los convertirán también en instrumentos vinculantes.³ Estos instrumentos son:

1) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, llamadas Reglas de Beijing;⁴

2) Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad;⁵

3) Las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, o Directrices de Riad.⁶

General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1959; c) y el Año Internacional del Niño en 1979, declarado por la Comisión Internacional sobre los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

³ Cfr. BELOFF, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en ABRIEGLUM-COURTIS, C., compiladores, *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, CEIS (Centro de Estudios Legales y Sociales), Editores del Puerto, Bs. As., 1997.

⁴ Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 29 de noviembre de 1985.

⁵ Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 2 de abril de 1991.

⁶ Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1990.

La Convención, como instrumento internacional de derechos humanos, si bien es el último en reconocer estos derechos a los niños, niñas y adolescentes luego de los diferentes pactos internacionales que han positivizado los derechos de los hombres en general y de grupos en particular, en su art. 41 abre la puerta a la aplicación de «todas las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño». Recoge así los derechos de los ciudadanos que se fueron reconociendo y garantizando a través de los instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el caso de Latinoamérica, se complementan a su vez con la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que crea instancias supranacionales: la Comisión Internacional de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención sólo puede ser pensada como instrumento de cambio en la forma de concebir la infancia y sus derechos en un Estado Democrático, en el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, no como mera fórmula conceptual, sino como en una verdadera introducción de reconocimiento y ejercicio efectivo de sus derechos y una participación activa de éstos en la vida ciudadana.

Básicamente, para aquellos países que han ido adecuando su legislación interna a la CIDN, significa pasar de un modelo anterior de «situación irregular» que definía a los ‘menores’ como objeto de tutela-compasión-represión, a la co-

nocida doctrina o modelo de la «protección integral» de los derechos del ‘niño’ como sujeto pleno de derechos.

Las principales características del modelo de protección integral de los derechos del niño son los siguientes:⁹

- la promoción y defensa de los derechos de este sector de la población a fin de que estos no ingresen en el sistema penal;
- el deber de la familia, la comunidad y/o el Estado de reestablecer el ejercicio efectivo de un derecho que se encuentre amenazado o violado a través de mecanismos o procedimientos tanto administrativos como judiciales;
- la distinción de las funciones y competencias de las políticas sociales de la política criminal; se establece la descentralización y regionalización/municipalización para la promoción y defensa de los derechos de la infancia, organizados a partir de la responsabilidad del Estado y la sociedad civil conjuntamente;
- se abandona la noción de «menores» como sujetos definidos de manera negativa por lo que no tienen, les falta, no saben o no son capaces, y se los define como sujetos plenos de derechos;
- se desjudicializan las cuestiones relacionadas a la falta o carencia de recursos materiales, como así se desjudicializan, en lo posible, ciertas conductas en el ámbito penal;

⁹ Cfr. BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en *Infancia, Ley y Democracia*. (GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary, comps, Ed. TEMIS De Palma, Bogotá Buenos Aires, 1998),

- las medidas de protección en caso que el derecho de un niño se encuentre amenazado no significan restricción de derechos ni privación de su libertad;

- reconoce a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales en caso de ser sospechados en la comisión de un delito;

- la comisión de un delito, comprobado a través de un sistema de responsabilidad juvenil, tiene como consecuencia jurídica un catálogo de sanciones, que van desde la amonestación al régimen de semilibertad o internamiento;

- la privación de libertad es una medida que se aplicará de ultima ratio, por el tiempo más breve y siempre determinado, configurándose entonces la privación de libertad como lo alternativo y las demás sanciones como las principales.

Desde este modelo, sólo es posible construir un sistema de responsabilidad penal juvenil basado en los principios del derecho penal mínimo.

El modelo de la protección integral de los derechos del niño se enfrenta a la forma de intervención estatal en el modelo de la «situación irregular», en donde el niño era un incapaz, absoluto o relativo, de ser responsable de sus acciones, por lo que se habilitaba la intervención del Estado en su carácter más agresivo para ser juez y parte de un conflicto determinado. En el modelo de la «situación irregular», el Estado actuaba coactivamente¹⁰ en la vida de los niños «abandonados o en peligro

moral o material» y de aquellos que hubiesen infringido la ley penal, y más específicamente en aquellos infractores que se encontraban abandonados o en peligro moral o material». Su intervención coactiva se daba en la vida de aquellos niños que tenían sus derechos violados por parte del Estado al no hacerseles efectivos a través de las políticas públicas correspondientes. Es decir, ante la irresponsabilidad del Estado de efectivizar los derechos de los niños, los declara a estos también irresponsables, e interviene coactivamente en sus vidas, en flagrante violación de las garantías sustanciales y procesales de las que son titulares en un Estado de Derecho.

El modelo de protección integral posee una lógica distinta. No sólo se responsabiliza al Estado, sino también a la comunidad y a la familia a fin de reconocer, proteger y efectivizar los derechos de los niños. Estos, a su vez, son responsables de sus acciones cuando infringen una ley penal, y gozan de todas las garantías sustanciales y procesales que se reconocen a los adultos en un Estado de Derecho, más un plus de derechos que se les otorga por su condición de niños.

En relación con los jóvenes que infringen una ley penal, la Convención establece un sistema de responsabilidad penal juvenil, que abarca desde la desjudicialización de ciertas conductas que importan un tipo penal, un proceso respetuoso de las garantías de un Estado de

¹⁰ Cuando se habla de forma coactiva se vuelve a la idea de la violación de las garantías constitucionales de los niños por parte de este poder político, aun cuando se pregone la "protección del menor".

Derecho para aquellos que son sometidos a juicio, la declaración de responsabilidad penal del joven, hasta la aplicación de un catálogo de sanciones. Dentro de esta secuencia, la inserción de la resolución alternativa de conflictos se manifiesta en diversos momentos del proceso judicial.

III. El sistema de responsabilidad penal juvenil y la resolución alternativa de conflictos

Corresponde ahora, conocido el sistema de responsabilidad penal juvenil que surge del modelo de protección integral, analizar cómo se inserta el instituto de la resolución alternativa de conflictos.

La CIDN reconoce a los niños como sujetos de derechos. Esto significa, como expone García Mendez en «*Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de justicia*»¹¹, darle al niño el reconocimiento de su status de ciudadano, capaz de participar en las decisiones que se toman a su respecto, como titular de sus derechos. El art. 12 de la Convención recoge este concepto como el «derecho a ser oído» en todas las instancias administrativas y judiciales. Y si se entiende que el poder judicial es un

poder político¹², este sujeto pleno de derechos debe ser oído en todo ámbito de poder político.

Alessandro Baratta realiza una interpretación del art. 12 en *Infancia y democracia*¹³, en relación al alcance que debe tener este derecho.

En primer término, analiza el supuesto contrato social existente entre los que conforman un Estado, la relación democrática que se produce entre sus sujetos activos, y explica que esta relación puede ser tanto social como política. Así, la relación social corresponde a la que se establece en las instituciones de la sociedad civil, mientras que la relación es política cuando se realiza con los poderes políticos del Estado.

Desarrolla entonces el debate sobre el rol del niño en su relación política. Esto se debe a que la figura jurídica que representa a quien se relaciona «políticamente» con el Estado, es la del ciudadano. Como bien lo remarca Baratta, y dentro de una visión restrictiva de la ciudadanía, «...En su forma integral ella presupone la vigencia, de derecho y de hecho, de principios y normas constitucionales propias del estado social y democrático de derecho, y la titularidad de todos los derechos fundamentales que caracteriza esta forma de Estado, incluyendo aquellos políticos y de participación

¹¹ En *Infancia, Ley y Democracia* (GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary, comps, Ed. TEMIS De Palma, Bogotá Buenos Aires, 1998), García Mendez, pag.25, manifiesta categóricamente: "...La Convención no es sólo una Carta Magna de los derechos humanos de la infancia-adolescencia; es, además, la base jurídica concreta para refundar un concepto de ciudadanía más acorde con los tiempos".

¹² Ferrajoli, en *Derecho y Razón...*, ob. op. cit. hace hincapié en esta concepción del poder judicial como parte del poder político.

¹³ En GARCÍA MENDEZ-BELOFF, comps., *Infancia, ley y democracia...*, ob. Op. Cit., pags. 31 y ssigtes.

política».¹⁴ Expresa además que la democracia política no puede llevarse a cabo sin la efectivización de la democracia social.

El conflicto se presenta cuando ocurre que ciertos grupos de sujetos, como ser los niños, niñas y adolescentes, no poseen el pleno ejercicio de los derechos políticos, y se menosca-ba su status de ciudadano.

Así, al interpretarse restrictivamente el art. 12 de la CIDN, este derecho (que se complementa con otros de la Convención) que comprende el derecho a que el niño forme un propio juicio, a que exprese su opinión, y a que sea escuchado, se verá limitado por las fórmulas «en función de la edad y madurez del niño» y en «todo procedimiento judicial y administrativo».

Solamente se podrá hacer efectivo este derecho, y para erradicar definitivamente al paternalismo que implica el modelo de la «situación irregular», si se interpreta este artículo de forma globalizada, para lo cual la efectivización de los derechos está condicionada por la participación y ejercicio de los derechos políticos.

Por ello, y en primer lugar corresponde que los niños, niñas y adolescentes tengan una participación activa en la democracia social,¹⁵ esto es, en las relaciones con las instituciones civiles de la sociedad, reafirmando el status de ciudadano, para abrir paso a la participación activa también en la democracia política.

De esta forma, se debería interpretar el derecho a la expresión del niño en todo «procedimiento administrativo» en un sentido extenso, que abarque las relaciones tanto formales como informales que se produzcan entre un adulto-ciudadano y un niño-ciudadano.

A su vez, se establece en la CIDN la obligación de los Estados de poner en práctica estos derechos reconocidos en este instrumento legal, y obliga a que los mismos se efectivicen no sólo a nivel nacional, sino también a nivel regional y comunitario. Así se debe interpretar: el rol de la democracia sustancial: la necesidad de los ciudadanos en ejercer un contrapoder frente a los representantes de la democracia sustantiva en la toma de decisiones (basándonos en las palabras ya mencionadas por Ferrajoli) y su participación «frente a toda forma de conflicto».

Por ello, se concluye que la decisión de incorporar las formas alternativas a la resolución de los conflictos en la justicia juvenil se desprende de una interpretación armoniosa de la Convención, (el status de ciudadano y sujeto de derechos que ésta le reconoce a los niños, niñas y adolescentes y el Derecho Penal de mínima intervención). Los niños son sujetos plenos de derechos, capaces de participar de la democracia directa o democracia social. Ésta supone la participación de los ciudadanos en la resolución de sus conflictos al creer en la mínima intervención del Estado en el ejercicio coactivo de sus funciones. Se obliga entonces a encontrar «alternativas a la resolución de los conflictos».

¿Cuál es el rol de los niños (y debería ser de todos los restantes ciudadanos) en esta lógica

¹⁴ Ob. Ant. Cit. Pág. 42.

¹⁵ Por democracia social se entiende la efectivización de la participación del ciudadano en las instituciones de la sociedad civil.

de participación de una democracia directa? Los niños tienen el derecho a hacer goce de sus derechos económicos, sociales y culturales, de participar en toda cuestión que los atañe, desde la conducción de sus intereses en la escuela, el barrio, su municipio, etc. A su vez, se los reconoce capaces de cierta responsabilidad y, estipulada una edad, de una responsabilidad penal al cometer infracciones a la ley penal.

Es obvio que esta participación puede estar limitada al pleno ejercicio directo de los niños en una forma de democracia representativa (el conocido tener voz pero no voto), pero no significa que por ello no tengan ni voz ni voto. Por otra parte, esta limitación en el ejercicio de sus derechos no es absoluta. Cada Estado establece ciertas pautas de valoración y de efectivo ejercicio, pero, toda vez que el niño tiene el derecho a ser oído, y que la Convención establece como principio fundamental el «interés superior del niño», la voz del niño y su «interés superior» deben ser interpretados armoniosamente y siempre con el fin de la máxima satisfacción de todos sus derechos. Concluye entonces que la voluntad de este niño-ciudadano, no es meramente escuchada, sino que debe ser efectivizada.

Pero a su vez, existe un mandato del Derecho Internacional expresado en medidas procesales y sustantivas que obliga a los Estados ratificantes a insertar esta forma de resolver conflictos en donde los jóvenes son procesados por la comisión de un delito, de manera alternativa al uso de la violencia que genera una sanción, especialmente las privativas de libertad.

Es importante señalar esta distinción entre medidas procesales y sustantivas, toda vez que esta resolución alternativa del conflicto puede producirse antes de la judicialización del conflicto, antes del proceso o del juicio que declare la responsabilidad penal del joven, lo que manifiesta el carácter sustantivo de esta resolución; o puede producirse con un carácter procesal, al establecerse la resolución alternativa como conciliación, o suspensión del juicio o pena, o como forma de sanción.

El Derecho Internacional establece entonces la resolución alternativa de conflictos en:

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño:

Art. 37: Los Estados Partes velarán porque:

b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. 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 posible.

Art. 40:

3) Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas... y en particular:...

b) Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4) Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orienta-

ción y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Regla mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing):

1. Orientaciones Fundamentales.

1.3 Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas correctas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad.

11. Remisión de Casos.

11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.

11.2. La Policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de

delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.

17. Principios rectores de la sentencia y resolución.

17.4 La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.

18. Pluralidad de medidas resolutorias.

18.1. Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) ordenes en materia de atención orientación y supervisión;
- b) libertad vigilada;
- c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad;
- d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
- e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;

h) otras órdenes pertinentes.

25. Movilización de voluntarios y otros servicios de carácter comunitario.

25.1 Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente comunitario y, en la forma en que ésta sea posible, en el seno de la unidad familiar.

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)

I. Principios Fundamentales:

5. Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. La política y las medidas de esa índole deberán incluir...

6. Deben desarrollarse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil, sobre todo si no se han creado todavía organismos oficiales. Sólo en último extremo ha de recurrir a organismos formales de control social.

III. Prevención general

9. Deberán formularse en todos los niveles del gobierno planes generales de prevención que entre otras cosas comprendan: (...)

f) participación de la comunidad mediante una amplia gama de servicios y programas;

g) estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales y de los servicios de ejecución de la ley en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil y los delitos de los jóvenes:

h) participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, incluida la utilización de los recursos comunitarios, y la aplicación de programas de autoayuda juvenil y asistencia a las víctimas;

VI. Legislación y administración de la justicia de menores.

58. Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargados de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.

La característica principal de la resolución alternativa de conflictos es el restablecimiento de la paz jurídica lesionada, a través de nuevos caminos para superar la comisión del hecho, una reconstrucción constructiva por parte del Estado y la sociedad frente al delito, en donde las partes intervinientes se confrontan y confrontan el conflicto. Así, y en base al modelo que se expuso sobre la protección integral, los jóvenes inmersos en un proceso judicial bien pueden intervenir, expresarse y ser oídos, en esta forma de resolución del conflicto.

Así, al presentarse la resolución alternativa de conflictos como un camino alternativo para superar la comisión de un hecho, manifestándose como una solución alternativa frente a la sanción penal, lleva implícita una minimización de la violencia por parte del Estado y una apropiación de los conflictos por parte de la sociedad. Esta sociedad entonces es capaz de analizar las relaciones que en ella se producen y las obligaciones que tanto ella como la familia y el Estado poseen y que surgen de la CIDN. Es decir, al introducirse la comunidad (a través de la víctima o a través de un grupo que facilite la conciliación o la reparación del daño), ésta se enfrentará no sólo con su responsabilidad en la resocialización del joven infractor sino también en su responsabilidad previa de hacer efectivos los derechos de la Infancia.

Indudablemente, cuando se piensa en resolución alternativa de conflictos, se piensa en un grado de respuesta de la comunidad menos violenta que la que podría resultar de un proceso contradictorio que finalizaría en una pena. Para ello, por el grado de vulnerabilidad de de-

rechos que significa un proceso penal, al formularse éste, se establecen una serie de garantías sustanciales y procesales que el imputado tiene frente al poder coercitivo del Estado.

Al hablar de resolución alternativas de conflictos en la Justicia Penal, el primer aspecto que se debe analizar es el respeto de las garantías del imputado en el proceso.

Comienza esta cuestión con una lesión a un bien jurídico, sigue con un proceso con garantías estipuladas, y finaliza con una compensación entre el autor y la víctima que va más allá de la regulación del daño y ofrece la posibilidad de rebajar las cargas emocionales de la víctima, y restituir la cosa a su estado anterior, en el caso que sea posible.

El punto más importante de tener en cuenta, al insertar este nuevo instituto en la justicia penal juvenil (y por supuesto no sólo juvenil), es el respeto a las garantías sustanciales que se consagran en las constituciones políticas de los países como en instrumentos internacionales, y que básicamente son:

- el principio de inocencia: siempre que se analiza la posibilidad de la inserción de la resolución alternativa de conflictos en un sistema de justicia respetuoso de las garantías del Estado de Derecho este principio es el más cuestionado. Esto sucede porque la resolución alternativa puede realizarse antes del juicio de responsabilidad (es decir, mientras que la persona es considerada inocente) o como forma alternativa de sanción (esto es, una vez que una sentencia quebró el estado de inocencia de la persona al encontrarlo responsable de un hecho que infringe la ley penal);

- el principio de defensa en juicio: lo cual no significa que solamente debe operar en los casos que la cuestión llegue a juicio, sino que la asistencia letrada debe serle garantizada en todo proceso, ya sea judicial o extrajudicial;

- el principio de legalidad: ya que si bien al hablar de resolución alternativa de conflictos se piensa en cierta «informalidad», esto no es lo debido, ya que este tipo de resolución también debe estar pautado y reglamentado;

- el principio de culpabilidad por el acto: respetándose los alcances del hecho generador, al establecerse la respuesta que conlleva la resolución del conflicto;

- el principio de humanidad: este es, quizá, el que primeramente pareciera mostrarse, ya que la resolución alternativa de conflictos se origina como forma menos generadora de violencia. Sin embargo, no se debe olvidar que la violencia que presupone reducir este instituto generada por parte del Estado, no puede ser apropiada por la sociedad, ya que volveríamos a los tiempos de la venganza privada o la justicia por mano propia.

La resolución alternativa de conflictos puede llevarse a cabo a través de procesos extrajudiciales, en los que se presenta mucho antes de la imposición de pena sobre la persona imputada (en algunos ordenamientos legales, no se llega a elevar a juicio el conflicto, o se procede a la suspensión del juicio, se realiza la conciliación, y una vez concluida la prestación del autor, y dependiendo de la regulación de cada caso, se extingue la pena), y en otros ejemplos normativos, la compensación entre las partes acompaña una atenuación de la pena. A

su vez, la posibilidad de que esta resolución alternativa se produzca puede estar condicionada por la legislación de cada Estado, en el grado de violencia que el conflicto signifique. Así, podrá condicionarse su implementación para ciertos delitos y otros no, o por el monto de pena que importe el delito que el conflicto configura.

Pero el punto más importante sigue siendo el relacionado con el principio de inocencia. En los casos de prescindirse la pena, muchas veces significa la declaración de culpabilidad sin declaración de pena. No se refiere esto al caso en que la reparación, como forma menos violenta, sea integrada al sistema de la pena, sino que ésta se produzca antes. Lo que esto refleja en sí es un juicio ético-político de disvalor del injusto cometido, y que se relaciona con los fundamentos de prevención general de la pena.

IV. Problemas sobre la intervención de los jóvenes en procesos de resolución alternativa de conflictos

Son muchas las críticas cuando se habla de resolución alternativa de conflictos en la justicia, en relación con las negociaciones entre las partes y, específicamente en la justicia penal, entre autor y víctima.¹⁶

Primeramente, la parte más vulnerable está menos capacitada para recibir y analizar infor-

¹⁶ Sobre este punto, confrontar FISS, Owen M. *Contra el acuerdo extrajudicial*, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, abril de 1998, pags. 59/70

mación sobre el proceso conciliatorio o de resolución del conflicto, sus ventajas y desventajas con respecto a su posición. En segundo lugar, esta posición en desventaja está más condicionada a aceptar una conciliación, como forma de ver su derecho restablecido más rápidamente, y, como tercer punto, la parte más vulnerable puede verse forzada a acordar porque, de no hacerlo, se vería más desfavorecido por su condición humilde para enfrentar un proceso.

Esto en el derecho penal juvenil se puede ver claro, en el hecho que el joven, por sí, por edad o por experiencia, puede verse como parte más vulnerable y más probable de ser manipulada por las partes más fuertes del proceso.¹⁷ Cuando hablamos de manipulación, estamos hablando de la probabilidad que un joven sea conducido a resolver su conflicto en ausencia de un juicio contradictorio, y que, por las circunstancias del caso, de ser llevado a juicio, al mismo le corresponda una absolución. Bien se podría decir que para ello, el joven cuenta con una defensa técnica, pero hay que tener en cuenta tres aspectos importantes:

1) En la región latinoamericana, el porcentaje mayor de jóvenes cuyas conductas son perseguidas penalmente, proviene de sectores que viven en pobreza, o, como marcan algunas estadísticas, «de extrema pobreza». Significa esto que su defensa será asumida por el Ministerio

Público de la Defensa local que, por la cantidad de casos que llevan (producto directo de la cantidad de procesos criminales que se llevan contra personas de bajos o muy bajos recursos), esté más inducido a solucionar el conflicto sin que se llegue a juicio;

2) Prosiguiendo con las características de la región, y la difícil implementación de un sistema respetuoso de las garantías de los niños y jóvenes, algún sector todavía resistente al modelo de protección integral, puede malinterpretar el contenido de la resolución alternativa de conflictos, y utilizar cierta informalidad para imponerle al adolescente una medida correctora de su conducta, aún cuando en el proceso no se tengan las pruebas suficientes para lograr una formal acusación.¹⁸

3) El joven prefiere afrontar una resolución alternativa de conflictos antes que afrontar un proceso judicial que sentencie su absolución, ya que, por sus circunstancias personales, le será menos costoso y engorroso lo primero.

Otra crítica importante que se efectúa a este sistema, y que se refiere no sólo al ámbito de la justicia juvenil, sino al ordenamiento jurídico en general, es que lo que se logra no es un ideal de justicia, sino una aproximación de ella, y más precisamente una solución pacífica al conflicto que puede no presumirse como justa.

Para contestar a esta posición debemos retrotraernos a la idea del Derecho Penal mini-

¹⁷ Baratta hace referencia que en la lucha por los derechos de la infancia (y en comparación con la lucha por la reivindicación de derechos de otros grupos sociales), no es una lucha propia sino que depende de un discurso y del actuar de los adultos, en *Infancia, y Democracia*, GARCÍA MENDEZ-BELOFF (comps) ... ob.op. cit. pág. 45.

¹⁸ En algunos sistemas de justicia juvenil, los jóvenes pueden no estar privados de libertad mientras se les sigue el proceso penal, pero se les puede imponer alguna medida alternativa a este estado de detención que importan una asunción directa el hecho cometido, y que viola el principio de inocencia.

mo, y, en especial, nuevamente a la noción de democracia sustancial: si corresponde al Estado en todos sus representantes (ejecutivos, legislativos y judiciales) ser los poseedores de los ideales y valores de todos los ciudadanos o, si les corresponde a éstos una participación que vaya marcando los cambios sociales (tanto como políticos) y que éstos luego devenguen en cambios jurídicos.

Es claro que las posiciones encontradas en el sistema de resolución alternativa de conflictos son válidas, y que su inserción en la justicia juvenil no da respuestas al respecto (aún este instituto se inició en el Derecho Penal juvenil, quizá por ser más aceptada o tolerada por ciertos grupos que esta forma blanda de respuesta recaiga sobre los infractores de menor edad). Sin embargo, es de hacer notar, que las fallas de un sistema alternativo de resolución de conflictos se agravan cuando se tiene como parte a un sector vulnerado en sus derechos y más fácil de manipular, lo cual seguirá demostrando la falta de respeto al nuevo modelo de protección integral. Pero hay que recordar que, aquello que violenta las garantías en un modelo de protección integral de los derechos del niño tiene el mismo fundamento de la violación de las garantías en un modelo de «situación irregular»: carencia o falta de políticas públicas que efectivicen el goce de los derechos de la infancia, efectivo goce de los derechos económicos, sociales, culturales, etc.

V. Consideraciones finales

Hay varias consideraciones que efectuar en este nuevo tipo de resolución alternativa de los conflictos en el que participan los jóvenes en un sistema de justicia juvenil a la luz del modelo de protección integral de los derechos del niño.

Sin embargo, es oportuno señalar un ejemplo en la región latinoamericana que sirve para comprender cómo este sistema de resolución alternativa de conflictos puede ser interpretado en el marco de los derechos del niño. El ejemplo es El Salvador.

La Ley del Menor Infractor de la República de El Salvador, en su art. 5° establece entre las garantías fundamentales, «...k) a que se procure un arreglo conciliatorio.»

En su capítulo V, establece el Proceso Conciliatorio, el cual refiere: «Art. 59- Procedencia. Admiten conciliación todos los delitos o faltas, excepto los que afecten intereses difusos de la sociedad.»

Este amplio criterio en el que son posibles de Conciliación todas las infracciones que puedan cometer los jóvenes, puede sorprender al ver cómo ciertos delitos graves (muy poco probables de ser conciliados en países donde surge este instituto), son llevados a conciliación. La respuesta es simple: El Salvador vivió 12 años de conflicto interno que culminó con los Acuerdos de Paz de 1992, momento en que comienza la reconstrucción del Estado democrático, visualizándose la necesidad de bajar el grado de violencia que tanto tiempo sufrió.

Así, la Conciliación es una herramienta que los Fiscales de Menores tienen la obligación de

hacer prosperar (lo que en algunos casos importó un menoscabo a los derechos de la víctima), pero que se radicó como forma de resolver los conflictos que provenían de la conducta de los jóvenes.

Una estadística brindada por el Departamento del Menor Infractor de la Fiscalía General de la República de El Salvador (1997), marca que durante el año 1996, en la región central de San Salvador, de los 3.090 expedientes abiertos¹⁹ durante el año 1996, 231 expedientes no se promovieron por haber conciliado, es decir, un 22% de los casos se conciliaron antes de promover la acción.²⁰

Otra de las manifestaciones de la resolución alternativa de conflictos que se produjo en El Salvador, y que no comportó necesariamente la existencia de un caso procesal sino una anterior resolución del conflicto, fue un Acuerdo entre una comunidad, empresarios de una empresa de microómnibus y representantes de una pandilla juvenil. El mismo data del 13 de abril de 1997, y en él, los miembros de la comunidad, los empresarios de transportes y representantes de la pandilla (o Mara) Salvatrucha, se comprometieron a brindar un buen servicio de

transporte y a evitar robos a sus pasajeros. Más allá que el presente acuerdo se haya mantenido vigente hasta la fecha o no, lo cierto es que, en un lugar y momento determinado, las diferentes voces de la sociedad se reunieron a fin de discutir sobre un problema en concreto, y buscar una solución acorde a sus posibilidades. Y la sola presencia de uno frente al otro significa una atenuación de la carga violenta de cada grupo.²¹

Es importante además señalar que el grado de participación comunitaria se fue manifestando en todos los ámbitos de las relaciones sociales, existiendo dentro de la Policía Nacional Civil, experiencias piloto de policía comunitaria, en donde los ciudadanos poseen una comunicación importante con los miembros de la fuerza de seguridad.

En El Salvador, el sistema de justicia juvenil enfrenta las críticas de un amplio sector de la sociedad que lo responsabiliza de la violencia que es percibida por los ciudadanos. Sin embargo, esta violencia que parece incrementarse en la sociedad se puede comparar a la que se percibe en la mayoría de los países de la región, y que tiene como factor principal el grado de pobreza en que viven amplios sectores sociales.²²

En este punto, y para finalizar, es preciso explicar una premisa básica para la imple-

¹⁹ El porcentaje se deduce de aquellos expedientes que sí podrían haber llegado a juicio, ya que de los 3.090 expedientes mencionados 547 eran faltas, 1.160 no se promovieron por falta de mérito, 180 no se prosiguió por mayoría de edad y 172 no se promovieron por haberse renunciado a la acción.

²⁰ Estadística recolectada del Departamento del Menor Infractor de la Fiscalía General de la República de El Salvador de 1997, en RIVERA, Sneider "La Nueva Justicia Penal Juvenil. La experiencia de El Salvador", UNICEF/ PNUD/ FESPAD y otros, San Salvador, 2ª edición, 1999, pag. 78.

²¹ El mencionado ejemplo también se puede apreciar en RIVERA, Sneider *La Nueva Justicia...*, ob. Op. Cit.

²² También en RIVERA, Sneider *La Nueva Justicia...*, se puede observar el análisis de las condiciones sociales del sector que comportan los niños, niñas y adolescentes.

mentación de este nuevo instituto. Cualquier sistema de Resolución Alternativa de Conflictos, dentro del hilo de la Justicia Juvenil, sólo es posible si los niños y jóvenes que son los actores en este proceso, son titulares reales de los derechos que les reconoce la CIDN y las constituciones políticas de los países.

Así, sólo estará preparado para afrontar una conciliación o una reparación aquel cuyo (y en relación directa a lo expuesto en el punto anterior sobre los problemas de este instituto y a la participación del niño como ciudadano) grado de vulnerabilidad se encuentre tan disminuido, por la plena satisfacción de sus derechos, que pueda decidir libremente sobre la conveniencia o no de este proceso, que se encuentre apto para expresar sus decisiones y posiciones en la comunidad.

Así, se torna más que importante este «nue-

vo pacto de ciudadanía” que refiere García Méndez, en la participación directa de los jóvenes en la sociedad, y que debe ser ejercitada mucho antes que el joven se encuentre involucrado en un proceso penal. El niño y el joven, como sujetos plenos de derechos, deben ejercer, bajo la forma que cada Estado considere más conveniente, EN FORMA EFECTIVA, sus derechos y participar de la vida ciudadana en las diferentes relaciones sociales que van actuando.

Significa entonces que las políticas públicas que siempre se tomaron como meras directrices desarticuladas de la vida de los ciudadanos, se apliquen obligatoriamente en función de, no sólo el ejercicio de los derechos civiles, políticos, culturales y económicos de las personas, sino como garantía básica para la aplicación de los poderes coercitivos del Estado.

«ALTERNATIVAS A LA PENA EN EL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES. PANORAMA DE LA POLÍTICA CRIMINAL COMPARADA»*

Jaime Couso Salas**

Nota Introductoria.



a política criminal para hacer frente a la delincuencia juvenil está siendo objeto de una creciente discusión en medios políticos y académicos.

En cualquier debate equilibrado sobre la materia se asiste al reconocimiento de que a los adolescentes que cometen delitos se les debe imponer sanciones distintas de las del Derecho Penal común, por razones de justicia y de utilidad social.

Desde el punto de vista de la justicia, normas internacionales sobre derechos humanos de las personas menores de dieciocho años reconocen el derecho a una respuesta que evite los daños en el desarrollo de los adolescentes y que minimice al máximo los perjuicios que el sistema penal provoca en la integración social de estas personas¹.

Desde el punto de vista de la utilidad social, es ampliamente reconocido que la interven-

ción temprana del sistema penal sobre niños y adolescentes (aún cuando se la disfraza de "tutela" o "protección" de los menores), generalmente es un factor criminógeno y no uno preventivo. Es decir, de ella puede esperarse, en términos generales, un aumento y un agravamiento de la delincuencia, y no en cambio, una disminución de la misma.

Sin embargo, también parece estar fuera de discusión en el debate político-criminal contemporáneo, la necesidad de reaccionar de alguna forma frente a la delincuencia de los adolescentes, por lo menos frente a la más grave, por la cual adolescentes mayores de cierta edad deben responder de alguna forma.

En estas líneas me propongo ofrecer una perspectiva de las alternativas tenidas en cuenta para esta reacción, a partir de la legislación y el debate político criminal comparado, ofreciendo con ello un marco de referencia para la discusión sobre el papel de las penas y de las alternativas a la pena en el derecho penal juvenil.

* Este artículo es un extracto, adaptado para los fines de esta publicación, del trabajo del mismo autor "Notas acerca del debate político-criminal sobre las finalidades de las medidas en la justicia (penal) de adolescentes en Alemania, España, Estados Unidos, Inglaterra y Chile" (ver en la bibliografía, al final de este artículo). En ese trabajo podrá encontrarse un desarrollo más detallado sobre las cuestiones expuestas aquí.

** Jaime Couso S. es Abogado, Doctor en Derecho, Consultor de UNICEF

¹ Fundamentalmente, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada y promulgada por el Estado de Chile en 1990, constituyendo así la norma fundamental para toda política pública que afecte los derechos fundamentales de las personas menores de dieciocho años. Ver especialmente sus arts. 37 y 40.

Con todo, se trata de un marco de referencia que no está aislado ni parte de cero, sino que se ubica en el marco de la discusión del Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal, dado a conocer por el Ministerio de Justicia chileno en julio de 1998 (en adelante, “el Anteproyecto”).

Con ello, hay una serie de aspectos de la cuestión que se dan por resueltos: habrá un sistema de juzgamiento garantista de la responsabilidad de los adolescentes de entre catorce y dieciocho años, cuya consecuencia será la posibilidad jurídica de imposición de medidas (sanciones) diferentes (por de pronto, mucho menos violentas, cualitativa y/o cuantitativamente) de las penas aplicables a los adultos. ¿Cuáles medidas concretamente, con qué finalidades, y reguladas de acuerdo con qué principios?, es ya una discusión para la que este estudio pretende hacer un aporte, ofreciéndole parámetros conceptuales, ideas sobre qué hacen otras legislaciones con los adolescentes infractores, y cómo lo hacen; qué problemas se discuten y qué reformas se proponen en los países que han promulgado esas legislaciones.

Los países tenidos en cuenta son España, Alemania, Inglaterra, Estados Unidos y, por cierto, Chile. No se ofrece, en realidad, una revisión sistemática de la literatura sobre el tema en esos países, ni mucho menos, sino tan sólo de textos que dan cuenta de las líneas gruesas de ese debate.

En líneas generales, una primera constatación que emana de esa revisión es que en todos estos países se asiste a una revisión más

o menos profunda de las legislaciones que regulan la respuesta estatal a los hechos delictivos cometidos por niños y adolescentes.

El debate abarca una serie de cuestiones, alcanzando a la bases mismas del sistema, esto es, los objetivos que se propone el Estado y, en particular, la Administración de justicia juvenil, frente a los niños y adolescentes inculcados o condenados por la comisión de un delito.

Antes de abordar el debate sobre tales cuestiones, sin embargo, conviene recordar las características de la legislación vigente en Chile.

1. Propuestas de superación de la “ideología tutelar” a través de una justicia juvenil garantista y un sistema de protección configurado como oferta de ayuda.

1.1 El sistema tutelar de menores como sistema penal encubierto.

La legislación vigente en Chile, particularmente la Ley de Menores (N° 16.618), se inspira en una determinada visión acerca de la posición social y jurídica de los niños y del papel del Estado frente a los problemas de la infancia, que ha sido denominada críticamente como la “ideología tutelar”. No se trata, con todo, de una creación propia de quienes impulsaron la Ley de Menores en Chile, sino que constituye la expresión local de un movimiento social (el movimiento de los “salvadores del niño”, promotor de los tribunales de menores), con su propia doctrina político-jurídica, surgida a

fin del siglo pasado en Estados Unidos y algunos países europeos, y extendida desde entonces, con gran uniformidad en las propuestas, por numerosos países de Europa y prácticamente la totalidad de los de América Latina (cfr. Cillero, *pássim.*).

Según esta versión de las relaciones entre infancia y Estado, los niños, en general, son definidos por su incapacidad jurídica y su incompetencia social, y sometidos, en la esfera privada, al control de sus padres (originalmente, el padre), mientras que en la esfera pública, reservada para los niños que estuvieren “en situación irregular” (fuera del control de sus padres, abandonados o abusados por ellos, cometiendo conductas delictivas u otras conductas desviadas y, en general, los que estuvieren “en peligro material o moral”), quedan entregados al control estatal, por medio de la figura del Juez de Menores, quien dispone de poderes arbitrarios para adoptar “medidas de protección” dirigidas a: suplir la carencia o deficiencia de cuidado parental, a “corregir” a los niños que manifiesten conductas desviadas y a mantenerlos bajo control. La ley y la práctica del sistema de justicia acuña incluso un término especial, “menores”, que por medio del uso ha terminado por adquirir claras connotaciones clasistas, para referirse a aquellos niños que son objeto de preocupación (protección-represión-control) del sistema de justicia tutelar.

Las medidas expresadas por el artículo 29 de la Ley de Menores dan cuenta de este híbrido de protección-represión-control, del que la práctica ofrece testimonios aún más evidentes.

Las medidas aplicables son: devolver el menor a sus padres, previa amonestación; confiarlo a otra familia que se haga cargo de él; someterlo a libertad vigilada, y; confiarlo a un establecimiento especial de educación (que puede ser en régimen de internado). Con todo, junto a esas medidas, la facultad policial y judicial de internar a los menores en las Casas de Menores, para que en ellas se les observe y diagnostique mientras no se adopte una medida a su respecto, pasó a constituir (como la prisión preventiva en el proceso penal) un eje del sistema, que a menudo se extiende por períodos prolongados, especialmente cuando no se cuenta con medidas suficientes para la derivación o se considera que el menor es refractario a ellas. Finalmente, una adecuada descripción del cuadro de medidas aplicables quedaría incompleto si no se recordase que la Ley, desde sus inicios hasta nuestros días (aunque con límites bastante severos desde 1994), ha permitido que, en los lugares en que no haya Casas de Menores, el período de observación del niño (temporalmente indeterminado hasta hace apenas unos años) se desarrolle en establecimientos penitenciarios (en secciones relativamente separadas de los presos adultos). Este dato es significativo independientemente de la proporción relativa de niños que históricamente, en un proceso tutelar dirigido a su “protección”, han sido privados de libertad en una cárcel de adultos, pues permite desmitificar el sentido que las medidas de protección han tenido en el contexto de la Ley de Menores vigente. Muchas veces, aún cuando se cuente con centros especiales para menores,

bajo la idea de protección (incluyendo la etapa de "observación y diagnóstico"), el sistema de justicia de menores ha desarrollado una práctica auténticamente punitiva, pero descontrolada, sin límites garantistas, sin claridad sobre los casos que la hacen necesaria y los que no, y en una mezcla igualmente descontrolada (azarosa) con otras intervenciones auténticamente dirigidas a la ayuda, que muchas veces llegan tarde, como una compensación ya inoportuna e insuficiente del encarcelamiento y la represión, o del olvido y el abandono (con detalles, en la descripción crítica, Cillero/Eigenau, *pássim*).

1.2 Cambios en la práctica administrativa a partir de los años 90'.

En los últimos años, especialmente desde la ratificación en Chile de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, este esquema ha ido modificándose poco a poco, en algunos aspectos no despreciables, pero que no alteran la matriz básica del sistema de justicia de menores.

Así, actualmente asistimos a un principio de separación (técnica, mas no jurídica) entre el tipo de respuesta estatal frente a las infracciones a la ley penal y la acción estatal frente a situaciones en que los niños y adolescentes son víctimas de acciones u omisiones que afectan sus derechos o que los exponen a riesgos para su desarrollo e integridad.

En el caso de este segundo tipo de acción, el órgano administrativo encargado de implementar y dar cumplimiento a las medidas judiciales para menores, el Servicio Nacional

de Menores, ha enriquecido, a través de la acción de su red de colaboradores, el catálogo de medidas aplicables, desarrollando programas dirigidos a superar aquellas situaciones de las que son víctimas los niños, promoviendo, aunque tímidamente, la permanencia del niño en su familia de origen. Tímidamente porque, la generalidad de estos nuevos programas, si bien constituyen una alternativa real a la internación, de alguna manera tienen que contar con una familia con una cierta solidez, y no pueden hacer nada en cambio por las familias ya demasiado marginadas de las limitadas y selectivas redes sociales que dan un nivel mínimamente aceptable de acceso al empleo u otra fuente de ingreso, a la vivienda, salud, educación, participación comunitaria, etc. Las excepciones son escasas, y deben enfrentar los déficits de base en esas políticas a nivel comunitario. Con todo, una línea de desarrollo que podría tener proyecciones en la articulación y potenciación de redes comunitarias parece ser la experiencia de algunos de los nuevos COD ambulatorios impulsados en los últimos cinco años, que yendo más allá de su encargo legal relativo a la observación, diagnóstico y derivación, han comenzado a hacerse cargo directamente de gestionar para el niño y su familia el acceso a recursos comunitarios, comprometiéndose en el intento de resolver algunos de los problemas básicos que están en la base del conflicto evidenciado en el niño, aunque todavía enfrenten una serie de problemas, por la falta de una gestión pública coordinada a nivel central y local que potencie su rol.

En cuanto a las medidas aplicables a los adolescentes infractores de ley penal, en los últimos años se han diversificado, surgiendo algunas medidas no privativas de libertad que intentan hacerse cargo de los conflictos existenciales, familiares y sociales que normalmente presentan los adolescentes que llegan al sistema de justicia de menores acusados de cometer un delito. Sin embargo, ninguna regla de garantía jurídica (como la gravedad del delito) rige el acceso de los adolescentes a estas medidas o a las más punitivas, sino apenas ciertos procedimientos técnicos de clasificación de clientes para su derivación al programa, siempre mediatizados ciertamente por la disponibilidad o no de las medidas alternativas a la privación de libertad en la jurisdicción en que la causa se decide.

Además, estas nuevas medidas para infractores están sujetas a una serie de contradicciones, propias de los sistemas de responsabilidad penal juvenil que se proponen promover, a través de las sanciones, la superación de los conflictos personales y ambientales del adolescente, y que se ven acentuadas por la total ambigüedad del contexto normativo en que operan. Sobre la contradicción en general se tratará en la sección siguiente. En relación con la ambigüedad de estos programas baste recordar que operan en el contexto de una legislación que realiza un tratamiento jurídico indiferenciado de las conductas delictuales cometidas por adolescentes, de sus manifestaciones desviadas no-delictuales y de las situaciones y conflictos de los que ellos son víctimas y que afectan su desarrollo, su

integridad y, en general, sus derechos. Eso se traduce en ambigüedades al determinar los clientes de esos programas, los objetivos de los mismos, sus criterios de éxito y los mecanismos con que pueden contar para asegurar sus resultados².

De todo ello se intenta dar cuenta a través de la investigación empírica. Por ahora, volvamos al análisis del debate comparado sobre las cuestiones básicas de la política criminal y la política jurídica, en general, para la delincuencia infanto-juvenil.

2. Objetivos político-criminales y político-jurídicos de la intervención estatal.

En relación con este tema, en el debate existente en los diversos países tenidos en cuenta puede constatarse que hay una cierta noción de que la labor del Estado no se puede agotar en la sanción de las conductas delictivas, sino que es necesario además (o ¿solamente?) hacerse cargo de los problemas socio-económicos, educativos, psicológicos y culturales de los adolescentes y sus familias, que están relacionados con la delincuencia y, en general, con la violencia infanto-juvenil.

Sin embargo, la gran diferencia de enfoque tiene que ver con la pretensión o no de que esas otras prestaciones estatales puedan desarrollarse adecuadamente en el propio seno del sistema de justicia juvenil. Algunos autores y políticos parecen confiar en que efecti-

² Sobre ello, cfr. Couso 1999, segunda parte.

vamente puede esperarse eso de la intervención de la justicia juvenil. Otros, en cambio, admiten la necesidad de una acción estatal separada para ello, y algunos, incluso, de una cierta “retirada” de la acción de la justicia, en la mayor medida posible, para dejar paso a las mejores respuestas al problema, que no serían implementables desde la justicia.

3. La justicia juvenil maximalista.

3.1 Ideología tutelar y maximalismo judicial.

La pretensión de que la justicia juvenil, con motivo de la sanción de un delito, asuma tareas de promoción social y/o de educación de sus clientes, parece tener conexión con la ideología tutelar, inspiradora de las legislaciones de menores tradicionales. Se mantiene el propósito de administrar de manera singularizada un remedio (un tratamiento) para la delincuencia, a través de la medida o sanción específica, escogida en atención a las peculiaridades de adolescente y de su ambiente familiar y social.

La diferencia se encuentra acaso en el ámbito de necesidades sociales consideradas. Tradicionalmente el derecho de menores más bien se conforma con la sustitución de las familias corruptas y la uniformación de prestaciones de bienes y servicios básicos, de normas morales y de conducta y del aprendizaje de un modo de adecuación conformista —subalterno— a la sociedad y el mercado laboral, por medio del régimen del internado, con sus rutinas colectivas, su tratamiento correccional y

su disciplina impersonal. Las versiones más modernas, en cambio, se suelen plantear críticas frente al internado (aunque no siempre), reconocen la necesidad de la vida familiar y las necesidades de una inserción social normalizada, y abandonan expresiones como “rehabilitación” y “tratamiento”, sustituyéndolas por conceptos más integradores (integración social, habilitación sico-social), e incluso emancipatorios, pero mantienen la expectativa de que frente al delito y la desviación infanto-juveniles se puede dar respuesta a esas necesidades a través de una medida judicial, flexible, adaptada a las características y necesidades del niño y su familia, que ataque las causas del delito, sin desdeñar además la importancia del efecto educativo de la medida judicial, con lo que se abren a la idea de una respuesta “responsabilizadora”, que “eduque al niño en la responsabilidad”. Con esas expectativas maximalistas legitiman, de paso, y a veces sin quererlo, la intervención de la justicia como algo a fin de cuentas “bueno para el niño”, que responde a sus necesidades y que además representa un principio de solución al problema del delito, ya que ataca sus causas. Como las medidas ambulatorias son ofrecidas por el sistema legal como una “oportunidad”, el fracaso de las mismas respecto de los “refractarios”, legítima a su vez, esta vez a pesar de sus sinceras intenciones despenalizadoras, el recurso a la privación de libertad para aquellos niños y adolescentes que deshecharon la oportunidad.

3.2. La justicia maximalista en el contexto comparado. Estados Unidos.

Esta postura parece ser más común (aunque no necesariamente mayoritaria) en los Estados Unidos, pues en varios de sus estados siguen existiendo legislaciones y sistemas jurisdiccionales basados en la tradicional “ideología tutelar”, si bien corregidos tras algunos fallos de la Corte Suprema (particularmente desde la década del 60) que exigen importantes garantías para los niños y adolescentes sujetos al poder de la justicia juvenil.

La ideología tutelar se expresa, en estos casos, ya en primer lugar, en el tratamiento jurídico y programático prácticamente indiferenciado (salvo por la exigencia de mayores garantías procesales para los casos de delito, y la aplicación exclusiva para delitos –en algunos estados– del confinamiento bajo medidas de seguridad) de las conductas auténticamente delictivas de niños y adolescentes y de los llamados “delitos en razón de su condición” (condición de niños, o “menores”) –“status offenses”–, que incluyen tanto desajustes conductuales no-delictivos (hacer “la cimarra” o escaparse del colegio, infringir “toques de queda”, consumo de alcohol o tabaco) como ciertos estados o condiciones indeseables (ser “indisciplinado”, estar “fuera del control parental”, ser “rebelde”, estar “en necesidad de supervisión”, etc.) (Gardner, 212 y ss.).

Pero más aún, el enfoque de la ideología tutelar se expresa porque en ambos casos la jurisdicción de menores norteamericana en numerosos estados basa su acción en la pretensión de ejercer el “patronato estatal” sobre

los niños –“*parens patriae*”–, es decir, el Estado, a través de la figura del juez, se constituye en una especie de “padre” del niño o adolescente, con la finalidad de decidir lo que corresponda al “interés superior del niño”, para orientarlo, corregirlo, rehabilitarlo y educarlo, pudiendo imponer las medidas respectivas por la fuerza, incluso aplicando internación con medidas de seguridad por “status offenses” (Gardner, 11-12, 199, 328). El ideal de la rehabilitación (promovido “en el interés superior del niño”) justifica una amplia intervención coactiva en la vida de niños y adolescentes “conflictivos”.

Finalmente, el hecho de que varias legislaciones estatales no contemplen un límite de edad mínimo para la intervención del tribunal juvenil frente a delitos o “status offenses” se debe a que “perciben la justicia juvenil como una ley de protección civil alternativa al sistema penal”, razón por la que niegan la “excepción de infancia” (minoría de edad, como causal de inimputabilidad) en procedimientos juveniles (Gardner, 204).

Como se verá, en el debate actual en los Estados Unidos no queda oculto que en este modelo se esconde un buen contenido de punición, bajo los propósitos de favorecer el bienestar y la rehabilitación del niño. Con todo, llama la atención que efectivamente, en algunas propuestas norteamericanas recientes (aunque aparentemente aisladas), se deposita un elevado grado de confianza en la capacidad del sistema judicial y de la reacción judicial-punitiva al delito para satisfacer necesidades sociales de los niños sometidos a ella de un

modo que impacte en sus posibilidades futuras de integración social. Así, por ejemplo, a partir de un proyecto piloto de humanización de un centro de detención juvenil en Nueva York, consistente en aprovechar el breve tiempo de permanencia de los adolescentes en él, para ofrecerles un programa global de atención médica, dental y de salud mental, se llega a concebir la detención también como “una oportunidad para identificar y trabajar sobre severos problemas de aprendizaje de los adolescentes delincuentes”, concluyendo que “el uso razonable del confinamiento de seguridad permite redirigir los recursos de las agencias para aumentar el nivel de asistencia a un gran número de adolescentes” (Krisberg/Austin, 178-179).

También se puede observar en el debate norteamericano propuestas que pretenden rescatar la finalidad “redentora” tradicional del movimiento por los tribunales de menores (de los “salvadores del niño”, cfr. Platt, *pásim*) pero intentando resguardar las garantías procesales de los adolescentes (es el caso de Krisberg/Austin, 181-187).

Tampoco faltan propuestas similares en el reciente debate pre-legislativo español, donde se ha postulado la dictación de una “Ley de Justicia Juvenil” (en lugar de una “Ley Penal Juvenil”) que establezca “un sistema específico para los menores cuyos objetivos fuesen entre otros: la búsqueda de sistemas compensatorios de la vulnerabilidad de los menores basados en complementariedad y apoyo a los procesos de socialización de los mismos, así como de alternativas favorecedoras de la integración

social”, todo ello dentro de un tribunal civil, en un procedimiento no-penal, que también atiende a los intereses de la víctima (Ríos Martín, 338-339). Se trataría de una justicia que apuntase al “equilibrio de desigualdades y restañamiento de asimetrías personales”. En este tipo de derecho, se sostiene, “no es imposible diseñar un elenco de medidas correctoras que, en su definición legislativa y en su ejecución práctica, no comporten para los menores de dieciséis años, ni privaciones de derechos que puedan interpretarse como *castigos, ni reproches, ni estigmas*”, aplicando esas medidas en todo caso con respeto de las garantías constitucionales (Vives Antón, 104).

4. Críticas a la justicia juvenil maximalista, particularmente a sus pretensiones “educativas”.

En los Estados Unidos, sin embargo, ya desde hace años se ha desarrollado una crítica a la asignación de funciones asistenciales a la justicia juvenil, que históricamente sirvió de pretexto para relajar las garantías ofrecidas a los niños y adolescentes (o negarlas completamente) frente a la intervención judicial surgida a propósito de la comisión de delitos o de “status offenses”.

Así, en una famosa sentencia (Kent vs. United States), la Corte Suprema de Estados Unidos, junto con afirmar que el ejercicio de la autoridad de la “*parens patriae*” “no es una invitación a la arbitrariedad procesal”, expresó su escepticismo sobre la capacidad de los tribunales juveniles para desarrollar su misión

exitosamente, pues “existe mucha evidencia de que algunos tribunales juveniles, incluyendo al del distrito de Columbia, carecen del personal, las instalaciones y las técnicas para desempeñarse adecuadamente como representantes del estado con capacidad de “*parens patriae*”, al menos respecto de los niños imputados por una infracción de ley”. Existe evidencia, de hecho, de que puede haber razones para temer que el niño recibe lo peor de dos mundos: que ni recibe la protección jurídica reconocida a los adultos ni la solícita asistencia y tratamiento regenerativo postulado para los niños” (en Gardner, 186-188).

En un fallo de la corte estadual de Washington (*State ex rel. D.H.H. vs. Dostert*) se afirma la contradicción existente entre la asistencia a los niños y su control, o entre tratamiento y control, de modo que “mucho de nuestra actual ley juvenil se predica en base a un sano escepticismo acerca de la capacidad del estado y de sus agentes de ayudar a los niños cuando están encarcelados en uno de los centros de detención juvenil. Así, el control de los menores y el tratamiento de menores (si la expresión puede ser empleada sin conjurar imágenes kafkianas) son frecuentemente objetivos irreconciliables” (en Gardner, 302, nota 37).

Por su parte, la competencia para intervenir judicialmente, en los Estados Unidos, con medidas coactivas, respecto de las “*status offenses*” está siendo seriamente cuestionada, por problemas de constitucionalidad (Gardner, 214).

4.1. Inglaterra.

En la literatura británica también hay indicios de un debate sobre el tema, que parte en cualquier caso de una crítica a los modelos de tratamiento de la delincuencia infanto-juvenil basados en la pura lógica del bienestar, en los que la opinión pública, no ya sólo británica sino europea en general—según lo sostiene un reporte del Consejo de Europa de 1987—, ha ido perdiendo la fe (Allen, 69).

Estos modelos, se sostiene, en primer lugar son injustos para los jóvenes, pues están desprovistos de las garantías para sus derechos, pese a que muchas intervenciones efectuadas “en el interés superior del niño” pueden ser experimentadas por el niño como auténticas penas. Un sistema (de justicia) que se funda enteramente en el objetivo de responder a las necesidades del niño más que a acciones específicas, siempre trae consigo el peligro de intervenciones excesivas y desproporcionadas.

Así, hasta 1989, los tribunales criminales ingleses tuvieron la potestad de imponer medidas de asistencia indeterminadas a niños que, habiendo sido condenados por delito, no estaban recibiendo asistencia apropiada. Las potestades de los padres pasaban así a trabajadores sociales del órgano local, quienes disponían de amplia discrecionalidad, pudiendo incluso (hasta 1983) internar al niño en centros con medidas de seguridad, sin autorización judicial. Desde 1989, las órdenes de asistencia pueden ser dictadas sólo en procedimientos civiles, es decir, en una jurisdicción separada de aquella que conoce de los delitos cometidos por niños y adolescentes, sin perjuicio de que, como

se verá, dicha jurisdicción civil se apoye en un sistema administrativo local de asistencia que interviene en todos los casos que no requieren necesariamente de autorización judicial. (Allen, 69-70)

En segundo lugar, el desempeño de la justicia juvenil bajo el modelo del bienestar es criticado en el medio británico, por su ineficacia para alcanzar sus objetivos, así como por su costo comparativamente alto. Las intervenciones judiciales dirigidas al bienestar han adoptado frecuentemente la forma de colocaciones institucionales, que, por lo demás, arrojan altas tasas de reincidencia y futuras encarcelaciones de sus clientes. (Allen, 70).

Finalmente, se le critica a este modelo su incapacidad para atender a los intereses de la víctima y de la comunidad, afectados por la comisión de delitos, dado que se coloca como única consideración el "interés superior del niño", sin perjuicio de que ella permite igualmente intromisiones percibidas por el niño como penas (ibídem).

4.2. España.

Por lo que respecta a España, las propuestas de un sistema de justicia basado exclusivamente en la (re)educación del adolescente infractor no han sido capaces de influir seriamente en el debate pre-legislativo. Cuando ellas se basan en la suposición de que hasta ahora "durante más de medio siglo hemos podido vivir sin aplicar penas a los menores de dieciséis años" (Vives Antón, 104), se les ha contestado, en primer lugar, que las medidas educativas y correctoras pueden llegar a ser (y han sido, bajo la Ley de

Tribunales Tutelares de Menores) tan duras como las penas, pero sin ninguna garantía y, en segundo lugar, que si realmente se está dispuesto a renunciar a la responsabilidad penal para privilegiar una respuesta educativa "la respuesta debe ser EXCLUSIVAMENTE educativa —no medidas correctoras, como apuntan la mayoría de autores que defienden un sistema no penal—, y no veo por qué debe aplicárseles a través de un sistema judicial" (Giménez-Salinas, 1993, 638), pero admitiendo al mismo tiempo que, pese a que ello sería la mejor política criminal, la sociedad y los poderes públicos españoles no están dispuestos a renunciar a toda sanción para los adolescentes, y de hecho los defensores de un derecho correccional no-penal para menores no han renunciado tampoco a la pena (ibíd., 638-639), aunque sí a las garantías, podríamos agregar.

Además, el debate español también se basa en una crítica a la histórica confusión y mezcla en el tratamiento de los actos delictivos y de las situaciones de necesidad de niños y adolescentes, tal como lo contemplaba la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, hasta la década de los ochenta, con medidas de protección que ocultaban una realidad punitiva. Mediante esas medidas, se afirma, el juez contribuía "a enmascarar los problemas de tipo económico y social, camuflando las contradicciones de una sociedad desigual e injusta y satisfaciendo al mismo tiempo la buena conciencia que reclama el cuerpo social" (Cantarero, 13).

4.3. Alemania

En el caso de Alemania, en la presente década el debate parece abrirse hacia una comprensión creciente de la ineptitud del sistema de justicia juvenil para satisfacer las necesidades y superar las dificultades de los jóvenes, que puedan estar asociadas a la delincuencia juvenil. Ello viene a romper con una larga tradición que define al Derecho Penal juvenil como un derecho educativo.

En otro lugar he documentado parte de la discusión alemana sobre la finalidad educativa en el Derecho Penal juvenil (Couso 1998, 78 y ss.), particularmente las críticas de Peter-Alexis Albrecht al engañoso empleo de la noción “educación” en el contexto del derecho penal juvenil (ibíd., 89). Albrecht sostiene que la idea de educación, en el derecho penal juvenil alemán, no tiene nada que ver con un concepto de educación propio de la pedagogía (Albrecht, 1992, 62-63).

La “educación” que el sistema de justicia penal-juvenil (alemán) es capaz de proporcionar adquiere un carácter fundamentalmente de irrogación de mal (y no de ayuda), con fines preventivo-especiales: i) ya sea intimidando al delincuente, con lo que en realidad no se ofrece educación en lugar de castigo retributivo, sino a través de él, contando con un supuesto «efecto educativo de la retribución», o; ii) ya intentando modificar (coercitivamente) el comportamiento del delincuente para que no vuelva a delinquir en el futuro. Además, es una “educación” que va unida a un desmantelamiento de las garantías procesales pues es entendida predominante-

mente como fundamento de la intervención penal-juvenil y no como límite. (Albrecht, 1992, 63-64 y 69)

Mientras que en la pedagogía y la psicología, en cambio, sostiene Albrecht, la educación es un proceso complejo que aspira del educando un desarrollo de personalidad. La educación en este sentido complejo exige autonomía y participación, y una plena consideración de la subjetividad del educando. También es necesario contar con posibilidades de socialización adecuadas, es decir, circunstancias vitales que permitan un desarrollo de la personalidad. La disposición y distribución de tales posibilidades de desarrollo —concluye Albrecht— es una tarea propia de la política social del Estado, no la tarea del derecho penal y la justicia. Mientras que «el objetivo exclusivo constitucional sostenible del derecho penal (de menores) es la dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal. Desde la perspectiva científico social esto último no es “educación” (socialización), sino exclusivamente control social» (Albrecht, 1990, 108-109).

4.4. Chile.

En el contexto chileno es aguda la crítica al maximalismo elevada recientemente por Riego (123-127), que se refiere al efecto mistificante y legitimante de la represión, operado por los discursos maximalistas, no sólo en la esfera de la justicia (lo que ya ha sido planteado) sino también del órgano administrativo que tiene el encargo legal e institucional de dar protección a los niños, pero que se ubica en un contexto en

el que confluyen intereses político-estatales de diversa índole, también de represión y control del delito, ciertamente.

En ese contexto, según el autor, los discursos maximalistas, al ser incapaces de reconocer que las instituciones en que se concretan responden también a intereses de seguridad pública y se ven influidos por el temor a la criminalidad y a la sola existencia de un conjunto de niños y adolescentes que están, tienen el riesgo siempre de relajar las garantías. Pues sólo el reconocimiento de esa dimensión represiva permite que operen eficientemente los límites garantistas a la represión estatal.

Fuera de ello, los discursos maximalistas, vinculados además con intereses corporativos de los operadores del sistema, también dificultan la posibilidad de someter a esos operadores al escrutinio público o a una discusión pública, pues son discursos que conducen a la falacia normativista de creer que la sola proclamación de los principios maximalistas –que no son más que una aspiración– los convierte en una realidad, que permite justificar una cierta institución o una cierta actitud de los operadores, quienes proclaman de sí mismos, como algo que es intrínseco a su papel, el hecho de que trabajan por la realización de esas aspiraciones maximalistas (por ejemplo, la protección de los niños), cosa que por lo menos sería digna de ser discutida (Riego, 124-125).

Por último, y más allá de la justicia propiamente tal, el problema de los discursos maximalistas es que se basan en una idea que

no encuentra justificación histórica, de que el Estado es capaz de realizar todas esas aspiraciones que el maximalismo le encomienda. Es decir, operan sobre la base de una imagen prestigiosa del Estado, que contrasta con la brutalidad y torpeza que éste demuestra hasta en materias tan elementales como el respeto de los derechos humanos (Riego, 128). La técnica garantista del minimalismo parte, en ese sentido, de una imagen más exacta de lo que es el Estado.

5. Política administrativa de oferta de atención y justicia minimalista.

El fracaso histórico de los modelos tutelares y maximalistas de justicia juvenil, al menos en nuestro continente, hace difícil negar que el propósito de ayudar a la integración social de adolescentes en conflicto con el sistema de justicia de menores, reclutados como clientes del mismo, que además presentan (como es el caso en América Latina) serias dificultades socio-económicas, familiares, y que ya son víctimas de expulsión del sistema escolar (una de las instituciones básicas para la integración social), y de la estigmatización y represión por parte de los órganos policiales y, a veces, del propio vecindario, es un propósito que excede las posibilidades de la administración de justicia. En otra oportunidad he analizado las condiciones de un trabajo auténticamente educativo e integrador con adolescentes en dificultades, concluyendo que ese tipo de trabajo debiera ser desarrollado en un

contexto alejado de las agencias de control penal.³

Para ello, es necesario reducir al mínimo posible la intervención de estas agencias (policía, fiscalía, justicia penal de adolescentes), abriendo puentes para que los adolescentes salgan de ese circuito y en cambio reciban apoyo de servicios locales de infancia comprometidos en apoyarlos para la superación de sus dificultades y la creación de espacios y oportunidades de desarrollo. A este respecto es de especial interés observar la tendencia que se aprecia en el debate político-criminal alemán desde comienzos de la década de los noventa.

5.1 Las propuestas de la Asociación Alemana de Tribunales Juveniles y Asistentes de la Judicatura Juvenil.

A partir de las reformas legales introducidas en Alemania en 1990, paralelamente tanto en la Ley Judicial Juvenil (que regula la imposición judicial de medidas y penas juveniles a adolescentes responsables de un delito) como en la legislación de bienestar de infancia y juventud (sustituida por una nueva ley), las críticas de Albrecht y otros autores comienzan a encontrar eco en sectores de la propia administración de justicia. Comienza a entenderse, tal como lo propone la nueva Ley de Asistencia a la Infancia y Juventud (de 1990) que la actividad estatal frente a los adolescentes que están en situaciones sociales, familiares o personales conflictivas, pero que no son acusados por un delito, debe consistir en una oferta de atención,

que en principio puede aceptarse o rechazarse libremente. Sin embargo, también en el ámbito de la justicia penal juvenil, se mantienen y refuerzan, junto a la penas juveniles y los medios disciplinarios, las “medidas educativas” tradicionales de la ley, y se incluye además, como una novedad, la obligación del adolescente (responsable de un delito) de “demandar asistencia educativa”, es decir, la obligación del adolescente de solicitar ser beneficiado con una medida de la Ley de Asistencia a la Infancia y Juventud, que se denomina “asistencia educativa”, y que, paradójicamente, esta ley entiende ahora como una “oferta” que el adolescente puede aceptar o rechazar (críticamente, Schüler-Springorum, 5).

En el caso de las medidas educativas, especialmente de las que parecen tener un propósito (bienintencionado) de auténtica ayuda al adolescente (como la obligación de someterse a la orientación de un adulto o de participar en cursos de entrenamiento social), la contradicción llega al extremo si se considera que el incumplimiento de cualquiera de ellas puede ser castigado con privación de libertad por hasta cuatro semanas.

Haciendo eco de las críticas, en 1992 la Comisión de “Derecho criminal Juvenil” de la Asociación Alemana de Tribunales Juveniles y de Asistentes de la Judicatura Juvenil, bajo la presidencia del prestigioso criminólogo Horst Schüler-Springorum, efectuó unas recomendaciones bastante completas para la dictación de una nueva Ley Judicial Juvenil.

En ella se sientan las bases de un derecho penal mínimo de adolescentes, que junto con

³ Couso 1999, pp. 28 y ss. y en Couso 1998, pp. 86 y ss.

reducir radicalmente la aplicación de la privación de libertad, en favor de unas pocas medidas sancionatorias (no educativas) no privativas de libertad, renuncie asimismo a la aplicación judicial y coactiva (amparada por la Espada de Damocles del “arresto por desobediencia”) de medidas educativas, en el entendido que ello desnaturaliza su carácter de “oferta de asistencia”. Las medidas educativas, en adelante, deberían configurarse como una oferta de la Asistencia Juvenil (organismo administrativo) de acuerdo con la inspiración de la nueva Ley de Asistencia a la Infancia y Juventud (Schüler-Springorum, 8, y DVJJ-Kommission, 27 y ss.)

En la base de esta propuesta se encuentra la intuición (avalada por los operadores sociales de la justicia juvenil alemana) de que “la disponibilidad de un adolescente para cooperar con los pedagogos sociales en el ámbito de la Asistencia Juvenil, depende fundamentalmente de que se requiera al propio adolescente una decisión acerca de si quiere pedir o aceptar ayuda, y con qué contenido y duración” (DVJJ-Kommission, 30). Por otra parte “se debe partir de la base que la calidad de la Asistencia Juvenil es influenciada positivamente si, en vistas a conseguir la disposición del adolescente a cooperar, ella debe trabajar en base, no de la coactividad proporcionada por la justicia, sino del atractivo de su oferta” (ibídem). Por ello, aún cuando la *asistencia educativa* se desarrolle en el marco o con ocasión de un procedimiento penal juvenil, “se debiera realizar sobre la base de un acuerdo entre el adolescente y el encargado de la Asistencia Juvenil” (ibídem).

Así, la verdadera educación y la ayuda al adolescente infractor para la superación de sus dificultades, se desembarazaría de la incómoda y distorsionante compañía de los medios coactivos proporcionados por la justicia penal juvenil, que sólo debiera ofrecer las oportunidades para suspender el procedimiento privilegiando el trabajo de la Asistencia Juvenil, ahí donde se produjo un acuerdo libre entre el adolescente y los encargados de proporcionarla. Ello no implicaría, en todo caso, una eliminación de la idea de educación en las medidas y penas del derecho penal juvenil, pero sí se reduciría su misión, a configurar la ejecución de las penas y medidas subsistentes de acuerdo con el objetivo de intentar que los adolescentes a los que se imponen, en el futuro no cometan más delitos (con eso ya se satisface el fin penal de la prevención-especial, siendo un exceso cualquier pretensión maximalista del tipo “integrar al adolescente a la sociedad”), lo que en todo caso, ciertamente ya no sería considerado el único fin de las penas y medidas juveniles (DVJJ-Kommission, 27).

5.2 La conciliación-reparación entre delincuente y víctima.

Un aspecto fundamental del debate en los años noventa, que puede ser perfectamente compatible con una perspectiva minimalista, es la creciente demanda de asignar a la conciliación víctima-delincuente y a la eventual reparación, por parte de éste, de los daños y perjuicios causados a la primera, un papel central dentro del sistema de consecuencias jurí-

dicas o de salidas alternativas al procedimiento⁴.

Esta medida plantea, según sus impulsores, una serie de ventajas frente a las respuestas punitivas tradicionales, particularmente en el ámbito de la delincuencia de adolescentes (Giménez-Salinas, 1992, 30; Sancha Mata, 81-85, Allen, 76-77). Se trata de una forma de pacificar el conflicto, reparando las relaciones sociales deterioradas por el delito.

Desde el punto de vista de las víctimas, se trataría de una forma mucho más concreta y apegada a la realidad, de considerar su posición y sus necesidades, no sólo de una reparación directa del daño material, sino también de superar la frustración que naturalmente provoca ser víctima de un delito, a través de la posibilidad de hablarle al adolescente infractor sobre ello, obteniendo unas disculpas del mismo e, incluso a veces, comprobando su arrepentimiento (aunque un arrepentimiento en sentido moral no sea necesario, cfr. Giménez-Salinas, 1992, 36); en palabras de Allen (81): “el perdón no es algo que la víctima hace en beneficio del agresor. Es el proceso de la víctima saliendo de la rabia y el dolor de la injusticia de modo que él o ella puede recomenzar a vivir liberado del poder de la agresión criminal”. Fuera de ello, también parece ser una respuesta más adecuada a la necesidad de la víctima de superar inclusive, en casos de delitos de mayor importancia, el temor que le despertó el desconocido

delincuente, que luego en la mesa de conciliación resulta ser sólo un muchacho, algo desarmado frente al facilitador y la propia víctima, y cuya “temibilidad” muchas veces va desapareciendo al escuchar sus explicaciones y comprender su contexto y sus condicionamientos familiares y sociales. De hecho, en la experiencia comparada hay programas en los que un porcentaje muy mayoritario de las víctimas invitadas a iniciar un proceso de conciliación acepta la invitación, y se manifiesta conforme (y dispuesta a volver a hacerlo si otra vez fuese víctima de un delito similar) con los resultados (Sancha Mata, 83).

Desde el punto de vista del adolescente infractor, la medida, aunque en ciertos casos requiere un esfuerzo emocional y práctico importante, evita intervenciones punitivas más severas, y permite resolver un conflicto que en ciertos casos puede volverse contra el propio adolescente infractor (a veces los roles agresor-víctima, mirados en el contexto de una relación conflictiva, particularmente entre adolescentes, son dinámicos y cambiantes, de modo que pueden invertirse). Fuera de ello, se suele asignar una eficacia preventivo-especial a la medida, particularmente porque la confrontación directa del adolescente con su delito, con el daño que provocó, no sólo de un modo cognitivo, sino añadiendo las emociones de la víctima, mediadas por los diálogos bilaterales facilitador-agresor que tienden a crear conciencia del derecho ajeno y de la negatividad del daño sufrido, reduce las posibilidades del desarrollo de las “técnicas de neutralización” (racionalizaciones tendientes a justificar la propia conducta delictual, minimizando el delito o descalificando

⁴ Véase en el anexo el resumen de las entrevistas a dos operadores de programas de conciliación-reparación que aplican la medida en Barcelona y Madrid.

a la víctima), habituales entre adolescentes infractores, particularmente en el seno de la pandilla (sobre esta ventaja, DVJJ-Kommission, 28).

Para la comunidad, la conciliación tiene la gran ventaja de representar un equivalente funcional a la pena, pero mucho menos costoso y sin sus efectos contraproducentes.

5.3 ¿No intervención de la justicia?

La comprensión de que la respuesta más apropiada a los conflictos asociados a la delincuencia juvenil registrada por el sistema de justicia pasa por fuera de la propia justicia, podría llevar a plantear la necesidad de prescindir completamente de la justicia, concentrando todas las energías y recursos en una política administrativa de apoyo voluntario a los niños y adolescentes en dificultades.

En realidad esta es una opción que, en el plano de la utopía siempre se encuentra en el horizonte.

Giménez-Salinas, tomando una sistematización de Junger-Tas, al caracterizar los diversos modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil, incluye, junto al modelo de protección (el de la "ideología tutelar") y el modelo de responsabilidad (el de una justicia penal juvenil), un tercer modelo, al que denomina "educativo", que habría tenido una expresión histórica en Holanda, Bélgica y algunos Países Nórdicos con "Estados de Bienestar" fuertes, a partir de los años 60, y que sustituye la intervención de la justicia y los métodos represivos por soluciones extrajudiciales orientadas a la mediación de

conflictos y a la educación de los niños y adolescentes (Giménez-Salinas, 1993, 612-613). El internamiento en instituciones se reduce hasta casi desaparecer, se favorecen los programas ambulatorios, que no trabajan sólo con el niño sino también con su familia. En esta acción colabora una gran variedad de organismos asistenciales, apoyados por muchas asociaciones privadas, quienes se basan en que "es el joven el que pide la ayuda y, por tanto, es necesario su consentimiento" (ibíd., 613).

Este modelo histórico se acerca bastante a la utopía, pero parece permanecer en él todavía una cierta ambigüedad, dado que el sistema no opera sobre una absoluta despenalización, y el juez sigue siendo la última instancia, que mantiene el mismo propósito de atender y cubrir una serie de necesidades sociales del joven, con motivo de la reacción a su delito, convirtiéndose de ese modo, según Giménez-Salinas, en un "súper asistente social" (ibidem). La autora da cuenta además de una cierta dificultad del modelo de educación, según la percepción del público europeo, para elaborar los conflictos delincuenciales del adolescente de los ochenta, que "está mucho más próximo al mundo de los adultos que al de la infancia" (ibíd., 615). No duda, sin embargo, como se vio, que la línea en que se inspira el modelo, de sustitución de la justicia punitiva por la auténtica educación, representa en el plano ideal, la mejor política criminal, pero admite que la sociedad (española) no está dispuesta a prescindir de toda respuesta punitiva (ibíd., 638) contra los jóvenes.

De todos modos, si hacemos caso de lo que se dice en este apartado, pareciera que una política criminal que reduzca la intervención judicial-punitiva al mínimo inevitable (sin disfrazarla de “educación”), y que deje el espacio más amplio posible a la política administrativa de oferta de ayuda a los niños y adolescentes infractores y sus familias para la superación de sus graves dificultades, con metodologías que cuenten con su propia voluntad de cooperar en la superación de las mismas, es la mejor política criminal hoy por hoy practicable.

6. Relación entre la justicia penal juvenil y las prestaciones sociales de oferta de atención, promoción y desarrollo para adolescentes infractores con graves dificultades.

6.1 Contexto en que se da la relación.

Si estuviésemos en un contexto político-cultural que aceptase renunciar a la punición, en favor de una intervención únicamente orientada a ofrecer ayuda al adolescente y su familia para promover su desarrollo y la superación de sus dificultades, no tendría sentido plantearse esta relación. Y tampoco habría necesidad de plantearse si, renunciando a una política social para ayudarles a la superación de esas dificultades, únicamente nos conformásemos con la acción sancionatoria (o “punitivo-tutelar”) de la justicia.

Las dificultades de esta relación provienen de la adopción de un modelo de “separación de vías” que admite tanto la posibilidad de

una intervención estatal coactiva (decretada judicialmente) en respuesta a las infracciones penales de cierta gravedad cometidas por adolescentes, como la necesidad de una acción pública de promoción y desarrollo de los derechos de niños y adolescentes que estén en dificultades, hayan cometido o no una infracción penal (Couso, 1990, 71 y ss., 90 y ss.).

En este caso, si se acoge la idea de un derecho penal mínimo para adolescentes, que intervenga tan sólo cuando es inevitable hacerlo, por razones de necesidad preventiva, y de una política social de oferta de ayuda que haga todos los esfuerzos para colaborar con la superación de las dificultades del adolescente y su familia, es necesario resolver las relaciones entre ambas vías en el extenso terreno en que ellas se cruzan, si se tiene en cuenta que la gran mayoría de los clientes del sistema de justicia juvenil son adolescentes con ese tipo de dificultades.

6.2 Competencia del juez penal-juvenil para decidir medidas de asistencia social.

En una línea de cierta continuidad histórica con el derecho tradicional de menores, algunas legislaciones han entregado, como se ha visto, al mismo juez que conoce de la infracción penal por la que se acusa al adolescente, la competencia para imponer una medida de protección de las que ofrece el sistema de bienestar para niños y adolescentes en dificultades. Tal es el caso de las medidas de asistencia educativa y de acogida en residencias con asesoría educativa, que la Ley Judicial Juvenil (JGG) alemana entrega al juez (penal) juvenil, pero que son creadas y reguladas por la Ley de Atención al Niño y a la Juventud

(KJHG). Lo propio vimos que ocurre en el caso del Estatuto del Niño y el Adolescente, de Brasil. La legislación británica, por su parte, establecía algo similar hasta 1989, pues entregaba a los tribunales penales, competentes para conocer de las infracciones penales de niños y adolescentes, la facultad de imponer medidas de protección ("Care orders"), indeterminadas en el tiempo, a niños y adolescentes que, habiendo sido condenados, no estaban recibiendo protección o cuidados adecuados.

Esta alternativa adolece de algunos de los defectos de la justicia tutelar de menores. Es cierto, con todo, que se trata en general de legislaciones que han superado los defectos más graves de aquella, pues el juez no tiene competencia para aplicar sanciones a adolescentes no infractores, debiendo comprobar el delito y la participación antes de imponer las sanciones; en cuanto a las medidas de protección, en general, al ser reguladas en una legislación diferente (o en un capítulo diferente del Estatuto, en el caso de Brasil), se fundan en la lógica de la ayuda y no del castigo. Sin embargo, ello no ocurre en todos los casos. Especialmente, cuando se entrega al juez penal la facultad de decretar la acogida del niño en una residencia, nos encontramos muchas veces con verdaderos internados, los mismos que una o dos décadas atrás servían a la justicia tutelar de menores para proteger-corriger al "menor abandonado-delincente" (García Méndez), pues el cambio en la naturaleza de la medida se hace muy difícil, si ella viene respaldada por la autoridad de la decisión judicial.

Es posiblemente ello lo que indujo a los

redactores del Estatuto a la inteligente decisión de entregar al juez (penal) de infancia y adolescencia sólo competencia para decretar medidas de protección *ambulatorias*, pero no la medida de "abrigo" (acogida residencial).

En el caso alemán, estas medidas de ayuda, decretadas por el juez penal juvenil, por lo menos en general no vienen amparadas por el "arresto por desobediencia" (aunque sí en el caso de la acogida en otra familia, y de otras medidas educativas del párrafo 11 de la JGG), pero igualmente sufren de la desnaturalización que la coactividad judicial les impone. Con todo, si estas medidas van a ser una alternativa a las penas privativas de libertad, Albrecht sostiene que puede admitirse la obligación impuesta por el juez de asistir sólo a la primera entrevista (con un trabajador social, por ejemplo), siempre que el futuro desarrollo de la relación se deje a la libre voluntad del adolescente, insistiendo a continuación en que el trabajo social exitoso con adolescentes sólo es posible desde una posición de independencia de la justicia (227, citando a Plewig).

Otro problema de la entrega de la decisión de la medida de ayuda al juez penal, como se vio en la sección anterior, radica en la relativa ineptitud de la justicia (como lo destacan Guarino-Ghezzi/Loughran, 136) para emplear un sistema de clasificaciones suficientemente complejo como para poner en práctica un modelo de toma de decisiones individualizadas con un nivel de sofisticación aceptable. En un sentido parecido se ha destacado en nuestro medio la enorme ineptitud del sistema judicial de decisiones, para hacer frente a problemas tan

complejos como los que suelen sufrir los niños y adolescentes a quienes sus decisiones afectan (Riego, 130). Su sujeción a pautas relativamente rígidas y estandarizadas de respuesta (catálogo legal de medidas), su lejanía y desconocimiento de la realidad en la que se producen los problemas, hacen a la justicia incapaz de asimilar la complejidad de los problemas personales y sociales de los afectados y de ofrecer una respuesta que responda de la manera más satisfactoria posible a la multitud de perspectivas e intereses que están en juego (ibíd. 130-131).

En ese sentido, la decisión del juez de favorecer una salida no-penal, dirigida a la resolución del conflicto en toda su complejidad, debiera quedarse sólo en eso, sin ir más allá, y entregando la búsqueda de la solución concreta a instancias más preparadas para ello, menos rígidas y más cercanas a la realidad en la que los problemas se han producido (que es donde tiene que llegar la solución).

6.3 Renuncia a la intervención penal juvenil ante la acción eficaz de programas de atención, promoción y desarrollo del adolescente en dificultades.

Ahora bien, si no es el juez el más indicado para resolver cómo ofrecer ayuda al adolescente para superar sus dificultades, y si la autoridad judicial tiende a desnaturalizar la ayuda, cobran interés las propuestas de anticipar la búsqueda de salidas no-penales, dirigidas a enfrentar esos problemas.

Pero en este caso se introducen nuevas complejidades. La decisión anticipada acerca de una salida no-penal, por mucho que el

sistema político se haga sensible a la necesidad de resolver las dificultades de fondo que se asocian a la actividad delictual de un adolescente, no se basa exclusivamente en la búsqueda de la mejor forma de ayudarlo a superar esas dificultades. Al evaluarse esa posibilidad, también se tiene en cuenta, y en una medida nada despreciable, las exigencias sociales de seguridad pública, de sanción, de prevención del delito.

En un sistema procesal acusatorio, normalmente es el representante del Ministerio Público el que tiene la facultad de renunciar a la acción penal, en favor de una intervención administrativa dirigida a la ayuda del adolescente (también puede hacerlo por falta de interés público en la persecución si se trata de delitos de menor entidad, y cuando se ha alcanzado un acuerdo reparatorio con la víctima). Tal es el caso alemán (parágrafo 45 de la Ley Judicial Juvenil), en el que el fiscal puede, sin autorización judicial, renunciar a la persecución, si el adolescente ya está cumpliendo una medida educativa, y, puede además, solicitar al juez, como una condición para la renuncia de la persecución, que él imponga al adolescente confeso una medida educativa, la obligación de intentar un acuerdo reparatorio, o ciertas cargas (del tipo de las “llamadas de atención”), con la particularidad de que entonces no será aplicable el “arresto por desobediencia”. En el sistema alemán (relativizando su carácter acusatorio) lo propio puede hacer el juez juvenil, sobreseyendo definitivamente el procedimiento, fuera de la posibilidad de convenir con el fiscal la suspensión temporal del mismo, por un período de hasta seis meses, tras el cual sólo se

da por terminado el procedimiento si el adolescente cumple las medidas impuestas.

En relación a la imposición judicial de las medidas, como condición de la renuncia a la persecución, o del sobreseimiento definitivo, tienen las desventajas anotadas en general, respecto de la decisión judicial, de la forma como se ofrecerá ayuda al joven: rigidez de la respuesta (que corresponde a una pauta o catálogo legal predeterminado), y desnaturalización coactiva de la ayuda (aunque disminuida por la desaparición del arresto por desobediencia). Tratándose de la suspensión temporal, el ingrediente coactivo, tergiversador de la oferta de ayuda, es mayor. En definitiva, el mensaje es: si la ayuda no funciona, el Estado se reserva la alternativa del castigo.

Por lo que respecta a la decisión fiscal o judicial de renunciar al procedimiento, porque ya está en aplicación una medida educativa, parece dar luces de una forma de resolver apropiadamente el problema. En el caso de la ley vigente, a decir verdad, las medidas educativas están configuradas en general como sanciones ambulatorias (susceptibles de aplicación de "arresto por desobediencia" si las decretó el juez en base a un juicio de culpabilidad), pero en la propuesta de la DVJJ-Kommission (30), aplicando el mismo esquema procesal, se propone un modelo interesante:

En tal caso, se establece que el organismo encargado de la ayuda de adolescentes en dificultades (la Asistencia Juvenil) debe ofrecer asistencia educativa a todo joven imputado por un delito, en la medida que de esa forma sea posible promover su desarrollo y si tal asistencia

parece apropiada y necesaria para disminuir el riesgo de reincidencia. En tal caso la asistencia educativa se sigue ejecutando plenamente de acuerdo con los principios de la Ley de Atención al Niño y la Juventud, es decir, como una oferta de ayuda, que el adolescente voluntariamente acepta o rechaza, y en la que es carga del encargado de la asistencia educativa intentar ganar la cooperación voluntaria del adolescente en base al atractivo de la ayuda ofrecida. Si el adolescente acepta la ayuda, y consiente además en ello, el encargado de ofrecerla comunicará este acuerdo al juez. El juez, por su parte, sobreseerá definitivamente el procedimiento, si la aceptación de la ayuda hace innecesaria la imposición de una medida por medio de juicio.

Con ello, en primer lugar, la relación de ayuda se desarrolla libre del efecto desnaturalizador de la coactividad y la derivación fiscal o judicial, y, en segundo lugar, en la decisión del juez de sobreseer se puede tener en cuenta, con un mayor nivel de sofisticación que el que la justicia habitualmente puede tener en cuenta en estas materias, una serie de factores asociados, no sólo a la problemática personal, familiar y social del adolescente, sino también de factores relativos a su supuesta peligrosidad; sobre todo ello discutirá el encargado de la asistencia educativa con el juez, intentando convencerlo, asumiendo compromisos y responsabilidades, ofreciendo indicios que le tranquilicen.

Finalmente, en el ámbito de estas oportunidades procesales para salidas no-penales, adquiere interés también la consideración, como fundamento para el sobreseimiento o la renuncia de acciones, no ya únicamente de

relaciones de ayuda en desarrollo, sino también de procesos conciliatorios en curso. Así, en la legislación alemana vigente, para los efectos de la posibilidad de renunciar a la acción fiscal o de sobreseer el procedimiento, se asimila a la existencia de medidas educativas en aplicación el hecho de que el adolescente haya hecho esfuerzos por alcanzar un acuerdo reparatorio con la víctima (en sede extra-judicial, se entiende). La propuesta político-criminal básica de la DVJJ-Kommission, como se vio en su momento, consiste en proponer como primeras alternativas de solución, precisamente la conciliación con la víctima, y luego, el desarrollo de una relación voluntaria de asistencia educativa en el marco de la Asistencia Juvenil. La idea es que el éxito de esas salidas no-penales debe constituir un antecedente de gran importancia para decidir la renuncia al procedimiento (DVJJ-Kommission, 27 y 30).

6.4 El modelo de las *Family Group Conferences*.

Ese modelo de relación entre justicia y el organismo administrativo encargado de la atención a adolescentes en dificultades, y de gestión de las salidas no-penales (de ayuda o de conciliación), tiene la ventaja de permitir el desarrollo de la relación de ayuda por cauces de mayor libertad y autenticidad, y de permitir el surgimiento de soluciones ajustadas a las necesidades y a la concreta realidad de cada adolescente. Una posible desventaja, sin embargo, es que en la toma de decisión sobre si renunciar o no al procedimiento, la objeción basada en las necesidades sociales de pena,

esto es, de una respuesta simbólica visiblemente represiva, se convierte en un elemento abstracto, difícilmente discutible por el encargado de la asistencia educativa que intenta convencer al juez para que sobreseer. Es decir, aunque más sofisticado, es un modelo de toma de decisiones que impide deliberar sobre un importante factor involucrado: la necesidad social de pena.

Acaso de ahí derive el atractivo (pese a muchas otras dudas y objeciones que merece) la propuesta de Allen (84 y ss.), tomada de la experiencia neozelandesa de las "*Family Group Conferences*" (76 y ss.).

La *Family Group Conference* es un procedimiento basado en la filosofía de la justicia conciliatoria-restitutiva, consistente en una reunión, en general previa a todo procedimiento judicial, en la que participan, bajo la mediación de un coordinador, el niño o adolescente infractor, su familia inmediata y en su caso su familia extensa, la víctima, y todos aquéllos que pueden tener legítimo interés, con el objeto de identificar una solución a la dificultad del niño o adolescente y una decisión relativa a su comportamiento criminal. En la propuesta de Allen (88) también pueden participar en esa reunión: la policía, y el trabajador social que ya trabaja con el caso en el nivel local. El niño o adolescente podría pedir la presencia de un defensor, y su familia podría pedir la presencia de otras personas significativas en la vida de aquél (otros parientes, sus amigos cercanos, el profesor, vecinos, etc.). En Nueva Zelanda, la conferencia puede funcionar de modo "informal" –solicitada por

la policía, si tiene intenciones de formular cargos— o formalmente —en casos más graves—, los antecedentes llegan a la Corte Juvenil y ésta la ordena si no se han negado los cargos, o si se han probado.

El objetivo es colocar en el centro de la decisión a la familia del autor y a la víctima. Las medidas deben ser acordadas por consenso (por lo menos, según parece, entre el adolescente, su familia y la víctima), y habitualmente comprenden una o más de las siguientes: disculpas formales ante la víctima, reparación, trabajo comunitario y compromiso de asistir a la escuela o de evitar delinquentes asociados. Allen propone añadir la participación del adolescente en programas para ayudar al niño o adolescente a controlar su ira o su adicción a drogas o alcohol, así como para mejorar sus habilidades cognitivas y sociales, y la participación de sus padres en programas de “entrenamiento para padres” y en otros tipo de programas.

El plan acordado por la Family Group Conference, según la propuesta de Allen (89-91), debiera ser aprobado por un tribunal colegiado no-jurisdiccional (el Tribunal para Niños, integrado por jueces legos, salvo en caso de delitos más graves, en que se integraría con un juez profesional), que en principio debiera aprobar el plan, salvo que las medidas sean muy desproporcionadas a la gravedad de los hechos. En tal caso, o si no se alcanzó acuerdo en la conferencia, dispone de las mismas medidas más otras algo más intensas, incluyendo en casos muy graves (y con ciertas limitaciones) el internamiento.

Pese a las objeciones que se pueden plan-

tear a este modelo decisional, Allen destaca, entre otros beneficios, algunos que son dignos de considerar:

1° Al involucrar un rango más amplio de personas (que otros modelos más convencionales), como los parientes, vecinos y otras personas significativas, las perspectivas de identificar medidas exitosas se incrementan en gran medida;

2° El desarrollo de estrategias de solución de problemas por parte de los propios adolescentes involucrados, sus familias y vecinos, en lugar de la imposición de medidas desde arriba, recurre al ethos participativo que está asociado a los cambios duraderos;

3° Al involucrar a todos aquéllos para quienes el adolescente es relevante (incluyendo vecinos, amigos y profesores), afloran alternativas de solución antes no desarrolladas, y;

4° En Nueva Zelanda, esta forma conciliatoria se ha traducido en una reducción del empleo del cuidado institucional y de la custodia (de seguridad), en el nivel alto de la escala delictual, si bien paralelo a un incremento de la intervención en el nivel bajo.

La *Family Group Conference* parece plantear, con todo ello, un potencial para absorber en una sola discusión, todos los intereses que realmente entran en juego en la toma de decisión respecto del adolescente: ayuda, control y supervisión, reparación y castigo. Pero, como todo modelo conciliatorio, tiene la ventaja de que la pretensión punitiva no se convierte en una necesidad abstracta, inalcanzable, sino en un argumento identificable en la víctima y, acaso también, en la policía y algún vecino, presentes

en la reunión, y con los cuales se puede discutir e intentar alcanzar un acuerdo. Con ello, la “necesidad social de pena” se desestataliza, se encarna en una sociedad localmente radicada (el policía, la víctima, los vecinos), con la cual se puede entrar a negociar, reduciendo su implacable sordera a consideraciones individualizadoras o reparatorias.

Una posible desventaja, sin embargo, es el matiz coactivo que adquiere la ayuda en ese contexto, si se acuerda por ejemplo “darle una oportunidad” al adolescente encomendando al órgano local de bienestar que le ayude a superar sus dificultades. Además, esta medida podría combinarse con otras medidas “responsabilizadoras” y de control. Todo ello hace más difícil la aspiración de los reformistas alemanes de que el encargado de la asistencia juvenil se “gane” la disposición del adolescente a colaborar con su proceso de ayuda, en base al atractivo de la oferta de asistencia). Sin embargo, esta dificultad podría relativizarse por el hecho de que el propio adolescente debe estar de acuerdo con el plan convenido por la *Family Group Conference*. Pero también es cierto, sin embargo, que a falta de acuerdo, entra a decidir un Tribunal de Infancia, que pueda adoptar medidas coactivas, incluyendo el confinamiento de seguridad. Es posible que, entonces, nos estemos alejando demasiado de los presupuestos de una ayuda voluntariamente solicitada o aceptada. Pero la cuestión es discutible.

6.5 Intervención simultánea y paralela de la justicia penal-juvenil y los servicios sociales de ayuda y promoción del desarrollo del adolescente.

Una última alternativa para la relación entre justicia juvenil y oferta de ayuda es, en definitiva, el paralelismo: cada vía actúa por su carril, en base a sus propias hipótesis de intervención, sin comunicarse ni interferirse entre sí.

En realidad, a primera vista, la propuesta de Allen tiene algunos rasgos de paralelismo, si bien, como se verá, sólo en un aspecto de la ayuda: el más directamente relacionado con la pobreza, con el sistema de bienestar de la infancia. Si bien el autor admite que la mayor eficacia en la prevención de futuros delitos pasa por atender a las necesidades individuales del adolescente infractor, en el seno de la comunidad, fortaleciendo sus lazos familiares, escolares y laborales, y, de hecho, propone que en las *Family Group Conferences* se busque un plan que atienda simultáneamente a los intereses en la reparación a la víctima, a la responsabilización del infractor y a la satisfacción de sus necesidades individuales (Allen, 15-16), si se examinan las medidas que propone poner a disposición de las *Family Group Conferences*, se puede apreciar que en ellas no se contemplan las medidas de bienestar. De hecho explícitamente propone que, respecto de los niños y adolescentes con esos problemas, se requiera la intervención del departamento de servicios sociales (88).

Pero, como dije, visto con más detalle su modelo, se trata en realidad, no tanto de un paralelismo de las políticas de protección

especial para adolescentes en dificultades, sino más bien (lo que es razonable), un paralelismo de las políticas sociales asistenciales o compensatorias, que responden a su propia lógica, completamente con independencia de la cuestión criminal. Es una situación difícil de comprender exactamente en los países latinoamericanos, prácticamente desprovistos de cobertura en esa línea.

En cambio, el aspecto de la ayuda al adolescente en dificultades, se encuentra de todos modos presente (aunque con un menor desarrollo) entre las alternativas de la Family Group Conference, al menos en algunos aspectos de la medida de “participación en programas de tratamiento diseñados para ayudar a un niño a controlar su ira, controlar su abuso del alcohol o las drogas y/o mejorar sus habilidades cognitivas y sociales” (Allen, 89).

Ahora bien, volviendo a la cuestión del paralelismo total entre justicia y ayuda, se trata de una alternativa que presenta la obvia desventaja de que la intervención punitiva, no sólo interfiere con la promoción del desarrollo del adolescente y de la superación de sus dificultades, sino que constituye muchas veces parte de las dificultades que debe ayudarse al adolescente a superar: las consecuencias del daño producido por la intervención del sistema penal, particularmente cuando se ha adoptado durante el procedimiento una medida de internamiento. Albrecht sugiere (1990, 88), por ejemplo, que no sólo no es posible el desarrollo, ayuda y educación de los adolescentes en privación de libertad, sino que incluso, la verdadera preocupación entonces es

cómo ayudar a superar los daños provocados estatalmente por dicha medida. Así, pues, son patentes las ventajas de una retirada de la intervención punitiva, cuando la ayuda está desarrollándose en forma promisorio.

Sin embargo, con una dosis mínima de realismo, la verdad es que el paralelismo es inevitable, más aún, un deber de la administración encargada de la protección y promoción del desarrollo de los niños y adolescentes, cuando la justicia no renunció a la vía del procesamiento y la punición, precisamente, entre otros objetivos, con la finalidad de ayudar al adolescente a disminuir y superar los perjuicios de esa intervención.

Anexo

Programas de ejecución de la medida conciliación-reparación para adolescentes infractores de ley penal, en España.

1. Resultados de las entrevistas a responsables y operadores de la Dirección de Prevención del Ayuntamiento de Barcelona.

1.1 Resumen de entrevista con Santiago Marcel, especialista en mediación de la Dirección de Prevención del Ayuntamiento de Barcelona.

De la entrevista con **Santiago Marcel** se desprende que el trabajo con la mediación al nivel preventivo tiene una concepción más amplia que la mediación como resolución de conflictos: se propone establecer puentes de comunicación entre personas, ya sea para resolver conflictos, ya para explicitar la existencia de ellos, y comenzar a hablar de conflictos. En ese sentido, el mediador puede ser, en cierta etapa, un “perturbador”. Trabajan con la perspectiva teórica de Jean Francois Six.

En relación con la mediación penal, destaca primero la experiencia francesa, en la que los mediadores pertenecen a una asociación de ayuda a víctimas de delito, y el control del cumplimiento de los acuerdos reparatorios también se entrega a asociaciones civiles. Aproximadamente un 80 % de los casos propuestos por el fiscal para reparación llegan a un acuerdo. Los casos más graves que llegan a mediación son hasta de robos con intimidación.

En relación con la mediación penal en España, destaca la pobreza conceptual y de gestión de la mediación penal en el ámbito del Derecho Penal de adultos: simplemente se ve como un recurso más del que dispone el juez, vinculado a los trabajos comunitarios, pero no interesa realmente la víctima.

Para el caso de los adolescentes (12 a 16 años), hay un enfoque predominantemente educativo. La finalidad no es retribuir el mal causado, sino aprovechar la oportunidad dada por el delito, para que el adolescente haga su proceso de aprendizaje. No descarta que se esté asistiendo a una expansión de las redes del control social, pues muchos de los casos resueltos tienen que ver con “chicos majísimos”, por delitos o faltas que normalmente irían a archivo del expediente (por ejemplo, casos de daños a los bienes públicos). Pero ahora, a través de la mediación, el juez dispone de respuestas (él escuchó de un juez valorar que esta medida evita que ese tipo de “acciones incívicas” queden sin respuesta). Son casos que, él admite, podrían resolverse por la vía sancionatorio-administrativa, a través del Ayuntamiento.

Sin embargo, como se verá, también se trabaja con casos más graves.

1.2 Resumen de entrevista con Charo Soler, mediadora en conflictos penal-juveniles, del Departamento de Justicia del gobierno autonómico (Generalitat de Catalunya)

Charo Soler explicó brevemente la historia de la medida en Barcelona y Cataluña, que la contempla en una ley autonómica de 1992, tras

dos años de aplicación de un proyecto-piloto. A continuación se refirió a la forma como se derivan los casos, y al procedimiento de la conciliación propiamente tal.

En Cataluña, el fiscal que decide iniciar un procedimiento de persecución de la responsabilidad de un adolescente por una infracción penal, normalmente oficia a la Dirección General de Medidas penales alternativas y Justicia Juvenil (del Departamento de Justicia de la Generalitat de Barcelona) —de la que ella y los demás mediadores son funcionarios—, existiendo tres diferentes tipos de oficio: en el primero (desde 1996) pide que se evalúe la posibilidad de una mediación; en el segundo, solicita informe sico-socio-educativo y proposición de medida, con posibilidad de hacer conciliación, y; en el tercero, solicita ese informe, pero vedando expresamente la posibilidad de aplicar la mediación. En la Dirección existen dos equipos distintos: uno para evaluar la posibilidad de una mediación, y para practicarla materialmente, y; otro, para los informes sico-socio-educativos y la proposición de otras medidas. Desde 1996 existe un acuerdo con los fiscales, que va un poco más allá de los márgenes de la ley nacional (4/92, sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores), y que permite que frente al primer tipo de oficio no se haga un informe sico-socio-educativo (superfluo e innecesariamente intrusivo en la vida de los adolescentes), es decir, que no se pase por el segundo equipo, sino que lisa y llanamente se valore, por el primer equipo, la posibilidad de una mediación; y sólo en caso de una evaluación negativa, el segundo equipo

procede a realizar el informe y a proponer otra medida. Eso ha acortado además los plazos notablemente.

En seguida explica cómo hace su trabajo. En una entrevista breve y dinámica (de 15 minutos, o un máximo de 30) explica al adolescente y a sus padres el contexto, las alternativas legales del caso (conciliación o juicio), el sentido de la mediación, etc., y evalúa con ellos si se dan las tres condiciones para hacer una mediación: reconocimiento por el adolescente de que ha tenido alguna participación; la capacidad (aunque no emplea esta expresión con ellos) del adolescente para ponerse en el lugar de la víctima, y; voluntariedad del adolescente en la práctica de la mediación. Parte de la entrevista, en caso necesario, se puede practicar con el adolescente solo, y, en su caso, con sus padres.

Si ve que no se dan las condiciones, evita cansar mucho al adolescente y lo pasa inmediatamente —de ser posible— al equipo de asesoramiento, para que hagan el informe sico-socio-educativo.

Si en cambio, se dan las condiciones, inicia de inmediato una entrevista con el adolescente. En ella trabaja especialmente sobre la actitud del adolescente hacia el delito cometido, sobre la comprensión del daño provocado a la víctima, intentando además que el adolescente se implique en la búsqueda de una solución (reparación), para lo cual a veces los adolescentes resultan ser muy imaginativos. Después se evalúa si es posible o no hacer esa reparación, explicándole al adolescente el contexto judicial. En seguida se informa a sus

padres sobre los resultados de esa entrevista. Y finalmente, se informa también al fiscal, quien decide si autoriza la continuación de la mediación.

En caso de informe favorable del fiscal, ella (el mediador, en general) contacta a las víctimas, primero por carta, y luego telefónicamente, explicándoles la medida, las posibilidades que les ofrece, etc., invitándolas a una entrevista a solas con ella. En esa entrevista se les explica más, se contienen sus emociones, y se les ofrece la posibilidad de participar en la mediación. Pero junto con ello, también se evalúa si la víctima es idónea, excluyendo a las que tienen ánimo de venganza, que normalmente no les ayuda a ellas ni a los adolescentes.

Para trabajar el consentimiento de las partes se puede hacer más de una reunión con cada uno. Posteriormente se contempla una reunión entre ambos, con el mediador, para escucharse y afinar el acuerdo. Pero si la víctima no quiere la reunión, parece que de todos modos puede acordarse una acción reparatoria por parte del adolescente. Fuera de ello, también hay reparación sin víctima, pero entonces no se trata de una mediación, sino simplemente de una medida de reparación.

Sobre las soluciones a que se llega:

A veces, consiste simplemente en el diálogo, el arreglo pacificador, acercamiento de posturas. La reparación es simbólica: consiste en que el adolescente está haciendo algo con su actitud. Y la víctima, por su parte, está superando su miedo.

Otras veces, el adolescente ofrece y/o la

víctima pide una reparación, que puede ser económica; o se acuerda un servicio en beneficio de la comunidad, o un servicio para la propia víctima (así, en el caso de las grandes tiendas), controlado por un monitor externo, puesto por el Departamento de Justicia, o; finalmente, una donación en dinero en favor de una ONG sin fines de lucro.

A continuación, se firma un acuerdo de conformidad, si bien cuando el conflicto es entre adolescentes, ellos suelen prescindir de esta formalidad.

Finalmente, de los resultados de la mediación se comunica al fiscal, pero no se pide su aprobación. Con su primera autorización, ya se entiende que se aprueba todo el proceso. Esto es una innovación, pues antes se necesitaba la aprobación del juez, respecto del acuerdo reparatorio alcanzado, cosa que rigidizaba la mediación.

Sobre la finalidad educativa: plantea que hay una mezcla entre educación y atención a la víctima. Pero ella evita plantear la mediación simplemente porque sea educativa para el adolescente, pues en su posición neutral debe atender también a los intereses de la víctima; no se puede usar a la víctima en beneficio de la educación del adolescente. Por lo demás, considera que lo más educativo para el adolescente a fin de cuentas es que la víctima quede contenta y se sienta reparada. Los beneficios de la reparación son consecuencia del resultado.

1.3 Impacto.

Los clientes de la mediación son en general adolescentes de clase media o media-baja, que

tienen un cierto nivel intelectual y de socialización escolar, como para poder hacer el proceso empático frente al daño provocado a la víctima.

Los delitos suelen ser menores: daños, hurtos de supermercado, daños a la propiedad pública, lesiones leves. Pero también llegan casos más graves, como lesiones de mayor gravedad; así como delitos que formalmente consisten en robos con violencia o intimidación, pero que en realidad tienen un significado menos grave en el contexto de relaciones más o menos violentas entre adolescentes, entre quienes el despliegue de valentía, osadía o “choreza” es parte de la vida cotidiana durante cierta etapa: se trata de delitos con víctimas adolescentes. Muchas de las mediaciones se hacen entre adolescentes.

Desde el punto de vista preventivo, Charo Soler no tiene claro que sea necesaria la mediación en estos casos. Santiago Marcel cree que sería suficiente una sanción administrativa. En cualquier caso, Charo Soler aclara que, si bien no es claro que la mediación sea necesaria para que el adolescente no reincida (pues en muchos casos de todos modos no reincidiría, aún sin necesidad de la mediación), la mediación no empeora la situación; y acaso genera un espacio que permite al adolescente desarrollar una reflexión. Ambos creen, en todo caso, que el contexto judicial-penal de la mediación puede ser negativo respecto de algunos adolescentes, para quienes el paso por la fiscalía es “una tremenda medalla” (una condecoración como “choro” entre sus amigos). En cambio, una mediación extra-judicial, sin pasada por la fiscalía (y acaso, sin el techo del “Departamento

de Justicia”), probablemente tendría más beneficios.

Ambos coinciden en que en muchos de los casos resueltos por mediación, hace unos años no había respuesta alguna. Pero Charo señala que, fuera de la posibilidad de una reflexión y una experiencia enriquecedora para algunos adolescentes, la mediación ofrece importantes prestaciones importantes para las víctimas. Más aún, si no es clara la necesidad preventiva de la mediación para los adolescentes (la mayoría de ellos igual no reincidiría), para varias de las víctimas puede ser preventivo, especialmente tratándose de otros adolescentes, que se evita entren en el espiral de la violencia.

2. Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Comunidad Autónoma de Madrid.

2.1 Resumen de entrevistas con Rosa Berian, responsable del área de menores en conflicto con la justicia, y Carmen Crespo, mediadora, funcionaria de esa misma unidad.

El procedimiento, los criterios y clientes de la mediación son muy similares a los de Cataluña. Es más, según Carmen Crespo, ellos han trabajado con la gente de Cataluña (de hecho conoce bien a Charo Soler, la entrevistada de Cataluña), e incluso parece que en una fase inicial se inspiraron en la experiencia catalana. Sobre el procedimiento, podría agregarse que, cuando la víctima es otro adolescente, trabajan también con sus padres

en una primera reunión (pero luego se reúnen sólo con la víctima).

Por ello, interesa destacar algunas diferencias administrativas y de contexto del trabajo que se hace en Madrid, en comparación con la experiencia catalana.

La gran diferencia consiste en que la mediación no se practica en un Departamento de Justicia, como se hace en Barcelona (muy vinculados a la fiscalía), sino en el Instituto Madrileño del Menor y la Familia, en el, que junto a la unidad encargada de menores en conflicto con la justicia, existe una unidad preocupada de la tutela de los niños y adolescentes con necesidades de protección, con la que tienen un trabajo de estrecha coordinación.

Así, la solicitud de la fiscalía de un informe social, normalmente se envía al Instituto, pese a que subsisten todavía unos equipos técnicos pagados por el Departamento de Justicia que sirven directamente a los fiscales (como los de Cataluña). Los equipos del Instituto tienen una batería de alternativas más amplia, pues al evaluar el caso, pueden proponer al fiscal, por ejemplo, que se aplique el principio de oportunidad sin medida, informándole que en todo caso el Instituto iniciará una acción tutelar con los servicios sociales locales, cuando es preferible hacer un trabajo normalizador, con la escuela, en programas especiales para adolescentes, y/u ofreciendo ayudas económicas a la familia. En este caso se ha “pactado” con el adolescente (el equipo técnico del Instituto, no el fiscal) que él asista a los servicios sociales.

También se puede proponer al fiscal, por cierto, hacer reparación —con delegados del Instituto—, pero incluso en este caso, el acuerdo puede incluir la asistencia a los servicios sociales o la aplicación de otra medida ambulatoria. La internación se aplica poco; casi todos los casos son de adolescentes ilegales (marroquíes), que tienen un perfil delictual más serio o vinculados en criminalidad organizada (drogas).

En un 75 % de los casos aproximadamente, el fiscal acepta la propuesta de los equipos técnicos.

En relación con el impacto, dado el perfil de la clientela, se reconoce que en muchos de estos casos el adolescente, sin necesidad de la mediación comprende que ha cometido un delito, dañando a otra persona, y experimenta algún tipo de temor o remordimiento. Pero muchas veces en el grupo, con otros jóvenes, estos sentimientos se evaden: entonces sólo la denuncia y la intervención del programa de mediación permite reafirmar el sentimiento de empatía con la víctima, la desvalorización del daño y la revalorización de fórmulas no violentas de obtención de fines y de solución de conflictos.

Sobre la carga subjetiva del adolescente: los mediadores no son neutrales a los motivos, sino que exigen empatía, o disposición a empatizar, a reentender la propia acción, y propósito subjetivo de repararla. Los adolescentes que adopten una actitud instrumental —reparar simplemente para librarse de una medida más severa— son descartados de la medida. Por lo demás, el temor a una medida más grave es

relativo, pues los clientes de la mediación, saben que las alternativas no son demasiado graves: normalmente, amonestación, o prestación de servicios a la comunidad (teóricamente, también, vigilada por un breve tiempo).

El grado de satisfacción de los participantes es bastante alto, especialmente (según Carmen Crespo) en el caso del infractor.

Bibliografía

- ALBRECHT, PETER ALEXIS. *El Derecho penal de menores*, traducción de la primera edición alemana por Bustos Ramírez, Barcelona, 1990.
- ALBRECHT, PETER ALEXIS. *Respecto del futuro del Derecho penal de menores, peligros y chance*, traducción de Bustos Ramírez, en Bustos Ramírez (director) *Un Derecho penal del menor*, Santiago de Chile, 1992.
- ALLEN, ROB. *Children and Crime. Taking Responsibility*, Londres, 1997.
- CANTARERO, ROCÍO. *Los menores y el Derecho penal*, en Revista *Derecho privado y Constitución*, España, N° 7, 1995.
- CHILERO, MIGUEL. *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile*, en Pilotti, Francisco (Coordinador), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.
- CHILERO, MIGUEL y EGENAU, PAULO. *Administración de Justicia Juvenil y Daño Psicosocial*, en II Seminario Latinoamericano *Los Derechos del Niño en una Sociedad Democrática*, SENAME, Santiago de Chile, 1992.
- COUSO, JAIME. *Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal juvenil y la vía de protección de derechos*, en Autores Varios, *De la tutela a la justicia*, Santiago de Chile, 1998.
- COUSO, JAIME. *Notas acerca del debate político-criminal sobre las finalidades de las medidas en la justicia (penal) de adolescentes en Alemania, España, Estados Unidos, Inglaterra y Chile*, en Couso, Jaime/Farías, Ana María y colaboradoras, *Derecho Penal de Adolescentes, educación, ayuda o sanción?*, Coediciones UNICEF – Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 1999.
- DVJJ KOMMISSION. *Für ein neues Jugendgerichtsgesetz: Vorschläge der DVJJ Kommission zur Reform des Jugendkriminalrechts*, en DVJJ, 1992.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. *Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social*, en el mismo, *Derecho de la infancia-adolescencia*

en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral, Santa Fé de Bogotá, D.C., Colombia, 1994

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. *Prólogo a Autores Varios, De la tutela a la justicia*, Santiago de Chile, 1998.

GARDNER, MARTIN R. *Understanding Juvenile Law*, Nueva York-San Francisco, 1997.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER. *La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita*, en Bustos Ramírez (director) *Un Derecho penal del menor*, Santiago de Chile, 1992.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER. *La mayoría de edad penal en la reforma*, en *Política criminal y reforma penal. Libro-homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993.

GOMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS. *Pedagogía de la Presencia*, traducción de Mary Beloff y Mariana Jodara, Buenos Aires, 1995.

GUARINO-GHEZZI, SUSAN y LOUGHRAN, EDWARD J. *Balancing Juvenile Justice*, Nueva Jersey, 1996.

JUNGER-TAS, J. *La prevención de la delincuencia juvenil: Teoría y práctica en Holanda*, en Garrido Genovés, Vicente/Montoro González, Luis (Directores), *La reeducación del delincuente juvenil. Los programas de éxito*, Valencia (España), 1992.

KRISBERG, BARRY y AUSTIN, JAMES F. *Reinventing Juvenile Justice*, Newbury Park-Londres-Nueva Delhi, 1993.

«LA JUSTICIA PENAL CONSENSUADA EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL»

Jean Pierre Matus Acuña*

Introducción

El tema de esta ponencia plantea una serie de cuestiones que serán abordadas directamente desde la perspectiva de su operatividad en el Código Procesal Penal que se encuentra actualmente en discusión en el Senado de la República, pretendiendo ofrecer no una disquisición teórica acerca de las ventajas y desventajas del consenso como base de las salidas alternativas o negociadas al sistema procesal penal,¹ sino una descripción de los estímulos legales y factuales que podrían permitir la plena incorporación de la negociación o de la mediación como sustitutos al proceso penal o a la pena.

* Jean Pierre Matus es Doctor y Magister en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor Asistente de Derecho Penal en la Universidad de Talca, y Profesor Instructor de Derecho Penal en la Universidad de Chile.

¹ Al respecto puede consultarse en la literatura nacional los trabajos de Duce J., Mauricio: *Las salidas alternativas y la reforma procesal penal chilena*, en Cuadernos de Análisis Jurídico N° 38, Universidad Diego Portales, Santiago 1998, pp. 171-264, con abundantes referencias bibliográficas, y Horvitz, M^a Inés: *Algunas formas de acuerdo o negociación en el Proceso Penal: Tendencias de Derecho Comparado*, en Revista de Ciencias Penales, t. XI. N° 2, Santiago 1994, pp. 27 a 40. Para una visión del Derecho Comparado, desde la perspectiva de la reparación, pueden verse los trabajos de Roxin, Claus: *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en Maier, Julio (ed.): *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires 1992; y la obra de Larrauri, Elena: *La reparación*, en Larrauri/Gid: *Penas Alternativas a la prisión*, Barcelona 1997.

Si aceptamos una definición simple de la voz “consenso” como acuerdo entre partes, podemos ver en el articulado del Proyecto de Código Procesal Penal una serie de instituciones en que el acuerdo entre algunos de los intervinientes en el proceso puede producir su paralización (oportunidad, suspensión condicional, acuerdos reparatorios) o su abreviación, evitando el juicio oral (procedimiento abreviado). Estas serán las instituciones objeto de nuestro análisis. Sin embargo, su inserción en el ordenamiento jurídico nacional y los mecanismos que para su realización práctica se preveen, se encuentran fuertemente condicionados por el contexto en que se desenvuelve nuestra reforma procesal, el que permite explicar algunas de las aparentes contradicciones que la regulación de dichas instituciones contempla.

1. El contexto de la reforma procesal penal: el problema de los objetivos contrapuestos

Según resumía el pasado año Cristián Riego, uno de los principales impulsores de nuestro proceso de reforma penal, en él confluirían “un conjunto de diversos intereses, que incluso pueden ser vistos como contrapuestos”.² Así,

² Riego R., Cristián: *La Reforma Procesal Penal Chilena*, en Cuadernos de Análisis Jurídicos n° 38, Universidad Diego Portales, Santiago 1998, pp. 15-49, p. 31.

sobre la base del diagnóstico común de que nuestro actual sistema procesal penal se encuentra “colapsado”, al decir de don Mario Garrido Montt,³ se puede encontrar entre los promotores de la reforma, quienes esperan con el cambio “contribuir a la seguridad pública y otorgar mayor protección a las víctimas de los delitos”, junto con los que esperan “introducir estándares de respeto por las garantías individuales, controlar la actividad de la Policía y reducir el uso de la prisión preventiva”.⁴ Finalmente, se añaden a esos propósitos no sólo lograr mayor transparencia en la administración de justicia, sino aún reducir los costos de la misma, medidos en variables de rentabilidad social.⁵

La búsqueda de mecanismos de “salidas consensuadas” al proceso penal parece encuadrarse, como toda la reforma, en el marco de esa pugna latente entre los objetivos de reducir el uso de la prisión y dar plena satisfacción a las “víctimas” del delito, de respetar las garantías individuales pero aumentar la seguridad ciudadana, de reducir costos pero respetar la voluntad de las “víctimas” de obtener una condena.

De hecho, la revisión de la evolución legislativa que hasta el momento han tenido dos de las instituciones en que aparecen las ideas

de negociación y consenso, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, se nos presenta como un proceso sistemático de reducción del alcance de dichos institutos,⁶ con el agravante de que en el caso de la suspensión condicional del procedimiento se aumenta el rigor de las condiciones a imponer, lo que, como veremos más adelante, constituye un estímulo para no acceder a esta salida alternativa. En este caso, en el choque entre la postura ideológica que procuraba introducir mecanismos de solución de conflictos sociales alternativos a la prisión y las presiones políticas de un rigorismo penal fundado al parecer en el temor a un reblandecimiento de los mecanismos de control social del “fenómeno de la delincuencia”, ha llevado las de perder la primera.

Sin embargo, lo acontecido con las “salidas alternativas” no es casualidad, ni constituye una excepción dentro del Proyecto de Código Procesal Penal aprobado por la Cámara de Diputados, según lo demuestra la similar suerte que en su trámite legislativo corrió la regulación de la prisión preventiva, y de las alternativas que a ella se ofrecen.

Según escribía en 1764 Beccaria, la cárcel, como “simple custodia del ciudadano hasta tanto que sea condenado... siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser lo menos dura que se pueda. El menos tiempo debe medirse por la necesaria

³ Garrido Montt, Mario: comentarios, en *El Ministerio Público para una nueva justicia criminal*, CPU-FCP UDP, Santiago 1993, pp. 125.

⁴ Riego, op. y loc. cit...

⁵ Vargas, Juan Enrique: *La reforma de la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal*, en Cuadernos de Análisis Jurídicos n° 38, Universidad Diego Portales, Santiago 1998, pp. 55-170, p. 106.

⁶ Duce, op. cit., p. 240, con detalles sobre las modificaciones introducidas a dichos institutos desde los planteamientos iniciales hasta la aprobación del texto legal respectivo por parte de la Cámara de Diputados.

duración del proceso y por la antigüedad que da derecho el ser juzgado antes. La estrechez de la cárcel no puede ser más que la necesaria, o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos. El mismo proceso debe acabarse en el menor tiempo posible".⁷ Para hacer efectivo este ideal liberal, el Proyecto de nuevo Código Procesal Penal ofrece algunas alternativas a la prisión preventiva en su artículo 185,⁸ y limita el uso de ésta en sus artículos 171, según el principio de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena esperada y la medida cautelar, y en el 181, siguiendo aquí el principio de que, siendo igual de grave la pena que la medida cautelar, la prisión preventiva no debe exceder temporalmente la pena a imponer efectivamente. Sin embargo, estas limitaciones que ya están siendo discutidas en el Senado-, se enmarcan dentro de un régimen que no garantiza en absoluto la disminución de su uso por parte del Ministerio Público (y su concesión por los Jueces de Garantía). Ello, porque en primer lugar, el fondo de la decisión sobre la libertad provisional seguirá siendo el mismo que hoy día rige, según la última reforma introducida al artículo 363 del Código de Procedimiento Penal: la pena probable a cumplir lo que inclinará a mantener la prisión preventiva todo lo que sea necesario para adecuarla al castigo previsible (artículo 170).

Además, se debe tomar en cuenta que

seguramente nuestros legisladores querrán incorporar al nuevo Código Procesal Penal las nuevas reglas sobre libertad provisional del Proyecto Pickering, actualmente en trámite, que hacen aún menos accesible la libertad a quienes se encuentran en prisión preventiva.

Por si esto fuera poco, hay que hacer notar que una postura estrictamente basada en el peligro de fuga, atendida la escasez de medios de los "clientes" habituales del sistema penal, no podría basarse en la mera imposición de elevadas fianzas, pero tampoco en el control físico, pues no parece descabellado afirmar que falta capacidad operativa actual en la policía y faltará en el futuro del Ministerio Público para controlar efectivamente a quienes se encuentren en libertad esperando un juicio; por lo tanto, ambos factores podrían inducir a mantener más gente en prisión preventiva que la que se encuentra actualmente, cuando se considera como criterio principal el de la pena probable. Este es el riesgo que corren las medidas del artículo 185, pues ellas sólo permitirían reducir la prisión preventiva si fuesen efectivamente controlables. Y a menos que se adopten en serio sistemas de control electrónico,⁹ no existen indicios de que la Policía o el Ministerio Público estén dispuestos a distraer sus funcionarios en la vigilancia del cumplimiento de medidas tales como presentación periódica ante el juez, prohibición de comunicarse con personas

⁷ Beccaria, Cesare: *De los delitos y de las penas*, trad. De Juan Antonio de Las Casas, Alianza Ed., Madrid 1990, p. 61.

⁸ Los artículos del Proyecto que se citan, se toman del Boletín N° 1630-07 01 de la Cámara de Diputados.

⁹ Sobre el control electrónico, véase Escobar M., Gonzalo: *Los monitores electrónicos (puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel)*, en Larrauri, Elena /Cid, José: *Penas Alternativas a la Prisión*, ed. Bosch, Barcelona 1997, pp. 197-225.

determinadas, etc.¹⁰ Ni siquiera la regla del artículo 181 del Proyecto parece ofrecer grandes esperanzas, pues la revisión de oficio que se impone, “cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar”, no obliga a decretar la libertad del inculcado, sino sólo a “revisar su situación”, decretando su terminación “cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado”. ¿Pero cómo dejará de ser “peligroso para la sociedad” un inculcado de un día para otro?¹¹

Pero más allá del problema de la prisión preventiva se presenta el que constituye el punto de quiebre del sistema acusatorio mixto diseñado en nuestro Proyecto de nuevo Código Procesal: la creencia de que el nuevo sistema será más garantista que el actual marcadamente inquisitivo, ofrecerá soluciones alternativas y al mismo tiempo, será más eficaz contra la delincuencia.

Sobre este último punto, hay que señalar con claridad que a un sistema de enjuiciamiento

criminal no se le puede exigir el control de la violencia o de la delincuencia, pues no es ese su objetivo. Será una gran desilusión para algunos constatar en el futuro la persistencia de los “partes de mesón”, transformados ahora en causas “archivadas provisionalmente” (artículo 241), con la diferencia que mientras el “parte de mesón” no requiere despliegue de actividad procesal, el archivo provisional sí exigirá al menos la dictación de una resolución del Ministerio Público que así lo declare. Lo que es una señal de aparente eficiencia en la administración de recursos no es necesariamente una señal de lucha eficaz contra la delincuencia, al menos como se entiende ésta en los medios de comunicación. También resultará sorprendente para los que quieren obtener “condenas rápidas y ejemplarizadoras” descubrir que sólo quienes puedan ser favorecidos con una medida alternativa a la prisión —que no se entiende hoy en día precisamente como algo “ejemplarizador”— serán los principales interesados en una salida alternativa o en un procedimiento abreviado, para librarse rápidamente del “peso de la ley”; en tanto quienes arriesguen efectivas

¹⁰ Eso, sin contar con la dudosa constitucionalidad de sujetar a una persona “a la vigilancia” de otra o de una “institución determinada” (Artículo 185 b) del Proyecto).

¹¹ De todos modos, no es posible fiarse de reglas que limiten temporalmente la prisión preventiva, con fijación de plazos máximos de duración. Aquí resulta significativo el ejemplo de Italia, donde a partir de las limitaciones temporales legales de la prisión preventiva, ésta llegó a alcanzar máximos de un 70% de la población carcelaria en 1982, para descender al 50%, aproximadamente, a partir de 1988. Lo curioso de estas cifras es que coinciden, al menos las últimas, con nuestras propias estadísticas judiciales (Según el Compendio Estadístico de la Población Atendida por Gendarmería de Chile del año 1998, del total de la población reclusa en ese año (23.485 personas), el

53, 4% (12.514 personas) correspondió a detenidos y procesados sin condena). Según Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid 1995, p. 771, “esto significa que los plazos han actuado, más que como límite máximo, como límite mínimo de la detención preventiva y de la duración de la causa, o, lo que es lo mismo, como autorización implícita para alentar los procesos y para mantener al imputado en prisión durante toda su duración”. Más información al respecto, puede verse en Matus, Jean Pierre: *Cultura y transición: las resistencias de una “cultura inquisitiva” en la transición hacia una justicia penal republicana: oportunidades y amenazas para una mejor justicia criminal*, en Revista Universum 1999, en prensa.

penas de prisión preferirán siempre un juicio donde exista alguna posibilidad real de lograr la absolución. Más aún, será un verdadero “balde de agua fría” constatar que, como señala Riego, citando un estudio norteamericano, “aún en los países desarrollados, la capacidad de la justicia criminal para identificar a los sospechosos de los delitos y luego obtener su persecución y condena sólo alcanza a un porcentaje bastante pequeño de los casos denunciados, cifra que a su vez es sólo una proporción de los delitos cometidos”.¹² Así, el estudio de Zeizel que cita Riego señala que en la ciudad de Nueva York, durante la década de los 70, de un número de 1000 delitos cometidos, sólo 540 fueron denunciados a la Policía, de ellos, sólo 65 dieron lugar al arresto de un sospechoso y sólo en 36 casos se llegó a una condena. Es cierto que estas cifras varían proporcionalmente cuando se desagregan por delitos, pero esta variación sólo añade incertidumbre acerca de las reales posibilidades de la reforma penal para actuar eficazmente en la lucha contra el delito: los hechos punibles que menos posibilidades reales tienen de ser descubiertos, salvo que se sorprenda al autor in fraganti, son aquéllos que más parecen “preocupar” a la población: los atentados contra la propiedad, con o sin violencia. En esta materia, como reconoce Riego, el Ministerio Público sólo puede colaborar indirectamente, brindando la mejor atención posible a las víctimas.¹³

En este contexto, no cabe rasgar vestiduras

y acusar a la Cámara de Diputados de “incoherente” con los objetivos y fines trazados para la reforma al limitar el alcance de las ya precarias “salidas alternativas” del Proyecto,¹⁴ si desde el texto del Mensaje que lo acompañó se planteaban éstas “todavía limitadamente”,¹⁵ y el aumento de la seguridad ciudadana se consideraba uno de los objetivos principales de la reforma.¹⁶

2. Justicia penal consensuada (I): Posibilidades de una forma de justicia penal negociada entre el Ministerio Público y el imputado.

2.1 El procedimiento abreviado

Como paradigma de la negociación entre el ministerio público y el acusado, el procedimiento abreviado se presenta como un proceso donde, por una parte, el acusado ofrece renunciar a su derecho al juicio oral, reconociendo los cargos que se le imputan y las pruebas en que se fundan, y por otra, el Ministerio Público renuncia a la pretensión de que se imponga el máximo de la pena posible, limitando su acusación a hechos menos graves o a una pena inferior a la que en principio solicitaría en un juicio oral. Así propuesto, parece un mecanismo

¹⁴ Duce, op.cit., p. 250.

¹⁵ Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal, N° 110-331.

¹⁶ Por lo mismo, aparece extraño el argumento de que al limitar las salidas alternativas se atenta contra la “eficiencia” del sistema penal (Duce, op. cit., p. 251), pues quizás sea cierto que de ese modo se mal utilizarán los recursos destinados a él, pero no parece ser que el ahorro fiscal sea uno de los objetivos de la reforma, como sí se plantea la seguridad ciudadana

¹² Riego, op. cit., p. 42.

¹³ Riego, op. cit., p. 47.

con poderosos estímulos para negociar y acogerse al mismo: el Ministerio Público asegura una condena y el acusado, una pena menor que la que en principio le correspondería.

Sin embargo, el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal tiende a restringir la realización práctica de esta negociación, mediante una regulación plagada de estímulos negativos, como veremos enseguida. Según el artículo 467 del Proyecto, son “presupuestos” para que el Juez de Garantía falle en procedimiento abreviado, los siguientes:

- a) Que exista un acuerdo previo entre Ministerio Público y el imputado. El acuerdo debe constar por escrito;
- b) Que en virtud de ese acuerdo, el Ministerio Público requiriera la imposición de una pena no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, exceptuada la de muerte, ya fueren únicas, conjuntas o alternativas; y
- c) Que en virtud de ese acuerdo, el acusado acepte los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la instrucción en que se funden.

Si sólo se consideran los requisitos que este artículo señala se puede apreciar inmediatamente que esta clase de solución consensuada entre el Ministerio Público y el acusado, supone una negociación limitada sólo a los delitos de mediana y baja gravedad, por la cuantía de la pena máxima a imponer, a pesar de permitirse la “acumulación” de varias acusaciones por delitos distintos que tengan una pena inferior a 5 años cada uno. En efecto, atendido nuestro sistema

de determinación de las penas, la limitación a 5 años del máximo de pena solicitable hace que todo crimen consumado (delitos con penas iguales o superiores a 5 años de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo) en que no concurra atenuante alguna, o en los que concurra al menos una agravante, no puedan ser objeto de un procedimiento de esta clase, aún cuando el acusado esté dispuesto a aceptar los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la instrucción en que se fundan. Por lo tanto, el juez no sólo podría rechazar la solicitud de procedimiento abreviado si comprueba que el acuerdo no fue dado libremente por el acusado, o que el querellante ha presentado una fundada oposición al procedimiento, sino también cuando, atendidos los hechos materia de la acusación (y aún de la instrucción), considere que no se cumplen los presupuestos del artículo 467.

El argumento que podría esgrimirse en contra de esta conclusión, sería el de que, de todos modos, el Ministerio Público fija los hechos de la acusación y la cuantía de la pena solicitada, por lo que perfectamente podría acomodar ésta y aquéllos a las exigencias del artículo 467. Esto aparecería claramente respaldado en la ley, al permitir el artículo 468 la modificación de la acusación ya presentada, así como de la pena requerida, en la misma audiencia de preparación del juicio oral, a fin de permitir la tramitación del procedimiento conforme a las reglas del juicio abreviado. Y más aún, al establecer el artículo 473 que el fallo dictado en esta clase de procedimientos, de ser condenatorio, no pueda imponer una pena

“superior a la requerida por el Ministerio Público o el querellante, en su caso”.

Sin embargo, estas últimas disposiciones no privan al Juez de Garantía de sus facultades jurisdiccionales, y siendo una de las principales la apreciación de los hechos y su calificación jurídica, parece improbable que el sólo acuerdo de las partes intervinientes en un proceso que es por lo demás de “acción pública”, obliguen al juez a apreciar los hechos y calificarlos conforme lo solicita el Ministerio Público. De hecho, el artículo 1° de la ley 19.640, que establece la ley orgánica constitucional del Ministerio Público, siguiendo las directrices del artículo 80-A de la Constitución Política de la República, establece con toda claridad que el Ministerio Público “no podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

Pero el procedimiento abreviado no sólo se encuentra amenazado en su efectividad por la presencia del Juez de Garantía y la privación al Ministerio Público toda facultad jurisdiccional, sino también por los contradictorios estímulos que se ofrecen al querellante.

En efecto, según el artículo 469 el querellante particular puede impedir que se llegue a un procedimiento abreviado, si en su acusación particular califica los hechos, atribuye formas de participación o señala circunstancias que lo llevan a solicitar una pena superior al límite de cinco años antes señalado. Si el juez estima fundada su oposición, se rechaza el procedimiento y se tiene por no formulado el reconocimiento de los hechos de la acusación y de los antecedentes de la instrucción por parte del imputado (artículo 471). Y aún la ley parece estimular al querellante

para oponerse al juicio abreviado, pues en el artículo 473 le priva de la posibilidad de obtener por esta vía la indemnización civil correspondiente, obligándolo a interponer las acciones civiles ante el tribunal civil competente, agregando que en todo caso, el procedimiento abreviado no producirá cosa juzgada respecto del tercero civilmente responsable. Esto significa, en breves palabras, que el querellante que quiera obtener indemnización civil debe llevar la causa a juicio oral, si le es posible, donde tendrá a su favor no sólo la intervención de su abogado, sino también la del Ministerio Público, colaboración de la cual no gozará en el incierto procedimiento civil ordinario que se le ofrece como alternativa.

Aunque acertadamente se impide que el mero actor civil se oponga al procedimiento abreviado (artículo 469), esta situación deja bastante comprometida la posición del Ministerio Público en los casos en que existe una víctima y ella no tiene abogado querellante. En efecto, en tales situaciones, según el artículo 72 del Proyecto, es obligación del Ministerio Público deducir la demanda civil a nombre de la víctima, a menos que ésta renunciare a ella, la ejerciere por la vía civil o no colaborare con el Ministerio Público para su debido ejercicio. ¿Cómo compatibilizará esta obligación, que seguramente se le demandará públicamente, con el interés de abreviar el procedimiento, dejando sin compensación civil a la víctima?

Estos son los típicos problemas que genera la agregación de objetivos contrapuestos a un proceso de reforma: por una parte, se enfatiza la eficiencia del sistema, evitando recurrir al

costoso juicio oral, pero por otra, se abandona el objetivo de “adoptar medidas de protección para las víctimas” y de defender sus intereses económicos en el pleito criminal.

Quizás sería más fácil si desde un principio se hubiese separado la acción criminal de la civil, y ésta no se permitiese en el procedimiento criminal, pero aquí nuestras tradiciones comienzan a jugarnos malas pasadas, al tratar de acomodarlas a un sistema que no se aviene con ellas.

Lo mismo sucede respecto del acusado: ¿Qué estímulos reales se le ofrecen para acceder a un juicio abreviado, reconociendo los hechos y las pruebas que lo acusan?. No puede considerarse que la poca cuantía de la pena aplicable sea un estímulo, pues ella se compara con sí misma: si el delito cometido es un robo con fuerza del artículo 442 N° 1, la pena es de presidio menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años), así sea que la condena se dicte en un procedimiento abreviado como en un juicio oral. Y en ambos casos, si el delincuente es primerizo, le corresponderá la remisión condicional de la pena o la libertad vigilada, atendida la cuantía de la pena impuesta, tanto si se impone en un juicio oral como en un procedimiento abreviado. De hecho, en cuanto a la materia de la acusación, el Ministerio Público no está limitado sólo por las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales ordinarios, sino también por su propia ley orgánica, que le obliga, en su artículo 3°, a adecuar sus actos a “un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley”. Y no puede ser “objetivo” un criterio que estime acreditados

ciertos hechos, si el imputado accede a un procedimiento abreviado, y otros —más graves—, si lo rechaza. O que no se oponga a la concesión de un beneficio establecido legalmente en un caso, si se trata de un procedimiento abreviado, y se oponga si el mismo caso llega a juicio oral.

Así, para el acusado que tiene derecho a no declarar en su contra y cuenta con abogado defensor desde el primer momento en que la instrucción se dirige contra él (artículo 107) sólo se presenta la siguiente alternativa: acceder a la imposición casi segura de una pena mediante el procedimiento abreviado, pues ya ha reconocido los hechos de la acusación y sus fundamentos; o esperar el juicio oral, donde podría ser condenado a igual pena que la resultante del procedimiento abreviado, pero donde tendrá también la posibilidad de rebatir la acusación y por ende, mayores chances de resultar absuelto. Además, como se trata de delitos que suponen penas inferiores a cinco años, lo más probable es que los posibles sujetos de esta clase de procedimiento se encuentren en libertad provisional, hecho que los estimulará más todavía a tratar de rebatir la acusación en un juicio oral. Sólo en casos de previa declaración voluntaria de culpabilidad y en el evento que le fuese suspendible la pena por alguna de las medidas de la ley 18.216, o en caso contrario, que el inculcado se encontrase privado de libertad por el abrumador peso de las pruebas en su contra, parece probable que accediera a renunciar a su oportunidad de obtener una sentencia absolutoria en un juicio contradictorio.

Pero las limitaciones al procedimiento

abreviado, que en realidad son limitaciones al poder del Ministerio Público de fijar los hechos de la acusación y la cuantía de la pena aplicable a los mismos, no sólo afectarán negativamente la “eficiencia” del sistema en los casos de delitos de baja o mediana intensidad, sino también en los delitos verdaderamente graves, pues la sola posibilidad de obtener una sentencia absoluta en el juicio oral, al que obligadamente se debe llegar, provocará inevitablemente que las defensas planteen tales posibilidades, haciendo más difícil si se quiere la labor del Ministerio Público y afectando sensiblemente su productividad.

Es por ello que nuestro procedimiento abreviado, tal como se encuentra proyectado, no puede compararse en su diseño con el sistema de *plea bargaining* que existe en los Estados Unidos de Norteamérica, donde mediante su facultad privativa y no sujeta a control jurisdiccional de negociar el contenido de la acusación y el marco de la pena aplicable, los fiscales disponen de la acción penal pública y ejercen con ello funciones al menos cuasi o parajurisdiccionales, las cuales han permitido que sobre el 90% de las causas criminales terminadas en sentencia condenatoria sean resueltas por esta vía.¹⁷ Y por lo mismo, carece de sentido pretender que con un diseño como el proyectado, se logren parecidos o similares resultados a los que se obtienen en los Estados Unidos de Norteamérica, en cuanto a manejo eficiente de

recursos y limitación de causas sujetas a juicios orales.¹⁸

2.2 La suspensión condicional del procedimiento

Calificado por Duce como un mecanismo de alguna manera propiamente alternativo al funcionamiento del sistema penal, y por tanto, diferente al procedimiento abreviado,¹⁹ lo cierto es que el diseño de la suspensión condicional del procedimiento en el Proyecto de Código Procesal Penal se asemeja mucho más al procedimiento abreviado de lo que un análisis abstracto de sus finalidades y propósitos podría admitir, al punto de presentarse, en su estructura normativa, prácticamente como un caso especial de esta última clase de procedimiento.

Ello por cuanto la regulación actualmente en trámite de la suspensión condicional del procedimiento, supone, al igual que el procedimiento abreviado, no sólo una negociación previa entre el Ministerio Público y el imputado, sino también que la pena a imponer en concreto al imputado sea inferior a cinco años y que éste acepte los hechos de la acusación (instrucción) y

¹⁷ Donzinger, Steven (ed.): *The real war on crime. The National Report of the National Justice Commission*, Washington 1996, p.182.

¹⁸ Cabría, por tanto, revisar al alza las optimistas cuentas del análisis de costo beneficio elaborado por la Escuela de Ingeniería de la Universidad de Chile y los efectos de la simulación computacional preparada por la Fundación Paz Ciudadana, las que pueden verse en el trabajo de Vargas, Juan Enrique: *La reforma a la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal*, en tal como se presentaron en Cuadernos de Análisis Jurídico N° 38, Universidad Diego Portales, Santiago 1998, pp. 103s. (ver sobre todo el Cuadro N° 2, en p. 154). La necesidad de una revisión de tales cuentas aparece implícita también en el trabajo de Duce, op. cit., p. 251.

¹⁹ Duce, op. cit., p. 178.

las diligencias en que se fundan (artículo 311). Además, en caso de quebrantamiento de las condiciones, corresponde sin más proceder en contra del imputado mediante un procedimiento abreviado, entendiéndose que con la aceptación de los hechos de la acusación ha renunciado de antemano al juicio oral (artículo 313). De este modo, la suspensión condicional se transforma en una especie de procedimiento abreviado adelantado, para casos muy especiales y con un efecto penal diferente: en cuanto a los casos, sólo se admite si la pena aplicable en concreto fuera inferior a tres años de presidio o reclusión, no se trate de ciertos delitos excluidos legalmente (aborto, homicidio, secuestro, mutilación, lesiones gravísimas, tráfico ilícito de estupefacientes y conductas terroristas), y el imputado no sea delincuente habitual de modo que se presuma que no volverá a delinquir (artículo 311); y en cuanto a los efectos, se evita la sentencia condenatoria y con ella los antecedentes penales y la imposición de una pena en concreto, y en cambio, se impone un régimen de condiciones (Artículo 313) que es, por otra parte, muy similar al de la remisión condicional de la pena del artículo 5º de la Ley 18.216.

Como señala Duce, es en este punto donde la Cámara de Diputados introdujo algunos de “los principales cambios” al Proyecto del Ejecutivo,²⁰ el que establecía un régimen completamente diferente al reseñado: aplicable a casi toda clase de delito en que fuera posible aplicar alguna de las medidas de la ley 18.216, y donde el acuerdo entre el fiscal y el imputado no

importaba aceptación de los hechos, e incluso, en caso de quebrantamiento, no podría invocarse en él, el juicio oral.²¹ Para Duce, las razones del cambio del sistema propuesto por el Ejecutivo “obedecen principalmente a cierta desconfianza en la utilización de estas salidas alternativas, desconfianza que a su vez se basa en una excesiva preocupación o sensibilidad de los parlamentarios por los problemas de la seguridad ciudadana (delincuencia común) y la necesidad de dar una respuesta dura en contra de la criminalidad más relevante frente a la opinión pública”.²² Nuevamente surge aquí el conflicto entre los objetivos contrapuestos de la Reforma Procesal Penal, cuyos efectos en la regulación concreta de las nuevas instituciones no pueden soslayarse, a pesar del acuerdo que los promotores de nuestra reforma ven en torno a la necesidad de una reforma como la propuesta por el Ejecutivo, que importe la introducción del juicio oral,²³ acuerdo que, en aspectos sensibles como los que aquí se reseñan, parecen más aparentes que reales.

De todos modos, con independencia del debate en torno a las razones y propuestas teóricas, lo cierto es que la actual regulación en trámite de la suspensión condicional del procedimiento, como bien señala Duce, restringe

²⁰ Duce, op. cit. p. 221s, resume las razones que a su juicio se tuvieron en cuenta durante el proceso de redacción del Proyecto presentado al Congreso para no ofrecer la alternativa que en definitiva prosperó en la Cámara de Diputados: la necesidad de incentivar al imputado a aceptar esta clase de arreglos, evitando al mismo tiempo su estigmatización y propendiendo a su reinserción social.

²² Duce, op. cit. p. 240.

²³ Rigo, op.cit., p. 32ss.

²⁰ Duce, op. cit., p. 241.

aún más de lo propuesto por el Ejecutivo, las posibilidades de recurrir a este instituto.²⁴

Sin embargo, esta restricción no proviene de la limitación temporal (pena aplicable en concreto inferior a tres años) y los requisitos personales del inculcado, pues siendo similares a los que se exigen para conceder la remisión condicional de la pena en el artículo 4° de la Ley 18.216, cabría esperar un comportamiento similar al de este instituto, respecto del cual en el año 1998, mientras los condenados que cumplían penas de prisión representaban el 19,5% de la población atendida por Gendarmería, los beneficiarios de la remisión condicional de la pena alcanzaban al 42,6%, en tanto que los sujetos a libertad vigilada sólo llegaban al 6%.²⁵

La restricción proviene del único requisito que no contempla la ley 18.216 respecto a la remisión condicional de la pena y que se agregó por la Cámara de Diputados para limitar la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento: que el delito investigado no sea aborto, homicidio, secuestro, mutilación, lesiones gravísimas, tráfico ilícito de estupefacientes y conductas terroristas, de modo que, respecto de los delitos de habitual ocurrencia,

quedó reducida su aplicación a los hurtos, robos con fuerza y otros atentados contra la propiedad, junto con los cuasidelitos y los delitos por infracción a la ley de alcoholes.

De todas formas, la principal limitación de la suspensión condicional del procedimiento proviene de su gran similitud con el procedimiento abreviado: quienes no estén interesados en recurrir a esa clase de procedimiento, sobre todo quienes se encuentren en libertad provisional—como en los casos de suspensión condicional del procedimiento parece corresponder, ya que se trata de delitos cuya pena probable es inferior a tres años y los inculcados no deben constituir un “peligro para la sociedad”—y siempre tengan la esperanza de obtener un fallo favorable en el juicio oral, no tienen ningún estímulo real para reconocer su culpabilidad y más encima, acceder a la imposición de condiciones que pueden llegar a ser más gravosas que las correspondientes al beneficio de la remisión condicional de la pena—que sería la peor consecuencia a sufrir en caso de condena—, tales como: el sometimiento a tratamientos o vigilancia médica (artículo 312 c)), el pago de una suma determinada por indemnización de perjuicios (art. 312 e))—pago del cual pueden ser eximidos los que reciben el beneficio de la remisión condicional (artículo 5 d) ley 18.216)—, y la vigilancia por parte de la víctima, que establece indirectamente el inc. final del artículo 314 del Proyecto. Y si el Ministerio Público pretende utilizar la prisión preventiva para forzar el acuerdo, está por verse si nuestras Cortes aceptarán como legítima una privación de libertad con ese solo objetivo, que no aparece

²⁴ Duce, op. cit., p. 247.

²⁵ Fuente: *Compendio estadístico de la población atendida por Gendarmería de Chile del año 1998*. La diferencia aumenta aún más si el total se compone sólo por la población penal que está cumpliendo penas o se encuentra bajo algún beneficio. De ese total, quienes se encuentran beneficiados por la remisión condicional, alcanzan al 55% de la población condenada, mientras que quienes cumplen en prisión (sin salida diaria ni libertad condicional), sólo representan apenas el 26%.

mencionado en el artículo 170 como una causal que autorice la prisión preventiva.

Luego, sólo quienes no puedan más que recurrir al procedimiento abreviado, por haber confesado previamente el delito o por existir en su contra abundancia de pruebas condenatorias, se verán estimulados a optar por la suspensión condicional del procedimiento antes que recurrir a un procedimiento abreviado, ya que a pesar de las similitudes del tratamiento entre las condiciones previstas para la remisión condicional de la pena y la suspensión condicional del procedimiento, en éste último caso, transcurrido el plazo de la suspensión sin que fuere revocada, “se extinguirá la acción penal”, extinción que compensaría la gravosidad de las condiciones, al no quedar registrados antecedentes criminales respecto del suspenso. En cambio, esos antecedentes permanecerían en el prontuario de quien es beneficiado con la remisión condicional de la pena, al menos para su agregación en futuros procesos criminales (artículo 29 Ley 18.216).

Pero si el inculpado está dispuesto a acceder a una suspensión condicional del procedimiento, y para ello debe reconocer su culpabilidad, lo que hará sólo si ya ha confesado o no tiene otra posibilidad, queda por ver si el Ministerio Público estará dispuesto a hacerse cargo del control de los suspensos, con la supervigilancia de la víctima en su caso, tal como se prevé en el artículo 314 del Proyecto. Este estímulo negativo resalta más aún si se toma en cuenta que los casos susceptibles de ser derivados a suspensión condicional del procedimiento, también lo son de recibir el beneficio de remisión

condicional de la pena, para cuya vigilancia ya existe la Sección de Tratamiento en Medio Libre de Gendarmería. Si a ello se le agrega que para el Ministerio Público la condena en procedimiento abreviado es de todos modos una condena a exhibir en tiempos de “crisis de seguridad ciudadana”, y no lo es, en caso alguno, la suspensión condicional del procedimiento, el cuadro de estímulos negativos parece agravarse.

Y aunque la víctima no puede oponerse formalmente a la suspensión condicional del procedimiento, aunque sí lo podría hacer en la audiencia respectiva, puede apelar de su concesión cuando apareciendo como querellante, se viere perjudicada con su procedencia (artículo 311), como sucedería si no considerase adecuada la suma fijada como indemnización o no le satisficiera plenamente la modalidad establecida para el pago de la misma.

3. Justicia penal consensuada (II): Los acuerdos reparatorios entre la víctima y el imputado.

Dejando de lado los delitos de acción privada,²⁶ donde el ofendido dispone plenamente de la acción penal, la que puede abandonar si llega a algún arreglo con el querellado, y partiendo del presupuesto de que aún en ciertos delitos de acción pública el interés del Estado en la persecución penal no primaría sobre el de

²⁶ Al respecto, cabe destacar que el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal considera en su artículo 64 c), junto a los tradicionales delitos de acción privada el giro fraudulento de cheques previsto en el D.F.J. N° 707 de 1982, lo que permite una mayor flexibilidad en la negociación entre el acusado y el afectado.

la víctima,²⁷ el artículo 315 del Proyecto de Código de Procesal Penal establece que “cuando el delito que se persiga recayere sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o susceptibles de apreciación pecuniaria, o cuando se tratare de delitos culposos que no hubieren producido resultado de muerte ni afectaren en forma permanente y grave la integridad física de las personas, el juez podrá aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos”.

Con esta regulación, nuestra legislación ha quedado en medio del camino entre los dos modelos de introducción de la reparación como sanción penal autónoma descritos por Larrauri:²⁸ el de justicia penal, que la concibe directamente como una pena a imponer obligatoriamente de forma exclusiva o copulativamente con las medidas de probation por el Juez en lo criminal para delitos de baja gravedad, como sucede en Inglaterra a partir de la reforma a la Criminal Justice Act de 1972 y en el sistema federal norteamericano, a partir de su introducción en 1982 en la Victim and Witness Protection Act; y el sistema de justicia reparadora, o de la mediación-reparación, donde la reparación está prevista como final de un proceso de mediación que se realiza como alternativa al proceso penal, vigente en Noruega desde el 15 de marzo de 1991, y en España, en el ámbito

de la Justicia Juvenil (Ley 4/1992).²⁹ Este es también el modelo que impulsa en Alemania Roxin.³⁰

En efecto, en primer lugar, aunque se intenta introducir como parte de una idea global de justicia reparadora, una “alternativa a la respuesta tradicional del sistema penal”,³¹ la reparación en el Proyecto sólo se limita a una forma de indemnización pecuniaria, tal como señala el citado artículo 315, al referirse a los “bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o susceptibles de apreciación pecuniaria”, excluyendo con ello de antemano otras formas de reparación posibles, como las de carácter simbólico (presentación de disculpas) o material a favor de la víctima (prestación de servicios materiales, tales como trabajos en beneficio de la comunidad).³²

Y por otra, lo que es más grave, el artículo 315 del Proyecto se ha desentendido de la regulación de los mecanismos de mediación que permitiesen efectivamente hacer operativa la reparación para la mayor parte de los casos posibles, dejando expuesta la institución a las críticas usuales en la materia: que constituye una forma para pagar por el término de un pleito, y

²⁹ Para un análisis del desarrollo del sistema de mediación en la justicia juvenil en España, particularmente en Cataluña, puede consultarse la obra colectiva de Jaime Funes (Dir.): *Mediación y justicia juvenil*, Barcelona 1995, y el trabajo de Lidia Ayora: *Alternativas al internamiento en la jurisdicción de menores*, en Larrauri/Cid (Coords.): *Penas Alternativas a la Prisión*, Barcelona 1997, pp. 251-275.

³⁰ Cfr. al respecto, Roxin, Claus: *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1991.

³¹ Duce, op. cit. p. 177.

³² Larrauri, op.cit. p. 172.

²⁷ Horvitz, op. cit., p. 121.

²⁸ Larrauri Pijoan, Elena: *La reparación*, en Larrauri/Cid: *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona 1997, pp. 181ss.

por tanto, beneficia sólo a quienes pueden hacer ese pago; que deja a los inculpadados en causas de acción pública entregados a la ambición y poder de decisión de la víctima; y a su vez, deja a éstas sujetas a toda clase de presiones indebidas por parte de los imputados o sus familiares. Cualquiera comprenderá que la sólo revisión judicial de un acuerdo previamente establecido, no será suficiente para evitar estos peligros que se denuncian.³³

Pero nuestro sistema no sólo está a medio camino entre los descritos por Larrauri, por las deficiencias de regulación del artículo 315 del Proyecto, sino porque éste también contempla la reparación, como indemnización civil, como condición en los casos de suspensión condicional del procedimiento (artículo 312 e), en la forma de reparación como sanción acompañante a la vigilancia propia de la suspensión del procedimiento, con la posibilidad de otorgar plazos y condiciones para su pago y aún reducir su cuantía en el transcurso de la suspensión. Y aunque es cierto lo afirmado por Duce en el

sentido que nuestra legislación penal común no contemplaba anteriormente la reparación como forma de solución alternativa de conflictos³⁴, no lo es menos que ella sí se contemplaba originariamente como condición de los sistemas de probation introducidos por la ley 18.216, donde se consideraba como condición a imponer a quienes resultaban beneficiados por la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada (artículos 5º d) y 16 e) ley 18.216), aunque posteriormente tanto la jurisprudencia como la propia ley flexibilizaron estas exigencias al punto de no ser hoy en día legal y factualmente un requisito para gozar de los referidos beneficios.

De todas maneras, es claro que esta posibilidad de salida negociada del proceso penal ofrece, al menos al inculpadado que se encuentre en condiciones de acceder a ella, mayores estímulos que las anteriormente analizadas: no tiene un límite relacionado con la cuantía de la pena, sino sólo con la naturaleza del delito que se trate, y su aceptación por el juez extingue la acción penal, con independencia del grado posterior de cumplimiento del acuerdo, quedando libre de todo antecedente criminal. Por su parte, para la víctima es una vía expedita de obtener la debida reparación por el mal causado, restituyéndosele el conflicto y su solución.

De allí que, sin duda, las mayores dificultades en su aplicación provendrán del total desamparo en que se pueda encontrar la parte débil de la negociación, por la falta de un sistema de mediación previo, por una parte, y por otra, de

³³ De hecho, el temor de que los acuerdos reparatorios representasen algún peligro de abusos por parte de quienes tendrían posiciones privilegiadas frente a los más débiles motivó -según Duce, op. cit., p. 246s- a la Cámara de Diputados a limitar el ámbito de aplicación de los acuerdos reparatorios, prácticamente a los "delitos no violentos contra la propiedad". Sin embargo, según la experiencia comparada la limitación de la aplicación de este instituto a una clase determinada de delitos de baja intensidad no es la vía idónea para restringir las posibilidades de abuso, si ella no va acompañada de sistemas de mediación que aseguren no sólo un control judicial posterior, sino también la presencia de un mediador y límites normativos a las pretensiones de las partes, tal como sucede en los sistemas español y noruego. Cfr. Larrauri, op. cit., p. 185s.

³⁴ Duce, op. cit., p.232.

la limitación a la clase de delitos en que tales acuerdos se permiten. Sobre la primera de las dificultades anunciadas trataré de esbozar alguna respuesta en la siguiente sección. En tanto, abordaremos la cuestión relativa a la clase de delitos en que podrían presentarse acuerdos reparatorios.

3.1 Los bienes jurídicos disponibles en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal

En primer lugar, resulta más o menos sin lugar a dudas, por la propia redacción del artículo 315, que los acuerdos reparatorios procederán en todos los cuasidelitos, salvo que se trate de un cuasidélito de homicidio o de lesiones del artículo 397 N° 1 del Código Penal.

Los mayores problemas se generan respecto a los restantes delitos contemplados en el Código Penal. Desde luego, la expresión “bienes jurídicos disponibles” que empleaba el Proyecto del Ejecutivo y que durante la tramitación parlamentaria fue limitada en su alcance añadiéndole la cláusula “de carácter patrimonial o susceptibles de apreciación pecuniaria”, resulta a todas luces una expresión poco feliz, atendida su “extrema ambigüedad” y las interminables discusiones que al respecto existen en la dogmática penal, según oportuna pero ineficazmente lo hiciera ver durante la preparación del Anteproyecto don Carlos Künsemüller³⁶, ambigüedad que no disminuye por el entusiasmo de sus redactores en una supuesta

“interpretación progresiva” a que pudiese dar lugar³⁶.

No obstante esta limitación, no parece discutible, por los propios términos del artículo 315 del Proyecto, que entre las causas en las que podrían permitirse acuerdos reparatorios se encontrarían todos aquellos casos de delitos no violentos contra la propiedad, i.e., todos los contemplados en el T. IX del Código Penal, salvo los delitos de robo con violencia o intimidación, los de incendio y otros estragos (por el riesgo común que involucran), la usurpación con violencia del artículo 457 Código Penal, y los delitos de los artículos de fraude previsional del 470 N° 8 y usura del 472.³⁷ Además, al menos debiera incluirse en esta categoría el delito de falsificación de instrumento privado en perjuicio de terceros del artículo 198 Código Penal, y las disposiciones que penalizan los incumplimientos o defraudaciones en la ejecución de ciertos contratos especiales, como sucede particularmente en las disposiciones penales contempladas en la Ley sobre Letras de Cambio, y en la de Almacenes Generales de Depósito. Además, cabría acoger estos acuerdos respecto de ciertas

³⁶ Duce, op. cit., pp. 206, 235 y 247. Este inusitado entusiasmo por una jurisprudencia uniforme y que se desarrolla progresivamente parece, en todo caso, olvidar la disposición del artículo 3° del Código Civil, sobre el efecto relativo de las sentencias en Chile, al que no se opone lo dispuesto en el artículo 418 del Proyecto, en cuanto a las solicitudes de “modificación o aclaración de los criterios jurisprudenciales vigentes”, pues tales criterios rigen, según la citada disposición del Código Civil, sólo para la causa en que se dictaron.

³⁷ Como veremos enseguida, la exclusión de estos dos últimos delitos se encuentra legalmente establecida en el artículo 63 b) del Proyecto.

³⁶ Carlos Künsemüller: *Informe sobre Salidas Alternativas y Procedimientos Especiales en el Borrador de Anteproyecto de Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Santiago 1994, inédito, cit. por Duce, op. cit., p. 204.

prácticas empresariales o laborales que perjudican otras clases de propiedad, como las contempladas en la Ley de Propiedad Intelectual.³⁸

Desde luego, la identificación de todos y cada uno de los delitos en que fuera posible admitir que sólo se afecta un bien jurídico de “carácter patrimonial”, requiere una investigación acusatoria de la normativa penal vigente, que no nos es posible realizar en esta oportunidad. Ahora sólo queremos pasar a destacar el significado práctico que, a la luz de las propias disposiciones del Proyecto de Código de Procedimiento Penal, podría tener la expresión “bienes jurídicos disponibles... susceptibles de apreciación pecuniaria”, que si ha de tener sentido, debe referirse a delitos distintos de aquéllos de carácter puramente patrimonial.

Admitiendo que en estos casos se parte de la base de que existen ciertos delitos de acción pública en que el interés de la víctima puede ser tan o más preponderante que el del Fisco, podemos encontrar en el propio Proyecto de Código Procesal Penal un listado de tales delitos, donde queda entregada a la víctima la iniciativa de la acción penal, y por tanto, puede disponer de ella mediante su pasividad. Me refiero a los delitos que el artículo 63 del Proyecto denomina “de acción pública previa instancia particular”.

El primer grupo importante de delitos que menciona el artículo 63 y que pueden considerarse casi sin lugar a discusión como aquéllos

que afectan bienes jurídicos disponibles de carácter pecuniario o susceptibles de apreciación pecuniaria, son los delitos de violación de secretos con perjuicio de terceros de los artículos 231 y 247 inc. 2° del Código Penal, los de estafas y otros engaños del § 8 del T. IX del L. II del Código Penal (con excepción de ciertos fraudes al fisco y la usura, artículos 470 N°8 y 472, respectivamente), y los relativos a la propiedad industrial (artículo 63 letras g), h) y j), respectivamente).

Tampoco parece muy discutible que el derecho a la intimidad del hogar sea un bien jurídico disponible, pues de otro modo no se entendería la actividad social de las personas. Y que sea susceptible de apreciación pecuniaria parece claro, pues para ello basta hojear las llamadas “revistas del corazón”, donde conocidos personajes, generalmente por precio, “abren” sus domicilios particulares a la ciudadanía toda. Es por ello que el delito de violación de domicilio (artículo 63 f)), parece ser posible de reparar por la vía pecuniaria. No así el allanamiento irregular practicado por funcionarios públicos, que no se encuentra mencionado en el artículo 63, por la sencilla razón de que en éste, hay un interés público superior de impedir el abuso de autoridad y la desviación de las funciones protectoras de los derechos de las personas que deben cumplir los funcionarios públicos.

El tercer grupo importante de delitos contra bienes jurídicos disponibles que dicho artículo 63 reconoce en sus letras a) y b) es el de aquéllos que afectan la autodeterminación o libertad en el ámbito sexual, con relación a personas

³⁸ No se consideran aquí los delitos de giro doloso de cheques y de revelación de secretos de fábrica del artículo 284 del Código penal, pues el Proyecto los considera, con buenas razones, delitos de acción privada (artículo 64 Proyecto).

mayores de 12 años. No parece discutible que la libertad sexual de quienes están en condiciones físicas y psíquicas de hacer uso de ella sea un bien jurídico disponible, pues de otro modo no se podrían comprender las relaciones humanas. Tanto es así, que respecto a los delitos de estupro, el Proyecto los ha considerado en su artículo 64 b) derechamente como delitos de acción privada, entregando a la ofendida la plena disponibilidad de la acción penal. Además, a pesar de la gravedad que los delitos de violación y abusos sexuales pueda representar en abstracto, no debe dejar de considerarse que a ese respecto, la complejidad de las relaciones humanas puede incidir en distintas apreciaciones ex ante y ex post tanto por parte de la víctima como del ofensor, a las cuales el derecho debe dar una oportunidad de manifestarse, como es claro sucede al requerir la participación de la víctima para dar inicio a la persecución penal. La cuestión que se presenta enseguida es si dicha libertad sexual, como bien jurídico disponible, es susceptible de apreciación pecuniaria. Una primera respuesta a esta pregunta, desde el punto de vista del deber ser, parecería inclinarnos por la negativa: la actividad sexual o corporal destinada a satisfacer los deseos de otra persona no debiera ser objeto de una apreciación económica. Incluso podría afirmarse que la comercialización del cuerpo humano para fines sexuales sería un clásico ejemplo de contrato civil con objeto ilícito, por ser éste contrario a la moral o buenas costumbres. Pero el Derecho Penal debe atender no sólo a lo que debiera ser, sino también a la realidad de la vida. Y existen muchas buenas razones para estimar que la

disposición de la libertad sexual puede ser susceptible de apreciación pecuniaria.

Desde luego, el ejercicio de la prostitución así lo demuestra. Y este ejercicio se encuentra reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, al menos a nivel sanitario. Pero es cierto que ese no es el mejor de los ejemplos. Quizás la cuestión relevante es aquí la siguiente: ¿podemos negarle la oportunidad de resarcirse del mal sufrido a la víctima de un delito cuya investigación necesariamente la expone en su intimidad sin duda alguna más allá de lo que ella pudo querer o prever?. El natural temor a que el “pervertido sexual” con dinero pueda escapar por esta vía de la persecución penal se disipa, si se tiene en cuenta que según todos los estudios realizados, la mayor parte de los agresores sexuales pertenecen al círculo familiar o de amistades de las víctimas de tales delitos. Y que cuando verdaderamente se sufre un ataque sexual que importa lesiones de cierta entidad, o la muerte de la víctima, ya no nos encontramos ante el caso de la sólo disposición de la libertad sexual, sino ante un ataque pluriofensivo, que por lo mismo, queda excluido de la posibilidad de ser reparado por el solo acuerdo entre el agresor y la víctima o sus representantes, existiendo un interés público superior en su persecución criminal. Pero cuando no se trata de esa clase de ataques violentos contra las personas, la cuestión sobre la disponibilidad de la libertad sexual y su apreciación pecuniaria puede ser abordada sin prejuicios, dándole a las víctimas y a los agresores no violentos la posibilidad de poner término al juicio criminal por la vía de los acuerdos reparatorios.

Por las mismas razones antes expuestas, no parece razonable admitir que los delitos de lesiones menos graves del artículo 399 y amenazas de los artículos 296 y 297 del Código Penal, se hayan incorporado a la lista de “delitos de acción pública previa instancia particular” (artículo 63 e), i)), sobre todo si se toma en cuenta que es a través de la amenaza de delitos serios y de las lesiones menos graves (que pueden importar enfermedad o inutilidad para el trabajo de hasta 30 días) que personas o grupos organizados pueden imponer su voluntad sobre quienes se encuentren en una posición social más débil. De todas maneras, aunque se mantengan en definitiva entre los delitos que requieren instancia particular, resulta más o menos evidente que no podrían considerarse en tal caso como delitos que afecten bienes jurídicos disponibles susceptibles de apreciación pecuniaria, sin dejar por esa vía abierta la posibilidad de que nuevas lesiones o amenazas induzcan al afectado a aceptar un “acuerdo reparatorio”, si no se establece un mecanismo de mediación que asegure la libertad de quienes prestan el acuerdo. Pero si tal mecanismo existiese, de seguro que ciertas lesiones de menor entidad o amenazas proferidas en momentos de pasión, podrían dar lugar a una reparación que excluyera la persecución penal.

Finalmente, la bigamia es considerada entre los delitos que requieren previa instancia particular, según el artículo 63 d). Aunque se trata de un avance, lo cierto es que quizás valdría la pena aprovechar los medios informáticos de que se disponen en la actualidad, para impedir, con un adecuado programa informático, la

comisión de esta clase de ilícito, y no esperar a que el afectado los denuncie y luego permitir que el autor del delito repare el daño. De todas maneras, hay aquí un interés público relevante, la determinación del estado civil de las personas, cuya protección quizás no merezca una sanción penal, lo que es discutible, pero que de todos modos debiera proveerse por la vía de una adecuada utilización de los registros que posee el Servicio de Registro Civil, verdadero responsable de que esta clase de ilícito se cometa, al no aprovechar el tiempo que media entre la manifestación y la celebración del matrimonio, para realizar la investigación preventiva acerca de la verdadera identidad de los contrayentes y su estado civil.

4. Propuestas para un servicio de mediación en el contexto de la reforma procesal penal

Como hemos intentado mostrar, a pesar de ser limitadas, existen en el Proyecto de Código Procesal Penal algunas posibilidades de evitar un juicio oral, una condena o la persecución penal, mediante la obtención de un consenso entre los intervinientes en el proceso penal. Sin embargo, no se prevé en dicho Proyecto ningún mecanismo que permita hacer posible dichos consensos. Tampoco la ley 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público establece alguna base orgánica que explícitamente de lugar a mecanismos que tengan ese objetivo.

Sin embargo, la ley orgánica constitucional, al establecer las “unidades administrativas” con

que han de dotarse la Fiscalía Nacional y las Regionales, contempla en sus artículos 20 f) y 34 e), una “Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos”, la cual “tendrá por objeto velar por el cumplimiento que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal”.

Es claro que dichas disposiciones no llevan explícitamente a concluir que en dicha Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos (en adelante UAVT) se deba establecer un programa de mediación como mecanismo para obtener los consensos posibles dentro del sistema procesal proyectado, pues en ninguna parte del Proyecto siquiera se menciona la palabra “mediación”.

Pero también es claro que para “ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley” (artículo 93 del Proyecto) el Ministerio Público debe proveerse de mecanismos que le permitan llegar a acuerdos con los inculcados, en los casos que la ley así lo establece, esto es, procedimiento abreviado y suspensión condicional; y también es claro que para ellos debe llevar adelante “todas las actuaciones conducentes al éxito de la investigación” (artículo 96). Y puesto que no resulta rebatible sostener como el reconocimiento de los hechos de la acusación y de los fundamentos de la instrucción por parte del inculcado debe considerarse un “éxito de la investigación”, resulta posible afirmar que el Ministerio Público podría establecer mecanismos que le permitan, en cumplimiento de sus funciones y para conseguir el éxito de la investigación, obtener del inculcado el reconocimiento de los hechos fundantes de la acusación y sus antecedentes.

Claro que de allí no se deduce que tales “mecanismos” o actuaciones hayan de contemplar necesariamente la mediación entre ellos. Sin embargo, como hemos visto al analizar el procedimiento abreviado y la suspensión condicional del procedimiento, en los casos en que exista una víctima que se presente al juicio, su actuación podría desbaratar los acuerdos que alcance el Ministerio Público con el imputado, oponiéndose al procedimiento abreviado (artículo 467) e incluso apelando de la suspensión condicional del procedimiento decretada judicialmente (artículo 311). El riesgo que importan estas actuaciones para la eficiencia del sistema es demasiado importante como para simplemente “esperar que no lleguen a realizarse”. Es por ello que en tales casos, el ministerio público debiera preocuparse también de conseguir el acuerdo de la víctima que tiene representación en juicio, y aún de la que no la tiene, pues en tales situaciones, el ministerio público representa sus intereses como actor civil (artículo 72).

De allí que, “respecto” de las víctimas pueda afirmarse que el Ministerio Público, para el cumplimiento eficaz de sus funciones, debe propender a establecer mecanismos que permitan obtener el acuerdo de éstas, en los casos que sea necesario para solicitar una suspensión condicional del procedimiento o un procedimiento abreviado.

Con mayor razón pues, si se toma en cuenta el carácter de representante de la víctima en cuanto a la acción civil derivada del delito (artículo 72), debe preocuparse el Ministerio Público de que ésta obtenga la debida reparación del daño

sufrido, facilitándole las vías para llegar a un acuerdo reparatorio con el inculpado, que no la arriesgue a asumir una posición de poder contra el débil, ni a sufrir las presiones del poderoso, como podría suceder en algunos casos, si tales arreglos se dejan entregados al arreglo particular entre víctima e inculpado. Además, existe en este caso otra poderosa razón para que el Ministerio Público esté al menos en conocimiento de tales arreglos: evitar la desviación de recursos de investigación a actividades sin mayor sentido, por la existencia de un acuerdo entre la víctima y el inculpado que extinguirá la acción penal y transformará en tiempo perdido la actividad investigativa que se hubiese realizado en paralelo, desconociendo la posibilidad de tal acuerdo.

Por tanto, es perfectamente posible, y se encuentra legalmente respaldado, que el Fiscal Nacional, en uso de su atribución de fijar “los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y las leyes”, y dictar “las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos”, determine que la UAVT organice y diseñe mecanismos que faciliten la obtención de los adecuados consensos que sean necesarios para recurrir con éxito al procedimiento abreviado, la suspensión condicional de la pena y los acuerdos reparatorios, evitando el gasto de la realización de los juicios orales correspondientes.

Y esos mecanismos tendientes a obtener el

acuerdo entre víctima e inculpado, tal como se explicase anteriormente, se conocen en la actualidad como procesos de mediación, en el ámbito de lo que se consideran alternativas de *diversión* de las respuestas a los conflictos sociales.³⁹

Sin embargo, no es éste el lugar para realizar un análisis detallado de los pro y los contra de la mediación como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos,⁴⁰ ni de proponer el diseño concreto de funcionamiento del servicio de mediación dentro de la UAVT en el Ministerio Público, sino simplemente de constatar, cualquiera sea el diseño que en definitiva se adopte, la necesidad de implementar un mecanismo de esa clase para esperar algún grado de éxito en la aplicación de salidas alternativas al proceso penal y en el recurso a los procedimientos abreviados. Y de señalar, que en todo caso, tales mecanismos de mediación, conforme la experiencia acumulada al presente, han de reunir las siguientes condiciones: a) voluntariedad de los partícipes; b) reconocimiento de los hechos por parte del infractor; c) inmediatez en el tiempo.⁴¹ Además, respecto del inculpado, su presencia en el proceso de mediación debe facilitarse suspendiendo las actividades de investigación en su contra, de modo de fijar los hechos sobre que prestará su reconocimiento, lo que ha supuesto en Noruega y España la derivación de la mediación a una oficina diferente de la encargada de la persecución penal propia-

³⁹ Ayora, op.cit., p. 268.

⁴⁰ Al respecto, pueden verse las citadas obras de Funes, Larrauri y Ayora.

⁴¹ Funes, Jaime, op. cit., p. 43.

mente tal (en nuestro caso sería la UAVT), evitando que en la mediación entre víctima y agresor intervenga el fiscal a cargo del caso.⁴²

Determinadas de este modo las condiciones básicas de los mecanismos de mediación, es posible proponer el siguiente diseño tentativo de su incorporación a la organización y actividad del Ministerio Público, en el marco de la Reforma Procesal Penal en curso:

1. En cada fiscalía local, dotar la UAVT de un equipo de mediación, formado por profesionales que no cumplan funciones de persecución penal (fiscales adjuntos).

2. Cada vez que ingrese una denuncia o querrela, el Fiscal adjunto a cargo del caso evaluará las posibilidades legales de derivar el caso a un procedimiento abreviado, a su suspensión condicional o a un acuerdo reparatorio, teniendo en cuenta la naturaleza y los antecedentes penales del supuesto ofensor. En caso de dudas, recurrirá al equipo de mediación de la UAVT para asesorarse.

3. En cada fiscalía local, una vez recibida la evaluación del Fiscal adjunto, la UAVT debe ponerse en contacto con la víctima directa o indirecta que existiese, informándole no sólo de los resultados del procedimiento, sino de la forma en que puede intervenir en éste (artículo 137 a) y b) Proyecto), y particularmente, de la posibilidad de que mediante su participación en un mecanismo de mediación se ponga término al procedimiento sin llegar a un juicio oral, cuando se trate de un caso susceptible de ser derivado a un procedimiento abreviado, una

suspensión condicional o un acuerdo reparatorio, según corresponda.

4. Del mismo modo, habido que sea el inculpado, el fiscal a cargo le informará de las posibilidades que tiene, según corresponda, de acogerse a un procedimiento abreviado, una suspensión condicional del mismo o un acuerdo reparatorio, explicándole con claridad el significado de cada una de estas alternativas, y en particular que ellas importan en todo caso que, de ser exitosas, deberá reconocer los hechos de la acusación y los antecedentes en que se fundan.

5. Obtenido el acuerdo voluntario de víctima e inculpado para someterse a un proceso de mediación, y no existiendo otros cargos contra el inculpado, se suspenderán las actividades de investigación y se derivará el caso a los profesionales mediadores de la UAVT. En el proceso de mediación, por ser voluntario, no se permitirá sino cuando sea estrictamente necesaria la participación de los abogados de los partícipes.

6. Si el proceso de mediación concluye exitosamente, volverán los antecedentes al Fiscal adjunto, quien cerrará la investigación y se presentarán las respectivas solicitudes de procedimiento abreviado, suspensión condicional o acuerdo reparatorio que correspondan.

7. Si el proceso de mediación fracasa, pero se obtiene al menos el acuerdo del inculpado de someterse a un procedimiento abreviado o una suspensión condicional del mismo, según corresponde, el Fiscal adjunto cerrará la investigación y presentará al Juez de Garantía la respectiva solicitud.

⁴² Larrauri, op. cit. p. 184.

8. Si el proceso fracasa totalmente, se proseguirá con la investigación hasta agotar los medios necesarios para concurrir al juicio oral respectivo.

9. Antes de someterse al proceso de mediación y, en caso de fracasar éste, se facilitará la comunicación entre el inculcado y su abogado defensor, antes de presentar cualquier solicitud al Juez de Garantía que involucre la aceptación de los hechos de la acusación y los fundamentos de la acusación.

«CONCILIACIÓN ¿MEDIO EFICAZ DE PONER FIN AL LITIGIO?»

Julio Salas Vivaldi



El establecimiento como trámite obligatorio en el proceso civil del llamado por el juez a las partes a conciliación en todas aquellas situaciones en que sea admisible la transacción, nos alienta a expresar algunas ideas sobre el particular y más de una duda.

Como es sabido, la ley N° 19.334, de 7 de octubre de 1994, modificó el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil y dispuso que en todo juicio civil, agotados los trámites de la discusión, el juez imperativamente “llamará a las partes a conciliación y les propondrá bases de arreglo”. Para tal efecto —tratándose del procedimiento ordinario de mayor cuantía— la citación se hará a una audiencia para un día no anterior al quinto ni posterior al decimoquinto, contado desde la fecha de la respectiva notificación. En aquellos sistemas procedimentales que contemplen una audiencia para evacuar la contestación de la demanda, se efectuará en ella la diligencia que nos preocupa, evacuado que sea tal trámite.

Como puede apreciarse, la más importante innovación de la ley mencionada radica en hacer obligatorio el llamado a conciliación en las oportunidades señaladas dejando de tener, como hasta antes de ella, el carácter de facultativo para el juez. Se aplica, entonces, el mismo criterio ya implantado en las causas

laborales, de policía local, arrendamiento de predios urbanos, etc.

Nadie duda de los méritos y beneficios de la conciliación, sea como sustitutiva o alternativa de la función jurisdiccional del Estado. Tanto es así que el legislador le atribuye los mismos efectos de una sentencia ejecutoriada.¹

Nos preocupa, sí, el carácter de obligatoriedad que se ha dado a la institución, elevándola a la categoría de trámite esencial del proceso en el numerando segundo del artículo 795 del Código de Procedimiento Civil, y a la oportunidad en que ella debe provocarse, lo que podría dilatar innecesariamente el curso de aquél.

Lo dicho nos lleva a plantear una serie de interrogantes respecto de la conciliación en nuestro sistema procesal y especialmente respecto de la intervención en ella del Estado por medio del juez u otro funcionario y de la ocasión de provocarla: antes o durante el curso del litigio y en este último caso en qué oportunidad de su tramitación.

Nuestras dudas adquieren consistencia si

Julio Salas V. es Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Concepción, en la Universidad Católica de la Santísima Concepción y en la Universidad del Desarrollo.

¹ Respecto de la eficacia de la conciliación, puede verse nuestro artículo sobre el particular en el número 194 junio-diciembre de 1994 de *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*.

se tiene presente que —como lo dijimos en el Seminario organizado por la Universidad Diego Portales sobre “La necesidad de Gestiones Preparatorias en el Sistema Procesal Civil Chileno”²— durante el curso de su vigencia el Código de Procedimiento Civil ha demostrado cierta reticencia ante la conciliación. Para demostrarlo basta recordar ahora, y lo reiteramos más adelante, que sólo le atribuyó aplicación general durante la tramitación del juicio cuarenta años después de su promulgación y sólo con carácter facultativo por parte del juez y que, noventa años más tarde y a contar de 1995, la transformó en obligada, elevándola a la categoría de trámite esencial, pero perdurando su negativa hasta hoy de concretarse antes de la instauración del potencial proceso, es decir una diligencia previa del mismo, como sucede en otras legislaciones.

Para dar respuesta a las dudas planteadas, menester es recordar algo muy elemental y sabido. El hombre, en la sociedad en que vive, está regido por normas morales, sociales, legales, etc., que gravitan sobre él desde su nacimiento hasta su muerte.

Estas normas le imponen una serie de obligaciones, a la vez que le otorgan los derechos correspondientes. El ejercicio mesurado de estos derechos y el cumplimiento estricto de tales obligaciones le permiten una armónica convivencia. Pero frecuentemente, por desconocimiento de dichas normas o por una pretensión excesiva o, en fin, por un

egoísmo desgraciado, se producen una serie de colisiones entre los intereses de los individuos que es necesario resolver. Y es menester hacerlo no sólo para satisfacer los intereses del que tiene la razón, aplicando el Derecho a su caso, sino además, para mantener la paz y la tranquilidad social que siempre se verán alteradas por la promoción de cualquier litigio, por particulares que sean los derechos que allí se contraponen.

Frente a este panorama la sociedad encomienda al Estado el ejercicio de la función jurisdiccional, aquella que tan escuetamente nuestra Constitución y el Código Orgánico de Tribunales resumen como la de conocer de las causas civiles y criminales, juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado.

Para tal fin crea los órganos adecuados: los tribunales, a cuya cabeza está el juez y le proporciona el medio necesario para su cumplimiento: el proceso, que la misma Constitución exige que sea justo y racional.

Frente a la situación descrita surge la primera interrogante que nos preocupa: ¿corresponderá sustraer al Estado de su genuino papel de juzgador y aplicador del Derecho por mandato constitucional y asignarle, además, el de mediador o de amigable componedor cuyas proposiciones conciliatorias quedan entregadas a la particular voluntad de los súbditos en disputa?

Si la respuesta fuere afirmativa, cabe preguntar: ¿la labor conciliatoria del Estado debe llevarla a efecto por medio del propio juez o ella se encomendará a un funcionario administrativo?

² Seminario llevado a efecto en dicha Universidad entre el 19 y el 21 de julio de 1995, dirigido por el profesor de Derecho Procesal y magistrado Carlos Fernández.

La primera solución aparentemente parece más plausible si consideramos el rango y la categoría del juez, criterioso por naturaleza o formación, pero nos preocupa porque significa bajarlo de su sitio de sentenciador y colocarlo a nivel de las partes, las que podrán rechazar o aprobar sus proposiciones. Dicho de otra manera, son ellas las que en alguna medida juzgan al juez.

Además de esta incómoda posición el magistrado—hombre de Derecho— se resistirá más de alguna vez a sancionar con su presencia arreglos que, si bien son lícitos, pueden apartarse en algún aspecto de la letra de la ley y de la propia equidad, pero que, bien o mal, ponen término o precaven el litigio. En fin, no nos parece el juez un buen conciliador, si juzgador.

Si, ahora, asignara el Estado esta labor a un funcionario administrativo se evitarían en alguna medida los inconvenientes reseñados, especialmente si el elegido tuviere para ello adecuada preparación, especialmente nociones de sociología y psicología. Pero no siendo docto en Derecho ¿quedaría garantizada la legalidad del acuerdo por él promovido, especialmente si tiene el mérito de autoridad de cosa juzgada al igual que la sentencia del juez? ¿Qué habría sucedido si la sugerencia del rey Salomón—como lo relata la Biblia—hubiese sido aceptada por las mujeres que se disputaban la maternidad del niño? ¿Qué consecuencias tendría—lo cuenta ahora una novela costumbrista— si los cónyuges mal avenidos coincidieron con la proposición del lego “juez de paz” de dar por concluido su

matrimonio mediante el expedito camino de romper ante ellos en mil pedazos la correspondiente libreta de familia?

Para evitar las situaciones descritas existen en Japón los llamados “Comités de Conciliación”, compuestos por un juez y por no menos de dos comisionados que, por lo general, no son abogados. No obstante que el magistrado preside el organismo—nos cuenta el autor Hideo Tanaka— usualmente sólo ratifica lo actuado por los otros miembros, lo que acentúa “el peligro de la inobservancia de la ley en el proceso conciliatorio”.

No son estas las únicas dudas a que nos lleva la conciliación. Nos preguntamos, también, si es conveniente que se intente antes de la promoción del Juicio mismo, esto es previo a la demanda, o durante el curso del proceso.

En el primer caso estamos en presencia de la llamada “audiencia preliminar” y tiene la ventaja de que si prospera el avenimiento se evita el juicio y no distraerá a su respecto la función jurisdiccional del Estado. Pero, sin embargo, no nos parece fácil que a esta altura aquél se produzca. No nos olvidemos que sólo estamos al comienzo de una jornada que todas las partes la vislumbran provechosa a sus intereses, ilusionados, vencedores en potencia de lo que vendrá y sin sufrir aun el desgaste y los desengaños del camino recorrido. Son los atletas en el punto de partida sin desgastarse aún y pletóricos por el triunfo que—bien o mal—ven cerca por estimarse depositarios de la justicia y la verdad. Quieren todo o nada.

Difícil quizás, en tales condiciones, llegar a las coincidencias que pongan fin a la disputa y

eviten la promoción del juicio. Tales inconvenientes no se ven con igual magnitud si la conciliación se intenta durante su curso, aun cuando si fracasa, indudablemente habrá perturbado su tramitación y dilatado la dictación de la ansiada sentencia que cada litigante espera favorable, aunque ya no con tanta seguridad como al comenzar el proceso.

Y para qué seguir haciendo de abogado del diablo, aunque bien intencionado. Ponemos los pies sobre la tierra y examinemos ahora, como lo habíamos anunciado, nuestra realidad procesal y cuál ha sido la evolución del tratamiento que a la conciliación se le ha dado en el curso de la vigencia del Código de Procedimiento Civil. Nos parece éste un antecedente de sólidas bases, pues demuestra una experiencia probada que se asienta en nuestra idiosincrasia y hábitos, consecuencia de un sistema de vida y sentidas aspiraciones tras el afán de buscar adecuadas y justas soluciones al juicio. Constituye, quizás, un elemento más valioso que teorías y precedentes extranjeros que no siempre resultan aplicables en otras realidades.

El referido Código, con vigencia desde 1903, como se dijo, omitió establecer como trámite normal del proceso o previo a él, a la conciliación. Sólo la consideró limitadamente respecto de los juicios sobre autorización para contraer matrimonio de los menores en el que el juez debía procurar un “avenimiento amigable”.

En la forma dicha no le pareció a los autores del proyecto respectivo ni al legislador, persistir en ideas contenidas en las Constituciones de 1822, 1823 y 1828, en las Ordenanzas

de Bilbao y en el Reglamento de Administración de Justicia de 1824, en los que, con mayor o menor importancia, se contemplaba la conciliación. Seguramente ello se debió a que ya en 1836 se había abolido, sin mayores explicaciones pero presumiblemente por ineficaz, el trámite que nos preocupa, tanto con carácter inicial como durante el curso del juicio.

No obstante lo dicho, el Código de Procedimiento Civil aludido no desconoció la voluntad de las partes como forma de solucionar el litigio, pero procuró mantener al juez al margen de su producción. Lo demuestra así el tratamiento especial que le dio a la excepción de transacción en el artículo 300 de su texto, igual al actual 301, como también al avenimiento como antecedente de la ejecución en el numerando tercero del artículo 434. En ambos hay acuerdo de los litigantes, mas no lo provoca el sentenciador.

Llegamos así a la ley N° 7760, de 5 febrero de 1944. En el proyecto del Ejecutivo se establecía la conciliación como trámite obligatorio en la generalidad de los juicios, que debía ser provocado obligatoriamente por el juez de la causa actuando como amigable componedor, tan pronto se presentara la demanda y antes de trabada la *litis*.

El Senado durante el estudio del Proyecto estimó necesario conocer la opinión de la Sección Procesal del Instituto de Estudios Legislativos y del Consejo General del Colegio de Abogados. El primero sólo aceptó la conciliación como un trámite meramente facultativo del juez. El segundo después de terminado el período de la discusión.

En definitiva, la ley aludida instituyó el

trámite que nos preocupa como mera atribución del juez, la que podría ejercer en "cualquier estado de la causa" con valor de sentencia ejecutoriada, siempre que en ella no esté comprometido el interés público. Se imitó así lo que ya ocurría en los procesos laborales por mandato del Decreto con Fuerza de Ley N°178 de 13 de mayo de 1931, aunque allí con carácter obligatorio.

Tal situación perduró durante más de medio siglo. Se alteró ella el año 1994 mediante un proyecto de ley que proponía establecer en materia civil la conciliación previa al inicio del proceso. Su tramitación legislativa dio lugar —lo que no es de ordinaria ocurrencia— a importantes discrepancias entre la Cámara de Diputados y el Senado.

En efecto, mientras la primera aprobó la conciliación como acto procesal previo al juicio y facultativo para las partes, dándole aplicación común en todo procedimiento, el segundo la prefirió con carácter obligatorio una vez terminada la etapa de la discusión, elevándola a la categoría de trámite esencial.

La primera posición —la de la Cámara de Diputados, defendida por el diputado Sergio Elgueta—, se basó, a más de antecedentes históricos, en el Código de Procedimiento Civil modelo para Iberoamérica que incluye al instituto que motiva estas reflexiones dentro de los llamados "Procesos Preliminares".

A su vez, en la Cámara Alta se sostuvo, por el senador Miguel Otero, que el llamado a conciliación antes de evacuada la contestación de la demanda la expone al fracaso, pues a esa altura del proceso el juez carece de cabal

conocimiento de los antecedentes del mismo y mal podrá proponer bases para una amigable solución.

Constituida la reglamentaria Comisión Mixta, propuso a sus respectivas corporaciones lo que hoy es la ley N° 19.334, de 7 de octubre de 1994.

Como se sabe y ya se dijo, establece en la generalidad de los juicios civiles el llamado a conciliación obligatorio por el juez una vez agotados los trámites de la discusión, constituyendo su omisión causal de casación en la forma. Lo anterior, sin perjuicio de la atribución oficiosa del magistrado en cualquier estado de la causa, una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda.

Tal es la situación actual de la conciliación en nuestra legislación procesal civil después de casi un siglo de vigencia del respectivo Código.

La interrogante surge nuevamente frente a la eficacia de la conciliación como alternativa de la función jurisdiccional del Estado. Reiteremos: ¿será mejor que ella se intente durante el curso del juicio ya promovido, constituyendo una manera de darle fin, reemplazando la decisión del juez o, por el contrario será más útil como medio de precaver su promoción? En el primer caso, ¿la conciliación deberá intentarla obligatoriamente el juez o será meramente facultativo para él?

Frente a las dudas enunciadas no podemos dejar de expresar nuestras aprensiones respecto del actual sistema conciliatorio nacional.

Nos parece, primero, que la obligatoriedad implantada para el juez en su promoción no se aviene con la realidad y dará lugar, más de

una vez, a perturbaciones en el curso del proceso. Nos parece que, como antes de la reforma, debió dejarse a su criterio el llamado a conciliación. Así sólo lo hará cuando las circunstancias y la realidad de cada caso lo aconsejen, evitando la dilación innecesaria de la *litis* en aquellos que desde luego se perciba un fracaso.

Además, la oportunidad que imperativamente se le señala al juez para cumplir esta función puede ser para él inadecuada, pues no estará debidamente compenetrado de los pormenores del asunto. Recordemos que en el procedimiento ordinario ha sido un mero director del debate en el período de la discusión, limitándose su actuar a dar curso progresivo a los autos. Mal, entonces, estará en condiciones de proponer bases de arreglo sobre materias de que desconoce, lo que se agrava con el gran volumen de asuntos que simultáneamente debe atender. El proceso estará, entonces, suspendido sin justificación durante un prolongado lapso.

Lo mismo sucederá en aquellos casos en que la contestación de la demanda debe efectuarse en la audiencia a que debe citar el juez, como ocurre en el procedimiento sumario, en la que de inmediato y sin mayor reflexión debe proponer personalmente a las partes bases de arreglo, lo que supone un acabado conocimiento y meditación de las materias en debate, de las que también carece en tan prematura ocasión.

Quizás las respuestas a nuestras inquietudes van dirigidas hacia otra dirección y es la que nos daba el magistrado Pedro Silva Fernández, más tarde Ministro y Presidente de la Corte Suprema, a propósito de la ley N° 7.760: "La exposición

del conciliador será en muchos casos el antecedente que determinará el avenimiento, porque, conocida la opinión del juez, si ésta se apoya en razonamientos convincentes o en normas claras de equidad, será difícil que las partes o sus abogados se obstinen en perseverar en un pleito cuyo resultado en definitiva puede preverse, y desestimen las fórmulas de un arreglo que producirá la solución inmediata del litigio y evitará los gastos y molestias inherentes a su prosecución. Agrega: "La iniciativa del juez y la colaboración de los abogados son los factores necesarios para éxito de la institución". (*Revista de Derecho y jurisprudencia* tomo XLI, Primera Parte, pág. 101).

Son ellos –añado yo– los artífices del feliz resultado de la conciliación y su papel en ella está sobre la oportunidad en que se lleve a efecto y las demás modalidades de la misma. Su interés y empeño serán agradecidos no sólo por los litigantes sino además, por la sociedad toda, pues contribuirán a formar una nueva concepción la conveniencia de la solución amistosa de los conflictos, aún de carácter jurídico.

«RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN EL ÁREA FAMILIAR»

Alejandro Abarca Díaz

«La experiencia del programa de asistencia jurídica»



Esta monografía se basa en el trabajo desarrollado por el **Programa de Asistencia Jurídica (PAJ)**, en las diez comunas de la VIII región donde funciona esta innovadora experiencia implementada por el Ministerio del ramo, y se enmarca en la política social que ha impulsado dicha cartera con objeto de modernizar la administración de justicia en nuestro país, particularmente en lo que respecta al acceso a la justicia de los sectores de escasos recursos.

Los dos temas centrales que se abordarán son los siguientes:

- La caracterización de las principales temáticas del área socio-jurídica que afectan a las personas que han concurrido al **PAJ** a pedir asesoría y orientación por problemas familiares
- Y la descripción de las formas en que los profesionales de este programa intentan dar solución a las problemáticas familiares que les son presentadas

A continuación, y para contextualizar esta experiencia de trabajo, se darán a conocer algunos antecedentes generales del Programa de Asistencia Jurídica.

Antecedentes del Programa de Asistencia Jurídica

Este programa es creado en 1993 por el Ministerio de Justicia y se circunscribe en la línea de mejoramiento del acceso a la justicia que forma parte de la política social desarrollada a partir de 1990 por el gobierno.

En un comienzo se implementó en forma piloto en dos regiones del país (Metropolitana y Bío-Bío), abarcando 19 comunas calificadas como "pobres". Posteriormente, y luego de una positiva evaluación, amplió progresivamente su presencia en la actualidad a seis regiones y más de 50 comunas del país (ver cuadro N° 1).

En el caso de la VIII región, desde sus inicios el PAJ ha funcionado en las siete comunas que componen la provincia de Arauco y en tres comunas de la provincia de Concepción (Penco, Coronel y Lota), a través de ocho consultorios jurídicos fijos y una unidad móvil en cada una de las dos provincias.

El propósito orientador de este Programa es permitir el acceso a la justicia de las personas de escasos recursos que habitan en las comunas pobres donde el PAJ funciona, y entre sus principales objetivos se encuentran los siguientes:

- Informar y orientar a aquellas personas de escasos recursos sobre cuáles son sus dere-

CUADRO N°1: COBERTURA NACIONAL DEL PAJ

Región	N° de Provincias	N° comunas
II Antofagasta	El Loa, Antofagasta, Tocopilla (03)	09
IV Coquimbo	Limarí (01)	05
Metropolitana	Santiago, Maipo, Chacabuco (03)	12
VII Maule	Linares, Cauquenes (02)	09
VIII Bio-Bio	Concepción, Arauco (02)	10
X Los Lagos	Chiloé (01)	09
Total	12 provincias	54 comunas

FUENTE: Memoria Programa de Asistencia Jurídica 1993-1997

chos y cómo pueden estos hacerse efectivos.

- Ofrecer alternativas de solución a los conflictos que permitan evitar la apertura de procesos judiciales, promoviendo el acuerdo entre las partes.

- Asegurar una atención profesional calificada, estable y continua en los consultorios jurídicos, de manera de hacer factible una interacción perdurable entre la comunidad y los profesionales de dichos consultorios.

- Determinar cuáles son los problemas más acuciantes y recurrentes en cada una de las comunas donde se implementa el programa.

- Elaborar coordinadamente con otras instituciones, públicas o privadas, políticas de difusión y de trabajo con la comunidad que permitan enfrentar con anticipación aquellos problemas más acuciantes y recurrentes de la comuna.

A partir de estos objetivos se definen las líneas de acción de este Programa que en seguida se describen.

Líneas de acción del Programa de Asistencia Jurídica

Para desarrollar las líneas de acción de este Programa existen consultorios fijos y móviles, en los cuales trabajan equipos profesionales conformados por un Abogado y un Asistente Social (ambos jornada completa), quie-

nes además cuentan con la colaboración de una secretaria o un chofer, respectivamente. Asimismo, en el 50% de los equipos existen también abogados auxiliares contratados por media jornada, cuya función principal es asumir parte de la labor de tramitación de los casos que maneja el consultorio.

Otro recurso humano que ha existido exclusivamente en los consultorios fijos, y que ha prestado un importante apoyo en la función de tramitación, han sido los alumnos de la carrera de Derecho que realizan su práctica profesional (postulantes). En este mismo sentido, y debido a limitantes geográficas, solamente en el caso particular del consultorio fijo de la comuna de Penco, desde 1997 alumnas de la carrera de Servicio Social de la Universidad del Bío-Bío han venido realizando una práctica —en virtud de un convenio de cooperación que el PAJ suscribió con dicha entidad aca-

démica—aportando tanto a la línea de atención de casos como a la de trabajo comunitario.

Para entregar una visión de la conformación de los equipos del PAJ se presenta en el siguiente cuadro la cantidad de profesionales existente en cada consultorio (ver cuadro N°2)

Respecto al trabajo que estos equipos profesionales desarrollan, existen cuatro líneas de acción fundamentales: Información y orientación social individual, Resolución extrajudicial de conflictos (RAC), Patrocinio judicial (tramitación en Tribunales) en caso de no llegar a acuerdos y Trabajo comunitario para la difusión de derechos y capacitación en materias jurídico sociales.

Para enmarcar el tema de la Resolución Alternativa de Conflictos, se describirán a continuación la segunda y tercera líneas de acción mencionadas y que dicen relación con la atención de casos.

Estrategias utilizadas por el PAJ para resolver conflictos

Una de las principales líneas de la política social para el sector Justicia ha sido la promoción de la resolución alternativa contando para ello con la necesaria orientación y asesoría.

A dicha orientación responde el enfoque que este Programa asume en materia de conflictos de toda índole, a través del cual se pretende favorecer la resolución alternativa de estas situaciones mediante el logro de avenimientos o acuerdos extrajudiciales.

De forma general, algunas de las ventajas que los sistemas de resolución alternativa de conflictos presentan son las siguientes:

- La celeridad del proceso, ya que en un plazo menor a la tramitación judicial se obtiene una solución

CUADRO N°2: CONFORMACION DE LOS EQUIPOS

Comuna	Asistente Social	Abogado Coordinador	Abogado Auxiliar
Penco	01	01	01
Lota	01	01	02
Arauco	01	01	01
Curanilahue	01	01	01
Lebu	01	01	---
Los Alamos	01	01	---
Cañete	01	01	01
U. Móvil Prov. Concepción	01	01	---
U. Móvil Contulmo/Tirúa	01	01	---
Total	10	10	06

- Las partes participan en el establecimiento del procedimiento y del tipo de solución que se obtenga, logrando con ello un mayor involucramiento de las personas en su proceso.
- Lo anterior permite darle transparencia y flexibilidad a estos mecanismos, ya que las partes están permanentemente informadas y ellas mismas van dándole forma al proceso.
- Las soluciones que se obtengan pueden llegar a ser más integrales o adecuadas que las que se logren a través del Tribunal, ya que estas últimas muchas veces observan parcialmente las problemáticas y generalmente sólo contribuyen a agravar el deterioro de las relaciones familiares.
- Tiene menores costos económicos y sociales para todos los actores involucrados.
- Incorpora la cultura del diálogo como mecanismo para zanjar diferencias.
- Descongestionan los tribunales, permitiendo así que estos dediquen sus esfuerzos a la tramitación de otros casos.

Ahora bien, los avenimientos o acuerdos extrajudiciales se realizan (cuando existe voluntad manifiesta de las partes) en los propios consultorios jurídicos, hasta los cuales ha acudido primero uno de los involucrados para presentar el problema y solicitar la asesoría jurídico social correspondiente.

Una vez que se ha conocido la situación y se han recogido algunos antecedentes, los profesionales del PAJ proceden a citar a ambas partes a un comparendo extrajudicial en el cual, luego de analizar la situación conflictiva, se ofrece la posibilidad de buscar una alternativa de solución. Si las partes están confor-

mes con la posible respuesta al problema, se procede a redactar por escrito un avenimiento en el cual se definirán los términos del acuerdo, y dependiendo de la situación, posteriormente se podrá o no darle carácter judicial a través de su presentación en el Tribunal para entregarle validez legal ante el juez en presencia de ambas partes.

Como ya se señaló, en el caso de que las partes en conflicto no puedan llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas, el PAJ patrocina al consultante que acudió a pedir asesoría en la respectiva tramitación judicial que corresponda según la problemática en cuestión.

Más específicamente, y con relación a las principales estrategias que los profesionales de este Programa utilizan para intentar resolver de manera extrajudicial las problemáticas, se puede señalar que los mecanismos más usados por el PAJ en la región serían la conciliación y el arbitraje.

El tipo de **conciliación** que se desarrolla en este Programa se podría caracterizar como aquella en la cual un tercero semi-imparcial (profesional del PAJ) está presente en la discusión con el propósito de facilitar la búsqueda de una solución al conflicto. Si bien no asume una postura pasiva, trata de motivar a las partes a centrarse en los puntos comunes más que en las diferencias que puedan tener.

Otra característica es que son las partes quienes van proponiendo alternativas en función de las áreas que el tercero pueda proponer, sobre todo cuando las partes no fueran capaces de identificar los principales aspectos

en conflicto. Lo anterior se produce fundamentalmente cuando una de las partes que acude al comparendo ha sido víctima de una situación de violencia física, psicológica o económica, por lo cual los involucrados no se encuentran en igualdad de condiciones para poder negociar.

De esta forma, se podría ubicar a este tipo de intervención en lo que Mirtha Ulloa¹ denomina conciliación extrajudicial: *"La conciliación —ya sea judicial o extrajudicial— es un proceso a través del cual un tercero neutral intenta avenir a las partes en conflicto, proponiéndoles bases de arreglo para ello. En el caso de la conciliación extrajudicial este tercero puede estar representado por un organismo administrativo — en Chile, por ejemplo, por las inspecciones del trabajo, la sección social de las corporaciones de asistencia judicial — o por un profesional previamente capacitado para ello"*.

La misma autora deja en claro cuáles son las principales diferencias de la conciliación con un proceso de mediación: *"Se distingue la conciliación de la mediación básicamente en la función que desempeña el conciliador frente al mediador. El conciliador propone bases de arreglo a las partes, hace sugerencias e indica los posibles caminos a seguir para llegar a una solución. El mediador, en cambio, no puede ni debe hacer propuestas de solución a las partes, su labor se caracteriza por facilitar, estimular y ayudar a las partes a solucionar por ellas mismas el conflicto"*².

En otros casos, y sobre todo cuando las

situaciones presentadas son tan conflictivas que existe algún riesgo social o vital para una de las partes y/o para los menores que pudieran estar involucrados, se utiliza lo que se podría denominar **arbitraje**. Tradicionalmente, el arbitraje se produce cuando las partes en conflicto aceptan someterse al juicio de un tercero con el propósito de resolver el problema y al "árbitro" escogido por ambos se le asigna todo el poder para formular una decisión, sin embargo, en el caso del PAJ este mecanismo es desarrollado con otras características.

Lo que se podría denominar como arbitraje en el PAJ es realizado (al igual que en los casos de conciliación) por los profesionales en los consultorios jurídicos a petición de una de las partes que ha presentado el problema. Luego, se cita a un comparendo a la otra persona involucrada, el cual tendrá por objeto proponer directamente alguna alternativa de solución a las partes, frente a la imposibilidad de estas para identificar alguna vía de acuerdo.

Como se observa, aquí la participación del tercero es más activa que en la conciliación ya que busca resguardar los intereses de la parte representada frente a una situación de riesgo, sobre todo en casos de regulación de separación de hecho, en los cuales se intenta mantener u otorgar las mejores condiciones para las madres y sus hijos (ya que como se describirá más adelante ellas son las principales beneficiarias de la atención del PAJ).

El que se estén utilizando sólo estas herramientas —y no otras como la mediación por

¹Mirtha Ulloa González, "Los sistemas alternativos de resolución de conflictos". Ponencia presentada en el Colegio de Abogados de Concepción, Septiembre de 1998.

²Ob. cit.

ejemplo— se debe al tipo de problemáticas que los profesionales enfrentan, y fundamentalmente, al marco institucional y las condiciones en que este Programa se desenvuelve. Lo anterior se explica por el hecho de que el PAJ actúa siempre a petición de una de las partes, que es la que acude primero a solicitar apoyo u orientación legal, citando luego a la otra persona para intentar en primera instancia algún avenimiento.

Por todo lo ya descrito, es muy difícil aplicar algún enfoque de **Mediación**, entendiendo esta última como un escenario al que las personas involucradas han llegado por su propia voluntad, en el cual ambos se encuentran en igualdad de condiciones para negociar y cuyo proceso es facilitado por un tercero neutral que guardará confidencialidad respecto a los antecedentes discutidos durante el proceso.

Características de las problemáticas familiares atendidas por el PAJ

En materia de problemáticas familiares, casi en la generalidad de las situaciones son las mujeres (y/o) madres las que acuden a solicitar ayuda a los consultorios jurídicos, ya que principalmente son ellas las que quedan en desventaja económica y a cargo de los menores cuando se produce algún conflicto. Lo anterior se corrobora en varios estudios estadísticos acerca del perfil de la población beneficiaria que han realizado algunos consultorios del PAJ y de los cuales sólo mencionaremos tres.

El primero corresponde a la comuna de Penco³ y en él se demuestra, respecto a un total de 1.170 casos ingresados en el año 1996, lo que sigue:

- El 70% de los casos correspondía a mujeres
- Según la variable edad, el 48% de los casos se ubicaban entre los 21 y 40 años y el 36% entre los 41 y 60 años.
- Respecto al estado civil, el 67% eran casados, el 20% solteros y el 13% viudos.
- Por último, se puede señalar la variable más representativa en este sentido (actividad), en torno a la cual se identificó que un 44.5% eran dueñas de casa, seguidas de un 26.5% de trabajadores formales y sólo un 12% de pensionados.

En un segundo caso, el equipo del consultorio jurídico de Coronel⁴ determinó también en el año 1996 y respecto a un total de 1.023 ingresos, lo siguiente:

- El 66.6% de los ingresos fueron personas de sexo femenino.
- El 28.2% de consultantes se encontraba entre los 26 y 35 años, seguidos de un 25% que se ubicaba entre los 36 y 45 años, y de un 20% entre los 56 años y más.
- El 41.7% de las personas estaban casadas, 18.7% solteras y un 11% viudas.
- El 40.1% tenían como actividad dueñas de casa, seguidas de un 19% de personas con trabajo estable y de un 13.3% de cesantes.

³Abarca Díaz, Alejandro. "Informe anual de actividades – Consultorio Jurídico de Penco", Programa de Asistencia Jurídica, Enero de 1997.

⁴Riveros, X. y Lara, E. *Diagnóstico institucional consultorio jurídico Coronel*, Programa de Asistencia Jurídica, 1996.

En tercer lugar, el consultorio jurídico de Ovalle en la IV región⁵ determinó que entre Mayo de 1995 y Diciembre de 1996, respecto a un total de 2.984 ingresos, el perfil de los consultantes fue el siguiente:

- El 60% de los casos correspondían a mujeres.
- El 45% de las personas estaban casadas, un 23.7% estaban solteras y un 7% viudas.
- El 36% de los ingresos tenían como principal actividad el ser dueñas de casa, seguidos de un 20% con trabajo fijo y un 15% con trabajo temporal.

Ello nos demuestra que el perfil de consultante atendido por el PAJ en su mayoría corresponde a mujeres adultas, casadas y que son dueñas de casa.

Con relación a las principales temáticas que son atendidas en los consultorios fijos y móviles, hay que señalar que la mayoría de las personas que concurren a los consultorios jurídicos del PAJ lo hacen por problemas relacionados con sus familias.

Lo anterior se traduce en que un 41.92 % del total de casos ingresados en 1998 en los consultorios jurídicos de la VIII región correspondían solamente al área familiar, lo cual no deja de ser un dato menor si pensamos que el servicio de asistencia jurídica que ofrece este Programa es bastante amplio en términos de materias respecto a las cuales se puede entregar asesoría.

Ello es bastante significativo como dato en sí mismo, pero se vuelve aún más relevante cuando se analizan las materias recurrentes en cada comuna, lo cual se aprecia en el siguiente cuadro (cuadro N°3).

Según esta información, es posible observar que las materias más recurrentes atendidas por el PAJ durante el año pasado (dentro del ámbito familiar) fueron las siguientes: Pensiones de alimentos, conflictos conyugales, separaciones de hecho, violencia intrafamiliar, regulación de visitas, medidas de protección y tuición, liquidaciones y reconocimiento de paternidad.

Como se observa, la principal problemática tiene que ver con los recursos económicos ya que la temática más recurrente es la pensión de alimentos, lo que en gran medida reflejaría el estado de necesidad en que quedan las mujeres luego de enfrentar un conflicto conyugal o de pareja, sobre todo si recordamos que el perfil de la mayoría de los consultantes corresponde a dueñas de casa que no tienen actividad laboral remunerada.

Esto también se diagnosticó en la comuna de Colina en Santiago⁶, donde se determinó que respecto a la temática de familia el motivo de mayor consulta fueron las pensiones de alimentos (38.4%), lo que igualmente coincide con el perfil mayoritario de consultante correspondiente a mujeres adultas y dueñas de casa.

⁵"Programa de Asistencia Jurídica Provincia del Limarí 1995-1996". Estadísticas presentadas en el Primer Encuentro Nacional del PAJ realizado en San Felipe en enero de 1997.

⁶Delia Cerda Díaz. Síntesis proyecto de investigación *Acuerdos extrajudiciales en materia de familia: Un camino alternativo en resolución de conflictos*, Postítulo Estudios de Familia, P Universidad Católica. Santiago, 1996.

CUADRO N°3: MATERIAS RECURRENTES DE ATENCION POR COMUNA

Consultorio	Total	Familia (f)	Familia (%)	Materias recurrentes (3)
Penco	1.452	596	41.04	Alimentos, Conflictos conyugales y Visitas
Coronel	1.945	698	35.88	Alimentos menores, Reconocimiento paternidad y Visitas
Lota	1.425	344	24.14	Social (Informes, P. Pobreza y Multas)
Arauco	777	414	53.28	P. Alimentos, Liquidaciones y Conf. Conyugales
Curanilahue	1.029	470	45.67	P. Alimentos, Liquidaciones y Medidas Protección
Lebu	667	345	51.72	Separaciones de hecho, Alimentos y Tuición
Los Alamos	921	344	37.35	Alimentos menores, Tuición y VIF
Cañete	1.616	761	47.09	Alimentos, Conflictos y Visitas
Contulmo	236	90	38.13	Alimentos menores, Conflictos y Visitas
Tirúa	694	312	44.95	Alimentos menores, Conflictos y Visitas
Total	10.762	4.374	41.92%	

Respecto al ámbito regional, en segundo término —e incluyéndolas en un solo grupo— se encuentran todas las problemáticas relativas a separaciones de hecho, regulaciones de visitas, violencia familiar y medidas de protección de menores.

Asimismo, en el estudio de la comuna de Colina mencionado antes, también se ubicaron en segundo lugar las problemáticas familiares vinculadas a materias de tuición, regímenes de visita, adopción, reconocimientos de paternidad, protección de menores y violencia familiar.

Todo esto indicaría que es necesario fomentar y desarrollar una política social (desde

todos los sectores) que potencie a las familias para que puedan desarrollarse normalmente y las apoye tanto en aspectos sociales como económicos frente a los conflictos que se les pueden presentar.

Desde la perspectiva de atención jurídico social se puede destacar también como un elemento clave el hecho de que las principales problemáticas que están afectando a las familias de escasos recursos son aquellas en que también muchos menores se ven involucrados, por lo cual el uso de estrategias no controversiales puede ser positivo en el sentido de evitar la agudización de las diferencias, ya que estos mecanismos muy por el contrario, se centran

en la búsqueda de acuerdos o puntos comunes, lo cual obviamente puede resultar menos traumatizante para los niños.

El predominio de las problemáticas familiares como causa de solicitud de asesoría y orientación jurídica también se observa en el trabajo que desarrolla la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ).

Un estudio estadístico realizado por Servicio Social de la CAJ en la región Metropolitana sobre los ingresos de 1992 señala que (además de una gran cantidad de acuerdos extrajudiciales en materias económicas): *"Hay otro gran porcentaje de avenimientos logrados que no involucran pagos de dinero, entre los que se destacan: reconciliaciones luego de desaveniencias conyugales, familiares o de convivencia, restituciones de propiedades, devoluciones de especies, reconocimientos de deudas, establecimiento de regímenes de visitas en caso de menores, entre otros"*¹⁶.

Este estudio estadístico determinó que el mayor porcentaje de materias atendidas por las asistentes sociales dice relación con conflictos conyugales, familiares, de convivencia u otros similares. Respecto a las causas de estos, se señala entre las principales a los problemas económicos, mala comunicación al interior de la familia, alcoholismo y/o drogadicción de alguno de los miembros del grupo familiar, problemas psicopatológicos, entre otros.

En cuanto a las estrategias que utilizan las profesionales de esta entidad, actúan de igual forma que en el caso del PAJ, ya que también desarrollan comparendos con las partes involucradas en el conflicto a objeto de intentar un avenimiento, lo que en caso de no resultar igualmente se canaliza por la vía judicial que corresponda.

Toda esta información indica que, debido a conflictos familiares de diversa índole, existe un importante grupo de familias en las cuales se están produciendo ciertas transformaciones de su estructura, ya que se observan bastantes problemáticas relativas a conflictos conyugales, regulaciones de visitas y medidas de protección, todo lo cual indicaría que los matrimonios o parejas tenderían a disolverse o separarse temporalmente y que los menores involucrados deben quedarse con una de las partes.

Con relación a los factores sociales que están influyendo en el adecuado desarrollo de la vida familiar, el tema económico se destaca como el principal, ya que la temática más recurrente son las pensiones de alimentos. Ello está directamente relacionado con el perfil de beneficiario que el PAJ atiende y que se describió antes: mujer, dueña de casa, casada y con la consiguiente dependencia económica de su pareja.

También, y como se señala en el caso de Santiago, existirían factores como el alcoholismo, la mala comunicación y la violencia física y psicológica que generan los consiguientes conflictos al interior de las familias. Estos elementos fueron identificados en una investigación

¹⁶ María A. de la Fuente, "Participación del Asistente Social en la solución alternativa de conflictos". Artículo publicado en Cuadernos de Información para la Asistencia Jurídica N°2, Junio de 1994.

realizada en Penco⁸, según la cual las principales causas de los conflictos familiares que se presentaron fueron por problemas derivados de la alta ingesta de alcohol del cónyuge o pareja y el ejercicio de violencia física y psicológica de estos sobre la mujer; en menor medida se identificaron también factores como el consumo de drogas y las relaciones extramaritales.

Es importante que estos factores sean considerados al momento de diseñar planes o programas de prevención y al establecer coordinaciones intersectoriales con las diferentes instituciones, ya que sin duda esas intervenciones podrían en alguna medida evitar que los conflictos lleguen a producirse.

Como se indicó al comienzo de este trabajo, y pasando al tema de las consecuencias que producen estas problemáticas se aprecia claramente que uno de los principales efectos que provocan las situaciones descritas es la reestructuración o directa disolución de los grupos familiares involucrados en los conflictos.

De acuerdo a la mencionada investigación que se realizó en Penco, se determinó que todas las consultantes –pese a ofrecerle una serie de alternativas– optaron por la realización de un avenimiento extrajudicial en el cual la mayoría de estas prefirió regular una separación de hecho antes que otra situación (una mínima cantidad de mujeres prefirió comprometer a sus

parejas a un cambio de conducta a través del avenimiento).

Hay que considerar eso sí, que la alternativa que se pueda escoger en estos casos va a depender mucho de variables como los intentos previos de resolver el conflicto que se hayan realizado, la situación que generó el conflicto (alcoholismo, violencia, relaciones extramaritales, etc.) y los medios de apoyo con que puedan contar las afectadas (trabajo, apoyo de familias, red social estatal, etc.).

Aprendizajes y desafíos que se derivan de esta experiencia

Diversos elementos se desprenden de los antecedentes analizados, tanto a nivel de la posible prevención de los conflictos, como cuando estos ya se han hecho patentes y han generado los consiguientes problemas a los miembros de los grupos familiares.

Respecto a lo primero, sin lugar a dudas se confirma la necesidad de trabajar en el área de prevención de las problemáticas de acuerdo a los recursos con que se cuente en el ámbito local fundamentalmente. Ejemplo de ello son las iniciativas que el PAJ ha implementado en las diferentes comunas donde actúa y que dicen relación, tanto con la difusión de los derechos de las personas y la forma de hacerlos efectivos, como con la capacitación respecto a los elementos sociales y jurídicos de problemáticas tales como la violencia familiar y el maltrato infantil.

Un aprendizaje importante es el trabajo que se ha realizado a través de diversas redes locales

⁸Susana Yañez Valdés, "Proyecto de investigación: Percepción de los consultantes sobre los avenimientos extrajudiciales en el área familiar realizados en 1996 por el consultorio jurídico de Penco". Informe de práctica Consultorio Jurídico de Penco, Escuela de Servicio Social Universidad del Bío Bío, Diciembre de 1997.

con objeto de sensibilizar a la comunidad frente a problemáticas como las mencionadas, lo cual ha contribuido en alguna medida a disminuir la prevalencia de estos fenómenos.

En cuanto a la segunda situación, queda demostrado también que es necesario establecer (y/o) mejorar las redes de apoyo que se le pueden ofrecer a las familias para enfrentar los problemas una vez que ya han aparecido, por lo cual es muy importante la manutención de mecanismos de coordinación expeditos entre los organismos públicos y privados que permitan entregar un apoyo eficiente y oportuno a las familias que deben atravesar por las problemáticas descritas.

Desde la perspectiva jurídico social, se ha recogido este desafío por medio de la implementación de mecanismos de resolución alternativos a la vía judicial, que si bien no se encuadran en el ideal de las condiciones (procesos de mediación por ejemplo), constituyen un avance desde el punto de vista de la práctica que pueden adquirir los profesionales, por un lado, como desde el punto de vista de la gran cantidad de familias que ya se han beneficiado a través de este tipo de atención que se les ha brindado en los consultorios jurídicos, por otro.

También se considera relevante que los profesionales vinculados a esta área de trabajo estudien y analicen todas estas estrategias de intervención, ya que ellas están muy relacionadas con el tema de la mediación y por ende serán la base práctica sobre la cual se desenvolverán en los futuros escenarios jurídicos (tales como los Tribunales de Familia

o las futuras Corporaciones Regionales de Asistencia Jurídica).

En relación a lo antes señalado, igualmente es importante poder establecer y formalizar mecanismos de traspaso de estas experiencias profesionales a los alumnos de las escuelas de Derecho, Servicio Social y Psicología, ya que en muchos casos estas nuevas estrategias de trabajo en el campo jurídico no están siendo analizadas en las escuelas a través de los planes de formación de pre-grado, desconociendo por ende su utilidad tanto para el área familiar como para otras materias que pueden ser objeto de este tipo de resolución de conflictos (laboral, vecinal, etc.).

Asimismo, los colegios profesionales deberían asumir mayor protagonismo en los procesos de capacitación y perfeccionamiento de aquellos que actualmente realizan este trabajo o que en el futuro lo harán, resguardando de esta forma los aspectos técnicos y éticos que implica el ejercicio del trabajo con familias y otros grupos sociales. Para ello, quizás sería recomendable profundizar más el diálogo del gremio con las Universidades, manteniendo así una instancia de retroalimentación fluida y sostenida entre los profesionales que están en la práctica, los docentes de las Escuelas y los alumnos de éstas.

Por último, y para recalcar la efectividad de estos mecanismos y la utilidad que ellos representan para nuestra labor, cabe señalar que el programa piloto de mediación anexo a tribunales que desde septiembre del año pasado implementó el Ministerio de Justicia ha demostrado con creces lo positivo que resulta trabajar con estas herramientas⁹, por lo cual es de suma

importancia que los asistentes sociales nos preparemos para aplicar eficientemente los mecanismos de resolución alternativa a los conflictos que permanentemente deben enfrentar las familias, sobre todo aquellas que aún se encuentran en condiciones de marginalidad y pobreza.

Bibliografía:

- *Cuadernos de Información para la Asistencia Jurídica*, MINJU. N°2 Junio de 1994
- *Encuentros con la Asistencia Jurídica*, MINJU. N°4 Enero de 1998
- Estadísticas PAJ años 1997 y 1998 (Presentadas en el primer Encuentro Nacional del PAJ y en los Informes a los Municipios de la VIII región)
- *Informe de práctica Consultorio Jurídico de Penco*, Susana Yañez Valdés. Escuela de Servicio Social U. del Bío Bío. Diciembre de 1997.
- *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Mirtha Ulloa González. Ponencia presentada en el Colegio de Abogados de Concepción, Septiembre de 1998.
- *Revista del Colegio de Asistentes Sociales*. N°5 Octubre de 1995.
- *Riñas familiares se alejan de los recintos judiciales*. Artículo sobre resolución de conflictos a través de la Mediación. El Mercurio, 09 de Julio de 1998.
- Síntesis proyecto de investigación *Acuerdos extrajudiciales en materia de familia: Un camino Alternativo en resolución de conflictos*, Delia Cerda Díaz. Postítulo Estudios de familia, P. U. Católica. Santiago, 1996.

⁹El 62% de los casos atendidos en los centros de mediación de Santiago y Valparaíso finalizaron con un acuerdo beneficioso para ambas partes, lo cual supera ampliamente los resultados favorables que se podrían obtener actualmente en cualquier Tribunal.

«ELEMENTOS DE UN MÉTODO DE EDUCACIÓN PARA LA PAZ Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PARA LA INFANCIA Y JUVENTUD EN VULNERABILIDAD DE SUS DERECHOS»

Luis Cárdenas Vásquez
SERPAJ CHILE



a comprensión y explicación del niño(a) o joven en situación de riesgo social, que ve vulnerado sus derechos y que incursiona progresivamente en conductas conflictivas reñidas con las normas sociales o abiertamente con principios legales, ha evolucionado desde doctrinas que hacen prevalecer los aspectos biológicos y la responsabilidad individual en la conducta, hasta explicaciones que recogen la comprensión holística de los fenómenos sociales que permiten considerar la influencia del entorno en la conducta del individuo.

De esta manera, se puede afirmar que la conducta humana (saludable o disfuncional) se considera como producto de un proceso interactivo entre el individuo y su medio ambiente.

Con el concepto de «ambiente», nos referimos a factores macro y microestructurales; desde las relaciones entre los individuos con su entorno inmediato hasta el contexto social, económico, cultural e institucional en donde éste se desenvuelve.

Pobreza, Conflicto y Violencia

Si bien no hay una causalidad directa entre **pobreza y CONFLICTO**, entre **pobreza y VIOLENCIA**, sin duda la pobreza coloca a quien o a quienes la viven en una situación de vulnerabilidad. La pobreza es un elemento de estrés crónico o de violencia latente, que provoca que el individuo se sienta en una situación de desequilibrio y vea amenazada su integridad física y psíquica en forma permanente. Las condiciones socioeconómicas son en definitiva causa directa o coadyuvante de procesos de violencia y generación de conflictos.

Se debe destacar en forma especial la relación existente entre vulnerabilidad psicosocial y pobreza, en sus efectos para la familia, la infancia y juventud de sectores populares. Esta situación es susceptible de ser abordada desde la perspectiva de la **cultura de los derechos humanos** y desde la **cultura de la paz**.

Cultura de los derechos humanos

Desde la **cultura de los derechos humanos**, en efecto, la pobreza debe ser

considerada como *«situación de privación de lo necesario»* (Valentine), como *«situación social que priva doblemente: de los bienes y servicios básicos y de condiciones de dignidad de la vida»*. Los derechos humanos nos remiten, entonces, a la **«dignidad del cuerpo»** y a la aspiración de que en la sociedad haya lugar para la vida corporal de todos, porque *«todo lo que llamamos vida acontece corporalmente; es, a través de nuestros cuerpos, dónde aún lo propiamente espiritual se puede experimentar»* (Hugo Assmann). Este concepto **vida-corporalidad** es aplicable tanto al ámbito de la existencia individual, como análogamente, a la inserción en procesos bio-sociales, los que conforman sistemas dinámicos con modos diversos de autorregulación. En este sentido, *«es posible hacer una relectura de toda la ética de los derechos humanos bajo el ángulo de los derechos de los cuerpos y de las relaciones de nuestro cuerpo con el mundo»* (Umberto Eco).

A este respecto, la perspectiva de una *cultura de los derechos humanos*, se ve reforzada por el reconocimiento del valor e importancia que cobra la aplicación a nuestro ordenamiento jurídico nacional del instrumento internacional de la **Convención de Los Derechos del Niño**. El nuevo paradigma que introduce esta Convención es la consideración del niño(a) como real **sujeto de derecho**.

La Convención nos viene a demostrar que de la manera que el ordenamiento jurídico de un Estado trate a los niños, de esa manera dará cabida a una sociedad más plenamente democrática, solidaria y respetuosa de los derechos humanos de todos y cada uno de sus ciudadanos. La condición de sujeto de derecho de los niños, y no en cambio sólo

como destinatarios de acciones asistenciales o de control social por medidas ejecutadas por el Estado, es una visión nueva y fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La legislación de los estados sometidos a la Convención ha de considerar esa condición de sujetos de derechos, sin cancelarla a pretexto de consideraciones de bienestar provenientes del diseño de políticas sociales. Estas políticas sociales han de ejecutarse sin desmedro de la condición de sujetos de derechos que los niños poseen. Esa condición habrá de orientar y, a la vez, limitar, las políticas públicas de los estados. Así mismo, la Convención traza una línea de continuidad entre **la infancia y condición de ciudadanía**. La ciudadanía entendida no como la mera adscripción de derechos, sino como la capacidad de utilizar esos derechos para ser oído. Es propio del ciudadano tener voz y ser capaz de asumir puntos de vista. Existe, por tanto, una estrecha vinculación entre derecho a ser escuchado y la condición de ciudadanía.

Cultura de la Paz

Por otra parte, desde **la cultura de la paz**, cabe considerar **la situación de conflicto que genera la pobreza**. La violencia de los sistemas cotidianos, estructurales y simbólicos, aplastan las necesidades corporales de las familias y de niños(as) y jóvenes en los sectores populares, lo que a su vez provoca aumento de violencia en el medio familiar y social, tanto por la

privación de los medios materiales de la vida como por la privación de afecto y del sentido de la vida.

Weinstein, afirma que los pobres se integran al sistema social, pero de un modo inestable y subordinado. Muchos de los conflictos que presentan, se deben a su forma de inserción en la sociedad que produce, no sólo dificultades para la sobrevivencia material, sino que hace que tengan obstáculos para las metas y medios que prescribe la sociedad.

Más allá de la privación económica, los efectos psicosociales de una situación de pobreza llegan a conformar un sistema de vida, estable en el tiempo, y que viene de generación en generación, a lo largo de una historia familiar con diversos grados de conflictos e inadecuación en la forma de inserción en la sociedad.

Pobreza y aprendizaje de la desesperanza

En tal sentido, puede comprenderse una directa relación entre **pobreza y aprendizaje de la desesperanza**, entendiendo ésta como *«aquellas experiencias de no logro, repetidas en el tiempo»*. Es importante aclarar que la pobreza en sí, no produce necesariamente comportamientos tales como inactividad, pasividad, hostilidad o desarraigo. La vivencia de la pobreza no es determinista en los comportamientos o actitudes de las personas. Sin embargo, entre los impactos de la pobreza, Seligman descubre que la pobreza trae consigo frecuentes e intensas **experiencias de**

incontrolabilidad e inestabilidad, es decir, la sensación de que a pesar que se han hecho esfuerzos intencionados, los factores externos son más determinantes, y no se tiene control de la situación. Tanto más intensas y tempranas sean las vivencias e impactos de la pobreza, hay mayor efecto hacia experiencias, disposición y actitudes de vulnerabilidad, indefensión, desesperanza y conductas de socialización desajustadas y conflictivas.

Violencia y aprendizaje de la lógica de la guerra

Desde la **cultura de la paz**, la situación de los jóvenes, niños y niñas ya sea en situación de vulnerabilidad de sus derechos, en situación de riesgo social, en circunstancias de convertirse en infractores de ley o bien con características de conductas conflictivas, nos lleva a tomar sensibilidad y hacernos cargo como sociedad de la **grave situación de marginalidad y de exposición a la espiral de violencia que ellos sufren**. Situación de violencia tanto en el nivel policial y represivo, como en el propio nivel delictivo donde se gesta el joven infractor o en conductas conflictivas.

Situación de violencia que proviene de una sociedad que culturalmente discrimina y estigmatiza a un niño y/o joven pobre como un potencial delincuente, así como de las condiciones psicosociales, familiares y socioeconómicas que son las causas que, en definitiva, generan las conductas desadaptadas, agresivas y en conflicto con la justicia.

En estas circunstancias, una visión basada

en la cultura de la paz, se esfuerza por romper este círculo de violencia y por **superar todas las formas que configuran el paradigma de «la violencia como respuesta a la violencia»**. Ya sea la violencia de la sociedad para reprimir al agresor (con medidas de tolerancia cero o simple negación de sus derechos básicos), o bien, la violencia del desadaptado/marginado para sobrevivir en medio de una sociedad que lo violenta desde el momento de nacer.

¿Represión o búsqueda pedagógica de integración?

Desde la cultura de la paz y la no-violencia, creemos en una sociedad que siempre podrá hacer más y mejores esfuerzos para ser más humana y solidaria, al mismo tiempo que creemos en la capacidad y posibilidad real de «recuperación del sujeto y su dignidad». Se trata de optar por caminos y formas de resolución del conflicto, que descarten soluciones que destruyen a la persona en lugar de ofrecer los medios para integrarse a la sociedad en forma alternativa al delito.

Una pedagogía de resolución alternativa y creativa frente al conflicto nos da cuenta de que las medidas o penas alternativas a la privación de libertad, a la larga dan mejores resultados, porque, respetando los derechos humanos de los niños y jóvenes infractores de ley, se propone establecer con ellos un «nuevo trato», en el que ellos aprendan también la perspectiva del respeto a los derechos humanos de los demás.

En este sentido, la recomendación de la Convención coincide en establecer que la

privación de libertad del niño «se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve posible». La cárcel, pese a que siempre se puede avanzar más en «humanizarla», es (y acaso seguirá siendo) el paradigma de la violación a los derechos. Desde esta perspectiva, la privación de libertad de niños y jóvenes va a resultar como un recurso **desproporcionado** (porque subjetivamente es mucho más dolorosa para un niño), **perjudicial** (para cualquier intento de promover un desarrollo constructivo, reeducador o rehabilitador) y **socialmente contraproducente** (porque a la larga produce más delincuencia). La cárcel, parecerá a veces inevitable emplearla, pero precisamente partiendo de lo que realmente representa. Los esfuerzos de una Pedagogía de resolución alternativa y creativa de los conflictos serán para limitar su aplicación lo máximo posible, coincidiendo con el espíritu de la Convención, las aspiraciones y fundamentos de una cultura de la paz y, felizmente ahora, con los nuevos criterios y medidas que establece el Anteproyecto de Ley sobre «Responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal» preparado por el Ministerio de Justicia y en proceso de tramitación en el Parlamento.

Pedagogía de resolución de conflictos

De acuerdo a los elementos antes descritos, cobra importancia un método de trabajo denominado como **Pedagogía de Resolución de Conflictos**, en cuanto aplicación de los principios de la no-violencia y cultura de la paz.

Es decir, en los diversos proyectos y líneas de acción que se realicen para superar los conflictos que viven los distintos grupos objetivos o sujetos del mundo popular en situación de pobreza y vulnerabilidad psicosocial, en los cuales se desarrolla la misión de SENAMF, se trata de buscar la **«recuperación del sujeto»**, en sus dimensiones personales y socio-comunitarias. Lo fundamental es *desaprender la violencia, la desesperanza y el miedo*. El objetivo central será buscar, para el sujeto en situación de pobreza y vulnerabilidad, la toma de conciencia de su dignidad y autoestima, la superación de sus miedos y frustraciones, y, la posibilidad efectiva de asumir su propia capacidad de dar respuesta a los conflictos.

En tal sentido, las situaciones de vulnerabilidad pueden ser revertidas mediante los propios recursos personales, fortalezas y desarrollo de habilidades para hacer frente a las situaciones conflictivas, lo que es conocido hoy bajo el concepto de **«resiliencia»** (Edith Grothberg). El **crecimiento en la autoestima** se logra en el desarrollo de la participación grupal, mediante la participación con otros para conseguir **autovaloración y capacidad de cambio y de resolución de conflictos**.

Del mismo modo, la dimensión práctica de *«aprender haciendo»* y *«junto a otros»* (la familia, la comunidad y redes locales) sirve para desarrollar la capacidad de asumir **responsabilidad o recuperación de la conciencia social** que permite autogenerar y asumir iniciativas en su entorno.

Esta perspectiva de trabajo se realiza, entonces, dentro de un marco de factibilidad

y esperanza, por cuanto no todo está perdido, en la medida que siempre es posible realizar diversos esfuerzos e iniciativas para la recuperación del sujeto y su dignidad y para activar las capacidades y recursos, el protagonismo propio del sujeto y de sus redes de relación en las instancias comunitarias de su entorno.

Precisamente, el valor profundo de la no-violencia tiene que ver con la convicción de la **grandeza de la persona**, es decir, con la **capacidad y poder** de cada sujeto, personal y socialmente, su capacidad de oponer resistencia a la violencia exterior, de desobedecer la lógica ciega de la violencia e injusticia dominante y encontrar la *«fuerza de la verdad»* en su propia dignidad como persona y su efectivo protagonismo para el cambio y para asumir propuestas positivas y creativas en la resolución de los conflictos que eliminan las formas y fuentes de la violencia.¹

En definitiva, frente al **proceso de la vulnerabilidad** generada por condiciones de pobreza y de privación de medios dignos de vida, que en lo fundamental resienten y vulneran la capacidad de ser sujeto y constituyen un aprendizaje de la desesperanza, en cuanto experiencia emotiva y tradición cognitiva (resignación) de incapacidad de control de lo externo y de indefensión resentida ante el entorno social, se encuentra la posibilidad de sentido en cuanto **capacidad de recuperación del sujeto y de la esperanza**.

¹En esta perspectiva cuando Gandhi habla de No-violencia se refiere al encuentro de la «satyagraha» («fuerza de la verdad» que dignifica a la persona) y de la «ahimsa» («no uso de la violencia» que recurre a una fortaleza superior que supera la violencia)

Esto es, el trabajo metodológico integral de una **Pedagogía de Resolución de Conflictos** que significa un proceso de *desaprender la lógica de la desesperanza, de la violencia y de la injusticia dominante*, mediante el descarte de toda forma de asistencialismo o paternalismo, en la medida que se despiertan espacios, capacidades y habilitación del protagonismo, a niveles personal y comunitario.

De tal manera, nuestras iniciativas deberían intentar superar visiones que ponen el acento en las características deficitarias y carenciales del sujeto de intervención o del sistema comunitario, ya sea por los índices de privación económica, cultural, educacional, sensorial o deterioro de los sistemas socializadores (familia, escuela, pares), lo que provoca un peligro siempre latente de institucionalización asistencialista, represiva o represora hacia el sujeto de intervención y su entorno comunitario local.

Por el contrario, una propuesta de intervención metodológica de Resolución de Conflictos quiere poner el énfasis en una visión positiva y creativa de las posibilidades de nuestro sujeto de intervención. A partir de las condiciones peculiares de vulnerabilidad, de sus privaciones emotivo-cognitivas, de sus miedos y frustraciones, poder generar procesos de cambio y fortalecimiento de sus recursos personales, comunicacionales y sociales, de la potencialidad de sus alegrías y esperanzas.

Sistema comunitario y redes sociales

Por lo mismo, dado que nuestro sujeto de intervención pertenece a un contexto propio y local, es necesario un **encuadre positivo de su sistema comunitario** en términos de recursos y de la posibilidad de emergencia de éstos, su distribución, manejo y optimización. Recursos psicosociales propios de las redes, recursos relacionados con el poder, participación en organizaciones comunitarias, implementación de proyectos que contribuyan al desarrollo local. A este respecto, es importante señalar que la intervención en los sistemas comunitarios populares, debe necesariamente ser entendida desde sus propias reglas de funcionamiento y dentro de su lógica cotidiana. Para esto, es de suma importancia el **modo de inserción** y la forma de aproximarse al conocimiento de la comunidad, de los medios más utilizados para la sobrevivencia cotidiana, los festejos, las historias y los acontecimientos que la gente recuerda del sector, etc. Lo cual está dado por la legitimación de las instituciones en el sector, de la manera de relacionarse con la escuela, familia y grupos diversos de la comunidad.

Cabe destacar, que un mediador de los efectos de los eventos negativos es el **apoyo social o redes sociales**, definidas estas como el conjunto de contactos personales que intercambian apoyo afectivo, ayuda material y otros servicios tales como información y contactos sociales.

En cuanto a sus funciones, **las redes sociales** posibilitan la integración social de las

personas, contribuyen al desarrollo de su identidad, cumpliendo una función de compañía, apoyo emocional, guía, consejo, regulación social, ayuda material y servicios; las redes deben partir de la historia personal y de la propia identidad de las personas.

Cabe señalar que las redes sociales tienen ciertas características estructurales y cualitativas. Dentro de estas características estructurales que se consideran importantes para la capacidad de entregar apoyo, se pueden mencionar: la intimidad (que permita comunicar hechos y sentimientos privados), integridad social (permite preocupación e intereses compartidos), aconsejar (se refiere a la capacidad de dar oportunidad de aconsejar y guiar a otros), valoración (que reafirma la autoestima), confianza (que significa la alianza confiable) y orientación.

Elementos Componentes de un método de resolución no violenta de los conflictos

De acuerdo a una visión integral, social y humanista del problema de la vulnerabilidad de los niños(as) y jóvenes por causa de condiciones de pobreza, **Serpaj** buscará intencionar una estrategia de intervención basada en «la profundización de las implicancias sociales de un modelo de gestión en redes», con el fin de «consolidar un trabajo comunitario preventivo y/o de rehabilitación», a partir tanto del protagonismo propio de los sujetos infanto juveniles y otros actores sociales de la comunidad (familia, dirigentes comunitarios), como también a partir de las realidades locales y sus redes de organiza-

ciones e instituciones públicas y privadas.

Consideramos relevante la necesidad de superar modelos de Prevención y/o Rehabilitación reductivos, basados exclusivamente en aspectos bio-psico-médicos, en formas asistencialistas o en aspectos estrictamente de información-cognitivos.

En tal sentido, los componentes y estrategias de un Método de Prevención y/o Rehabilitación para superación de los conflictos de una infancia dañada o en grave riesgo de vulnerabilidad de sus derechos debe contemplar los siguientes **NIVELES Y DIMENSIONES** fundamentales de intervención:

- **Nivel de la Emotividad:** que asume la necesidad personal y emotivo-corporal del NIÑO-JOVEN para recuperar niveles mayores de auto-estima y auto-valoración como factores claves para la auto-ayuda, auto-protección y proceso re-educativo. Como estrategia de ejecución se deben buscar formas de espacios educativos, mediante talleres o programas de orden psicosocial que permitan que los niños(as) y jóvenes desarrollen su expresividad y emociones, sus sentimientos y conflictos, adquiriendo habilidades personales y de interacción social, a partir de sus propias capacidades y dentro de un proceso de re-educación y desaprendizaje de la violencia, los miedos y desesperanzas.

- **Nivel de lo Valórico:** que afirma la capacidad de conciencia de los niños (as) y jóvenes, por cuanto son capaces de desarrollar valores y adquirir conciencia y cultura de responsabilidad

y dignificación de sí mismo para «decir» y «hacer» algo por su sociedad que lo margina o estigmatiza. En los propios talleres y programas se realiza este proceso formativo hacia valores y un marco orientador para afirmar la dignidad del niño (a) y joven y reforzar la responsabilidad ante sí mismo y ante los que le rodean.

• **Nivel de lo Práxico:** que asume la dimensión práctica de «aprender haciendo» y «junto a otros» desarrolla capacidad de asumir responsabilidad o recuperación de conciencia social. En los talleres y programas de trabajo los niños (as) y jóvenes tienen la posibilidad de planificar sus iniciativas y ejecutar diversas acciones demostrativas de su responsabilidad práctica hacia los demás, hacia su comunidad y entorno. Se profundizan diferentes grados de Prevención o de Rehabilitación cuando los niños (as) y jóvenes son capaces de asumir su protagonismo y se responsabilizan tomando en forma práctica, iniciativas de réplica de la acción reeducativa, mediante iniciativas culturales, recreativas, deportivas, ecológicas, educativas, comunicacionales, es decir, capaces de implementar por sí mismos diversas iniciativas o formas de servicio hacia «otros», ya sea a sus pares, u otros grupos de su entorno comunitario.

• **Nivel de lo Proyectivo:** que asume que los procesos de Prevención y/o Rehabilitación deben contemplar la superación de visiones de plazos inmediatos o de cortoplacismo. Por el contrario, se debe buscar la posibilidad de generar en los niños (as) y jóvenes una capacidad de articular un proyecto de vida, que a mediano

y largo plazo permita asegurarles nuevas condiciones de vida y superar las situaciones de riesgo y vulnerabilidad psicosocial. En tal sentido, el método de trabajo implica que los niños(as) y jóvenes de nuestros Centros de Prevención, o Rehabilitación tengan la posibilidad de acceder a instancias efectivas y eficaces de «oportunidades de futuro», de reales posibilidades de planificar y concretar un «proyecto de vida». Para lograrlo el método aplicado en el proyecto buscará conectar al joven a esas oportunidades, mediante su inserción a planes de capacitación laboral, de educación formal (básica, media o superior), o a instancias laborales propiamente tales.

Estos recursos están disponibles en instancias públicas y privadas, en las políticas sociales y municipales, pero no existe muchas veces la instancia que haga el puente, la efectiva inserción de jóvenes que están en la exclusión o en grave riesgo psicosocial.

Los recursos del proyecto, de acuerdo a este método serán los mínimos necesarios para acompañar al joven en este proceso de orientación, inserción y mínimo plan de seguimiento para su mantención y permanencia, de manera de dar **sustentabilidad proyectiva** al proceso de Prevención y/o Rehabilitación.

• **Nivel del Proceso Social Integrador:** que comprende que el proceso de la intervención reeducativa debe hacerse mediante la interacción de múltiples sujetos y actores, más allá del propio sujeto infanto-juvenil. En tal sentido, el método contempla la inclusión de diversos productos de integración de actores a

la búsqueda de resolución del conflicto de la infancia desprotegida y en situación de vulnerabilidad de sus derechos y en conflicto con la justicia. Así, la participación de la familia, como red primaria y originaria es fundamental. Así también, la participación de profesionales y agentes intermedios, públicos y privados, para que tomen conciencia, se formen en el diseño de técnicas y estrategias de intervención y participen en la búsqueda de caminos de solución a estos conflictos de los niños(as) y jóvenes. La participación de otros jóvenes, de dirigentes comunitarios y sociales del entorno de cada Centro es clave y fundamental. La activación, fortalecimiento y coordinación de Redes Locales de Prevención (y/o) Rehabilitación, a partir de la participación de las organizaciones sociales y comunitarias, de instituciones públicas y privadas a nivel local donde se aplica el proyecto, en la medida de que son estas redes e instancias organizativas las que pueden hacer perdurar los efectos de la intervención preventiva, darle continuidad a diversas iniciativas y replicabilidad hacia otros grupos de beneficiarios.

Utopía y esperanza para animar y provocar un proyecto histórico

Esta perspectiva metodológica antes expuesta, necesariamente debe ser considerada en perspectiva utópica, es decir, debe ser vista como **proyecto de esperanza**. Se trata de un **proyecto pedagógico** que desde la cultura de la paz busca generar participación democrática, superación de todas las formas de autoritarismo, arrogancias, intolerancia o masificación,

despertando capacidades y fortalecimiento de la sociedad civil para autosustentar sus respuestas creativas, no violentas y alternativas.

Esta utopía provocadora de nuevas realidades, de reinención crítica de los conflictos y bloqueos del poder violento, forma parte de una visión de **«realismo esperanzado»**, de eso que nos hablaba Paulo Freire, cuando decía: **“La verdadera realidad no es la que es sino la que puja por ser”**. Es realidad que es esperanza de sí misma:

«... en estos momentos históricos, como el que vivimos hoy en el país y fuera de él, es la realidad misma que grita... cómo hacer concreto lo inédito que nos exige que luchemos por él».

Ciertamente, la esperanza sola no transforma el mundo, pero no es posible prescindir de ella si se quiere tener voluntad de cambio. Vuelve a decir P. Freire: *«Necesitamos la esperanza crítica, como un pez necesita el agua pura».*

Sin esperanza no podemos ni siquiera empezar procesos transformadores, pero sin procesos la esperanza se corrompe y se convierte en «trágica desesperación», y desesperanza es lo mismo que quietud, inmovilismo, mantener el *status quo*.

Un proyecto de esperanza es un proyecto histórico, por cuanto la historia está siempre cargada de posibilidades, a la vez que necesita de nuestros esfuerzos y luchas. La esperanza necesita de la práctica, de la acción para no quedar en simple deseo. *«La esperanza necesita hechos para convertirse en realidad histórica».*(*)

(*) Citas de Paulo Freire, *Pedagogía da esperança*, Rio de Janeiro, De Paz e Terra, 1992.

«LA RESOLUCIÓN NO VIOLENTA DE CONFLICTOS COMO INSTRUMENTO EN LA PREVENCIÓN DE DROGAS»

Fernando Aliaga Rojas



I. Superación de la violencia

La condición de vida a la que aspira todo ser humano es la de lograr vivir y convivir en un clima, donde la justicia y la libertad le permitan un crecimiento personal y social.

La realidad que engendra la violencia, cualquiera sean las causas que la originan, son la descomposición social y una situación donde la dominación repite, aún en medio de los pobres y de los pobres entre sí, el estilo de deficiente relación interpersonal, vale decir, la instrumentalización y el desconocimiento del respeto del otro. La violencia empobrece el crecimiento personal humano y hace que la agresividad sea la norma que regula la relación del sujeto con sus semejantes.

La respuesta natural a la violencia, en una sociedad dominadora, es a su vez la violencia, de tal modo que la **espiral de la violencia** se constituye en la expresión de cómo se enfrentan los conflictos, en la mayoría de los casos, en la sociedad en que vivimos. Sin embargo, los métodos violentos, como la confrontación y la guerra, sólo producen muertos y, en lugar de resolver, proyectan para el futuro los conflictos de hoy.

Al querer implementar una pedagogía de la paz, el primer capítulo que se debe

considerar es, precisamente, la violencia. Se debe tener la capacidad de analizar la realidad de nuestra sociedad, el condicionamiento de violencia estructural en que diariamente vivimos y cómo el resultado es que nuestra **fuerza vital** es incentivada, exacerbada a desarrollar sus instintos primarios en forma negativa.

Por lo mismo, la No violencia activa, como filosofía humanista y como metodología ha traducido, en los principios de la Resolución no violenta de los conflictos, su objetivo central que es la búsqueda y construcción de la paz.

En este sentido, la afirmación es que toda educación para la paz debe partir de un análisis de la violencia, debe asumir la condición de conflicto en que vive el educando y la sociedad. Este criterio de "partir desde el conflicto" señala el desafío que asume la No violencia activa, tal como la hemos recibido de los principios enseñados por los grandes maestros: Cristo, Ghandi, Martín Luther King, Helder Cámara y otros.

Para la No-violencia activa la única resolución válida de los conflictos radica en potenciar la fuerza positiva interior del ser

Fernando Aliaga R. es Licenciado en Historia en la Universidad Católica de Chile y Doctorado en Historia de la Iglesia en la Universidad Gregoriana de Roma.

humano. La fuerza vital, en su dimensión positiva, es la bondad, la amabilidad; es la tendencia hacia la solidaridad, hacia la preocupación por el bien común. Se trata de “programarnos en positivo” y constituir al amor, como la fuerza que inspira nuestras acciones. Todo lo cual supone el permanente esfuerzo por superar el egoísmo, el odio y la tendencia a la dominación.

Este aspecto personal de la no violencia activa, en modo absoluto la encierra en un proceso individualista, por cuanto su objetivo, que es la relación armónica de convivencia, plantea la exigencia de realizar el proceso en dialéctica individuo-sociedad.

La resolución no violenta de los conflictos al constatar la realidad de violencia existente en la sociedad, establece de inmediato una segunda constatación: la respuesta violenta no significa una solución válida: “El odio nada engendra, sólo el amor es fecundo”. Por lo mismo, en consecuencia a este principio, el no violento busca desarrollar su capacidad de responder en **forma positiva** al encontrarse frente a un conflicto.

Como forma positiva, entendemos la superación de la respuesta instintiva, que opera impulsada por los instintos primarios. La persona no violenta frente a un estímulo no da de inmediato una respuesta dentro de la lógica estímulo-respuesta, sino que es capaz de introducir un tercer elemento: **el discernimiento**.

El discernimiento debe estar animado por la fuerza interior, por la fuerza vital, que surge de una opción por la vida. Por lo mismo, exige poner en juego un verdadero **entrenamiento**

de resolución no violenta del conflicto, que entre sus múltiples prácticas metodológicas, tiene una orientación fundamental que es: “romper el esquema” en que comúnmente el ser humano da la respuesta al conflicto. Frente a un puño cerrado la lógica común es que para abrir esa mano debo usar la fuerza, en la lógica de la no violencia se ofrece una mano abierta que quiere saludar a la persona de puño cerrado.

La superación de la violencia es la utopía que abraza como opción de vida el constructor de la paz. Para que esta cultura de la paz se haga realidad importa implementar una metodología de la resolución no violenta de los conflictos, la cual a partir de la imagen que cada cual tiene del conflicto, pasando por el estudio de las causas, hasta analizar los buenos y los malos manejos de un conflicto, privilegia la experiencia personal y comunitaria, por cuanto el aprendizaje de la vida, que desarrolla los recursos naturales es el que hace crecer y madurar. El principio axiológico de aprender haciendo es la historia que comparten los grandes luchadores de la no violencia, en su camino hacia la paz.

Lo que está en juego, en definitiva, es recuperar para cada ser humano fiel “ser persona” y, ante una realidad de violencia, ofrecerle un entrenamiento que le ayude a desarrollar su energía positiva, la cual sea la que anima la respuesta que se da frente a un conflicto.

II. Condicionamiento para una metodología pedagógica de prevención.

La realidad que se vive en las poblaciones marginales arroja una serie de indicadores donde la delincuencia, el alcoholismo, la drogadicción forman parte de un contexto en que la cesantía, el estilo de viviendas, la falta de espacios recreativos, de falta de atención en salud y para la educación generan una situación estructural de violencia.

Esta situación de violencia no sólo penetra y contamina las relaciones familiares, sino que en general crea un clima de desconfianza hacia todo proyecto que proponga remediar esa realidad. Por lo mismo, querer implementar un proyecto de prevención en drogadicción significa superar el rechazo que surge de los pobladores y que proviene del desengaño sufrido con las autoridades de gobierno, con los políticos y con los que anteriormente han realizado algún proyecto, con los cuales, muchas veces, sólo participaron en una que otra reunión, en las cuales se sacaron muchas fotos y después supieron, por los medios de comunicación social, que con ellos se había realizado en forma exitosa un proyecto que para ellos fue sólo una gran farsa.

El trabajo para implementar la resolución de conflictos en la prevención de la droga, de acuerdo a la pedagogía de la no violencia activa o pedagogía de la paz requiere lograr, como condición previa no sólo la anuencia de los destinatarios, sino, además, que se involucren

en forma participativa en un proyecto en el que ellos deben sentirse actores.

La superación del verticalismo impositivo y del paternalista está en la línea educativa de la superación de la violencia. Mejor dicho está directamente vinculado con un principio fundamental de la no violencia activa, cual es el de transformar a los destinatarios de un proyecto, de simples espectadores, en actores sociales de una iniciativa de liberación.

La prevención, entonces, en el método de la resolución no violenta de los conflictos, más que una receta, más que una simple advertencia del peligro, implica la construcción de un ambiente, fecundo en la creación de iniciativas que se orientan a la superación de un problema, cuyos daños se socializan y se quieren evitar.

Dentro de la lógica de la resolución no violenta de los conflictos, la prevención como propuesta pedagógica exige la realización de las siguientes condicionantes:

a) Inserción en el medio.

La presencia de los coordinadores del Proyecto más que física, debe expresarse a partir de la voluntad de querer estar entre los jóvenes pobladores. Ya que no es la presencia de un extraño que viene a controlar que se cumpla con lo que se indica en el proyecto, sino de alguien que:

- Trata de compartir su vida tal cual es, con todas las limitantes y problemáticas.
- Mira con simpatía su mundo. Esa realidad amplia, que si bien está llena de contradicciones, es su realidad.

- Se muestra atento a sus verdaderas exigencias y valores.

Por lo mismo, la real inserción en un medio plantea la exigencia de realizar un auténtico “encuentro”, con los destinatarios, lo que se percibe perfectamente en las actitudes del educador.

b) Capacidad de tener una buena llegada.

Nuestra experiencia se realiza con personas “latinoamericanas”, esto es, altamente sensibles. Las que si bien externamente se muestran frías e indiferentes, internamente tienen una gran sensibilidad. Su primera y permanente reacción es sondear al “extraño” que llega, para investigar qué es lo que viene a ofrecer.

El Coordinador de terreno, como los educadores deben ser personas con una serie de cualidades humanas que le permitan una buena llegada en los grupos y organizaciones de la población. Ciertamente se requiere capacidad incansable de diálogo, estilo sencillo para tratar a todos, simpatía alegre; ser franco; no quedarse dando rodeos sino ir derecho al grano, a lo que se pretende.

El principal secreto para tener una buena llegada entre la gente de nuestro pueblo es, antes que nada, estar convencido de la bondad de la misión que se va a cumplir y segundo valorar la dignidad personal de cada uno de los destinatarios. El acoger al otro con amabilidad, saberlo escuchar de tal modo que el otro se sienta importante es una sabia práctica de la pedagogía de la paz.

Por otra parte, es preciso dar importancia y seriedad a la preparación previa. Tener bien estructurado cada uno de los pasos del proyecto y llevar los materiales que se van a necesitar. Sólo de esta manera se podrá tener una gran capacidad de movilidad para compartir con ellos, de modo que sin claudicar de lo esencial se puedan hacer las modificaciones y cambios que los participantes crean más acordes con su realidad.

c) Creer en la fuerza del bien.

El criterio que anima lo “preventivo” radica precisamente en creer en la **fuerza del bien**, presente en cada ser humano, aún cuando se trate del más pobre de los marginales. No es que los vamos a hacer buenos, sino vamos a ayudar a que aflore la bondad que es parte de su ser humano. Un constructor de la paz procura promover los recursos positivos existentes en cada hombre o mujer.

La fuerza del bien es la energía que mueve la humanidad y hace que los hombres y mujeres hayan podido proclamar la Doctrina de los Derechos Humanos, no sólo a nivel de cada país, sino con la fuerza de plantearlos en los pactos internacionales. Si somos consecuentes debemos aceptar que existe una conciencia de la humanidad, la cual clama castigo en contra de los que cometen crímenes contra la humanidad (la tortura, el racismo).

Sin embargo, no basta con asumir sólo una actitud de defensa, es preciso despertar y promover el optimismo por la solidaridad y por la justicia. Contagiar de entusiasmo con nuestro testimonio. Esta es la tarea que debe

estar presente en cada proyecto impulsado por un constructor de la paz. No basta el crecimiento, importa que el ser humano se comprometa con el desarrollo integral. Es preciso creer, como Martín Luther King, que habrá un mundo mejor, que es posible la paz. Que la fuerza del bien surge de la potencialidad del amor.

d) Ser consecuentes

La prevención se constituye como elemento metodológico de la resolución no violenta de los conflictos, sólo a condición que vaya generando un proceso de madurez en la capacidad de ser consecuentes. Afirmamos que la honestidad es el ser consecuente entre lo que se piensa y el cómo se actúa. En la pedagogía de la paz existe sólo consecuencia cuando los medios se adecuan al fin que se persigue, por lo mismo Gandhi afirmará: “No hay caminos para la paz, la paz es el camino”.

El ser consecuente para un(a) no violento(a) o un constructor(a) de la paz significa el aceptar un triple desafío:

i) Vivir el ser consecuente en la plenitud de la racionalidad.

La centralidad de la razón, en cuanto capacidad de discernimiento es uno de los elementos integrales de la resolución no violenta de los conflictos. En el proceso pedagógico tendiente a que los integrantes del grupo asuman la prevención como actitud de vida se trata de lograr que el discernimiento llegue a ser una actitud personal, reforzada por la vivencia comunitaria. Aprender a razonar, a pensar en forma tal que se vaya realizando un

crecimiento humano, en que el individuo deja de depender de los otros, del qué dirán. Se constituye en buscador de las causas, del sentido de la vida, de la sabiduría que le permite abrirse como persona a la conciencia de su propia dignidad.

ii) Vivir el ser consecuente en lo valórico.

La realidad que viven los jóvenes en nuestras poblaciones es acorde al pragmatismo materialista, que hoy domina en nuestra sociedad, donde lo único que vale es el dinero. Por otra parte, advierten que la ley que domina en todas las relaciones es el egoísmo. No existe una escala de valores que puedan tener como referencia, ya que todas las normas que a ellos se les imponen, los que tienen poder y dinero pueden violarlas impunemente. Lo que importa, entonces, es buscar lo que me es útil.

La prevención no se asume sólo por un acto de voluntarismo, sino que es el resultado de asumir ciertos valores. Por eso el trabajo pedagógico significa el realizar la experiencia de reunirse en comunidad y en beneficio de la amistad y el compañerismo respetar ciertas normas que entre todos aceptan como beneficiosas para la convivencia. El grupo debe crear esta lógica que significa aceptar ciertos valores por cuanto significan un compromiso a cumplir entre todos los participantes, es decir, está validada por la consecuencia del compromiso comunitario en vista del bien común.

A partir de ciertos acuerdos, como es el cuidar la sede de reunión y lo que en ella se va logrando para jugar, tener música y transfor-

marla en un espacio de convivencia, el grupo debe ir caminando en descubrir lo “valórico prático” que abre paso a lo “valórico práctico”. Este es el fundamento y origen para iniciar un proceso de prevención, que no se limita al consumo abusivo de la droga, sino que se constituye en opción de vida, en la aceptación de una escala de valores que los ubican en la línea del crecimiento humano.

iii) Vivir el ser consecuente en la reciprocidad.

La mutua exigencia en vista de realizar un objetivo hace que el ser humano sea capaz de sacrificarse. Nadie da un salto al vacío. La misma fuerza corruptora que tiene la “patota de los patos malos”, puede ser transformada en fuerza positiva en un grupo de amigos, donde existe conciencia de los peligros que les rodean y la posibilidad de “pasarlo bien” sin caer en uno de los vicios.

La lógica de la reciprocidad es la prueba de fuego que existe entre los educadores y el grupo de jóvenes participantes en el proyecto. Es lo que mide la lealtad, hasta qué punto la propuesta del educador expresa un compromiso personal.

Esta misma lógica fluye hacia todos los integrantes del grupo: la dimensión de prevención explicita un cuidarse mutuamente, un crecer juntos, pero con un estilo que genere correspondencia. En definitiva es llegar a asumir la actitud de: todos somos responsables de la experiencia, del proyecto que queremos llevar adelante. Este sentirse: “uno para todos y todos para uno” genera una fuerza afectiva irresistible, capaz de superar cualquier conflicto.

e) Protagonismo juvenil.

En realidad la “única prevención”, que pedagógicamente es válida es la que logra que el educando asuma una actitud de vida que privilegiando su crecimiento personal se integra en el mundo que lo rodea en forma participativa, madura y responsable, es lo que llamamos: el autocuidado.

Importa precisar que el protagonismo no se debe confundir con las múltiples formas de lucha personal por el poder o los exhibicionismos megalomaniacos, que en palabras más sencillas corresponden a los que tienen vocación de “floreros”. La metodología de resolución de conflictos orienta el protagonismo personal y grupal hacia un objetivo muy preciso: constituir **actores sociales** que influyan en los cambios sociales, de modo de hacer posible una sociedad más justa.

Por lo mismo, entendemos como “protagonista”, no a un actor individual, sino a un “actor social”, en este caso a los jóvenes, los cuales deben lograr asumir su parte de responsabilidad y participación efectiva en una sociedad que los margina. Para que una generación sea capaz de desarrollar su vocación protagónica se requiere que, cada uno o la mayor parte de sus integrantes, asuman con seriedad el desarrollo de un proceso de crecimiento personal, cuyas exigencias básicas sean:

- Asumirse como persona.
- Cultivar las propias cualidades.
- Tener una integración social.
- Desbordar de entusiasmo por realizar el proyecto de vida y de sociedad que se han propuesto.

Por lo mismo, **la prevención**, que para la cultura patriarcal paternalista equivale a **precaer**, esto es, advertir respecto de los peligros existentes en la sociedad de hoy, para el mundo juvenil, en cambio, equivale a **prever**, a tener la osadía de luchar, de arriesgarse hoy, a denunciar lo que impide construir un futuro con esperanza, esto es, se ubica en la cultura de la resistencia. El protagonismo juvenil en la prevención de la drogadicción adquiere la dimensión del desafío entusiasmante de quienes no sólo luchan por superar la dependencia de la droga, sino también la dependencia de un sistema injusto que condena a muchos jóvenes a la drogadicción.

III. Aspectos conclusivos de la resolución no violenta de los conflictos.

La metodología de la resolución no violenta de los conflictos ha quedado suficientemente definida en lo que hemos dicho tanto en el párrafo referente a la Superación de la violencia, como en el de los Condicionamientos para una metodología pedagógica de la prevención. En lo esencial existe una afirmación básica: **Ser en un mundo de violencia**.

Sólo nos resta el enunciar algunos aspectos prácticos que avalan el trabajo del Servicio Paz y Justicia, SERPAJ-CHILE, en la prevención de la drogadicción en las poblaciones del gran Santiago.

Como resultado de nuestra práctica en el trabajo con grupos populares hemos enfati-

zado tres núcleos importantes en nuestro trabajo de prevención en la drogadicción.

El primer núcleo:

Se orienta a lograr una actitud comunitaria que es la de **conflictuar el problema** del consumo abusivo de la droga.

En este sentido se trata de realizar toda una etapa previa, cuyo objetivo central es **hacer que la sociedad vuelva a hacerse responsable**. En el logro de este objetivo se realizan varias actividades previas, tales como:

- Selección y capacitación del Equipo responsable.
- Ubicación de las localidades. Diagnóstico. Contacto con dirigentes.
- Capacitación de los monitores locales. Formación.
- Etapa de publicidad y dar a conocer el programa.

El segundo núcleo:

Se orienta a ofrecer en la propia población un espacio acogedor, que denominamos **“Zona de Paz”** y que debe significar **la base de apoyo** para todo el trabajo de prevención. Entendemos que este lugar de acogida, donde se realizan las reuniones, los juegos y dinámicas grupales se constituye como la experiencia de amistad que atrae, que anima y fortalece a los jóvenes en su participación en el proyecto.

Por lo mismo, la Zona de Paz, como base de apoyo, debe lograr implementar las siguientes metas:

- Ser espacio de acogida y convivencia.
- Trabajo participativo y dinámico en talleres.

- Planteamiento de los grandes temas.
- Análisis de la realidad poblacional.
- Ser centro de actividades recreativas y culturales.
- Área de Intervención educativa para la prevención.
- Coordinación de redes locales de prevención.

El tercer núcleo:

Se orienta a implementar una **Acción liberadora**, que es realizada por los propios jóvenes de esa localidad.

Se trata de realizar lo que es propio de la Resolución no violenta de los conflictos que es: la acción liberadora. Es el modo pedagógico para comprometer a los jóvenes, darle la posibilidad de ser actores y protagonistas y , como resultado proyectarlos hacia el futuro. Por lo tanto, se trata de realizar los siguientes pasos:

- Entre todos seleccionan una acción que sea respuesta a una de las causas que originan la drogadicción en esa localidad.
- Redactan el proyecto.
- Realizan la acción juvenil.
- Se organizan como grupo. personalidad jurídica.
- Consolidan su proyección de futuro, en la dimensión "redes".

IV. Conclusión

Estos tres núcleos, que se interrelacionan mutuamente están sustentados desde tres áreas logísticas que aseguran su operatividad y efectividad, las cuales son:

- Área de Investigación y Elaboración de materiales.

Podemos, entonces, concluir que en nuestra práctica no violenta, esto es, en nuestra acción en favor de los cambios fundados en la pedagogía de la paz, la metodología de resolución de los conflictos se complementa mutuamente con la pedagogía metodológica de la prevención. Por lo mismo, al igual que en la resolución de los conflictos en defensa del medio ambiente, del que se refiere al trabajo de prevención de la drogadicción, como del trabajo en favor de los niños en riesgo social, en todos estos y otros desafíos sociales, lo que importa es superar el conflicto reconstituyendo las condiciones que hagan posible la cultura de la paz.

Como dimensión básica fundamental nos orientamos, como institución no violenta, hacia la superación de la pasividad, que es el resultado que la violencia ha provocado en nuestro pueblo. Esta actitud activa de liberación la implementamos con una metodología de resolución de conflictos, que debe ser fruto de los aportes que otros grupos no violentos están realizando, pero fundamentalmente, de la sistematización, en conjunto, de nuestras prácticas de terreno, de nuestras experiencias cotidianas. Este es el proyecto que nos da vigencia hacia el futuro, superar la violencia estructural, institucionalizando la paz en nuestros grupos de base.

«UNA REFLEXIÓN EN MEDIACIÓN FAMILIAR»

Jacqueline Cañete Rodríguez

En general los mecanismos alternativos de resolución de conflictos tienen como objetivo la Paz Social y para ello se requiere de un adecuado tratamiento del conflicto, en particular la mediación como técnica de intervención requiere de un equipo de profesionales de diversas disciplinas, capacitados y entrenados, conocedores de la dinámica y funcionamiento de la familia, teniendo siempre presente que este es un proceso que pertenece a las partes y que el rol del mediador va más allá del ser un facilitador, sino el de crear una responsabilidad social en aprender a resolver los conflictos creativa y constructivamente.

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos cualquiera sea, tienen como objetivo la Paz Social y para alcanzarla se deben considerar estos mecanismos como una forma de tratamiento del conflicto.

Estos sistemas suponen un trabajo con el componente emocional de las personas con objeto de disminuir el grado de agresividad y violencia que trae aparejado el conflicto.

¿Pero qué entendemos por conflicto?

Se abordará una de las definiciones, para comprenderlo: Divergencia que conlleva la intención de un actor social de imponerse al

otro, amenazando su existencia, sus bienes o limitando sus posibilidades.

Es un concepto que involucra una multiplicidad de aspectos propios de la vida diaria, sentimientos, pensamientos, reacciones y conductas que surgen en parte de nuestras creencias, supuestos y experiencias en las cuales hemos sido educados; surgen divergencias entre las partes, intereses antagónicos en donde cada cual desea imponer sobre el otro su propia visión; donde esta oposición de intereses es percibida como una amenaza, y es así como este concepto se identifica con sus aspectos negativos, olvidando que tiene un componente positivo al cual se le puede sacar provecho y llegar a obtener grandes resultados constructivos; por lo tanto se concluye que el conflicto es un elemento normal en las relaciones humanas, que estará siempre presente y que es potencialmente benéfico.

Desde el punto de vista de un análisis social «todos los conflictos terminan por resolverse» sea mediante la violencia, el abandono de la relación social o la sumisión autoritaria, en el hecho toda sociedad tiene formas alternativas de solución del conflicto.

Y en nuestra sociedad en donde la estructura de la familia depende preferentemente de las relaciones afectivas, en la cual es alto el porcentaje de convivencias, de familias monoparentales y de nacimientos de

hijos de filiación no matrimonial, se propende a un incremento de los conflictos familiares, debiendo ser necesario involucrar diversas ciencias en la búsqueda de abordar más integralmente el conflicto, entonces es menester el conocimiento y dominio de ciertas teorías: teoría del conflicto, teoría de las necesidades, teoría de la personalidad, teoría de la comunicación, teoría de sistemas, teoría de la negociación y otros temas todo ello dentro de un marco legal, social, psicológico y cultural que permita facilitar de ésta manera la autocomposición del conflicto y cuyo resultado optado por las partes tenga el menor riesgo de transgresión y que por lo tanto aumenten la satisfacción de las partes y la autoestima de estas.

Todo conflicto conlleva la existencia de un derecho, el cual está sometido a una controversia por parte de dos o más sujetos, luego la solución que se busca debe ser «justa y equitativa», en donde lo justo es lo que las partes valoran como tal, no estando necesariamente esto establecido en la ley, dado que son las partes los autores y responsables de la solución del conflicto, pero debemos tener cuidado de que esta solución no pase a llevar los derechos fundamentales ni aquellos llamados irrenunciables, luego y en razón de esto es menester que las partes sean seriamente informadas y reciban la orientación jurídica necesaria, siendo en este instante importante la intervención de quienes son peritos del derecho, los abogados, con objeto de establecer las bases legales del tema en controversia. Además este acuerdo adquirido debe ser «equitativo», según el criterio de justicia «dar a cada cual lo

suyo», es decir que la solución encontrada permita la satisfacción de las necesidades de ambas partes.

Por lo tanto, en la práctica de la Mediación como un enfoque o procedimiento no basta el conocimiento o dominio de la técnica, como tampoco la intervención de sólo un profesional si se quiere un óptimo resultado, se requiere entonces la experticia de diversos profesionales, que en un trabajo en equipo vislumbren con una visión más amplia la problemática presentada, abordando la situación íntegramente.

En mediación se requiere la utilización de ciertas técnicas que permitan llegar a las partes a la mejor y más adecuada solución dentro de las diversas alternativas propuestas en donde la intervención de un tercero conocedor de éstas debe poseer ciertas destrezas y habilidades como características especiales que permitan que éste proceso al ir desarrollándose estimule la comunicación, el diálogo y ayude a las personas a abordar los conflictos con una perspectiva distinta y que como expone Marín Suárez, en los pro y los contra de la mediación: «Al solucionar un conflicto uno adquiere la capacidad de solucionar otros semejantes debido al proceso de aprendizaje vivido en la anterior experiencia», por lo tanto abre la posibilidad de saber manejar o abordar el conflicto de mejor manera.

Como técnica, la mediación no sólo requiere de un equipo multidisciplinario de profesionales abogados, asistentes sociales y psicólogos, sino más aún, contar con recursos institucionales externos que permitan que la

solución optada por las partes se pueda concretizar favorablemente; en otras palabras desarrollar modelos coordinados de trabajo en las cuales estén presentes otras instancias y que sea éste un trabajo en red, lo cual permitiría evidentemente ampliar las alternativas aceptables de resolución de conflictos y con mayores probabilidades de éxito.

Como trabajadores sociales tenemos ciertas ventajas en nuestra formación como profesionales, que involucra el conocimiento de diversas ciencias que nos permiten contar con un espectro amplio en el hecho de abordar las problemáticas sociales. Hemos sido formados especialmente en las habilidades de la comunicación con distintos grupos sociales actuando a nivel individual, familiar, grupal, comunitario y en especial en la técnica de resolución de problemas, en la búsqueda e identificación de las necesidades; sin embargo ello no basta para realizar un buen trabajo en mediación, se requiere además de un adecuado entrenamiento, capacitación y experiencia para llegar a representar bien el rol de mediador, lo que implica no sólo contar con ciertos atributos personales y profesionales sino estar conscientes de que en esta búsqueda de resolución de conflictos se requiere de un adecuado trabajo en equipo.

En el proceso de mediación se tiene como característica principal el respeto al ser humano con todo lo que ello involucra, sus sentimientos, motivaciones, intereses, valores, creencias y experiencias que en su conjunto le van a dar la capacidad de decidir como actuar frente a ciertas problemáticas presentadas en su vida. De aquí

la importancia de la familia considerada como: un contexto natural para crecer y desarrollarse y que en el curso del tiempo sus miembros van elaborando pautas de comportamiento, diferentes formas de interactuar, adoptando ciertas formas de comunicación, distintos grados de intensidad en sus relaciones interpersonales; por lo tanto se requiere de una adecuada comprensión del funcionamiento de la familia y del contexto sociocultural en el cual está inserta.

La mediación como método está orientada a facilitar el diálogo a fin de redefinir y resolver los problemas en la organización familiar como una forma de atribuir a los protagonistas del conflicto la toma de decisión al respecto. El mediador tiene como función controlar el proceso y equilibrar el poder de las partes, definir las reglas sobre las cuales se va a negociar, considerando intereses, necesidades, conciliando posiciones hasta producir un acuerdo, pero sin su intervención en la elaboración de la decisión.

Pese al poco tiempo que lleva la aplicación en Chile especialmente de los proyectos pilotos en lo referente a este innovador y cuestionado método de mediación el cual está muy de acuerdo con los requerimientos actuales de mejorar el acceso a la justicia dado que se incorporan nuevas acciones y formas de abordar los conflictos no se puede desconocer, que estos mecanismos alternativos a la vía judicial siempre han existido y hay un sin número de experiencias que demuestran su aplicación y con excelentes resultados, ello sin perjuicio de que existan o no normas que permitan el uso de estos mecanismos oficial-

mente establecidas, en distintas instituciones como son los Programas de Asistencia Jurídica y las Corporaciones de Asistencia Judicial, dado que sólo en Santiago y Valparaíso se práctica formalmente la mediación, sin dejar de mencionar aquellos establecidos en el ámbito privado; los profesionales que en estas instituciones laboran tratan de satisfacer de la mejor manera los requerimientos de justicia de los más desposeídos y actualmente ampliando el concepto de pobreza se alcanza incluso a aquellos que no tienen los medios económicos aun contando con un cierto nivel de ingresos pero que no les permiten acceder a una asesoría particular, esto previa evaluación social y económica del profesional competente. Existen estadísticas de acuerdos extrajudiciales a los cuales se ha llegado en forma rápida y concreta, evitando así el estresante y largo juicio.

Siendo estas acciones muchas veces realizadas sin una capacitación especial en el uso de técnicas y destrezas en mediación o conciliación, indica que es muy factible mediante una adecuada especialización del tema, mejorar los resultados en la medida que estos mecanismos alternativos cuenten con una adecuada legitimación, de manera que los acuerdos obtenidos sean tan obligatorios y exigibles como cualquier otro convenio.

Bibliografía:

ANTONIO HORACIO DE TAMMASO,
Mediación y Trabajo Social.

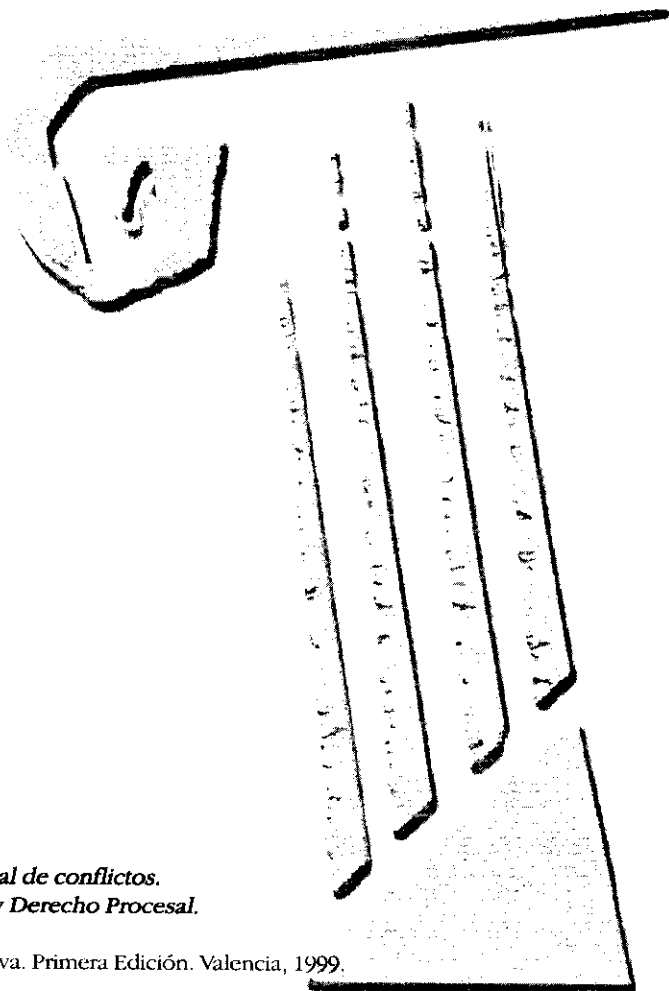
JORGE PAVIEZ B., *La Negociación, una alternativa para construir consenso en democracia.*

DAVID MATZ., *¿Qué pasa en la Mediación?.*

RUBÉN MICHEA y PIERRETTE

BRISONOTTI, *Mediación Familiar.*

Reseña de Libros



Obra: *Solución extrajurisdiccional de conflictos.*
Alternative Dispute Resolution y Derecho Procesal.

Autor: Silvia Barona Vilar.

Editorial: Tirant lo blanch alternativa. Primera Edición. Valencia, 1999.

MARIO ROMERO KRIÉS

**Obra: *Solución extrajudiccional de conflictos.*
*Alternative Dispute Resolution y Derecho Procesal.***

Autor: Silvia Barona Vilar *

Editorial: Tirant lo blanch alternativa. Primera Edición. Valencia, 1999

Mario Romero Kriés**

Esta obra aborda uno de los problemas más importantes a enfrentar en el mundo jurídico de hoy: la crisis de la Administración de Justicia (según denominación de la propia autora) frente al gran número de causas, que por diversos motivos, llegan actualmente a conocimiento de los tribunales de justicia. Estas, para su solución, se ven sometidas a procedimientos lentos, de alto costo para las partes y de engorrosa tramitación, con un acentuado énfasis en el formalismo como principio formativo del proceso. Este fenómeno ha ocurrido y ocurre en la mayoría de los países occidentales del mundo.

Un sistema con estas características, lleva necesariamente a fijar como tema prioritario a mejorar y desarrollar el acceso a la justicia, pues es cada vez más alto el porcentaje de la población que, atendidas las peculiaridades reseñadas del sistema procesal, se ve privada de encontrar una solución a sus conflictos de relevancia jurídica que sea adecuada a sus expectativas, lo que origina una creciente desconfianza frente a la actividad que desarrollan los tribunales de justicia.

En este contexto, la autora comienza su obra, planteando con precisión cuáles son las alternativas que se pueden seguir para mejorar la eficiencia y eficacia de la Administración de Justicia. En primer lugar, señala, están quienes piensan que estos problemas se solucionarían mediante el simple aumento de medios materiales y personales de la Administración de Justicia. Una segunda opinión establece, como única vía de introducir soluciones el aumento de la proliferación legislativa procesal especial. Por último, están los que buscan fuera del Poder Judicial la solución de los conflictos o controversias jurídicas, específicamente en los medios alternativos de resolución de conflictos. Es a esta última opinión a la que adhiere, y es la que desarrolla en el resto de su obra.

A lo largo del texto, el tratamiento de estos medios alternativos se realiza desde la perspectiva del Derecho Procesal Comparado, analizan-

* Silvia Barona Vilar. Catedrática de Derecho Procesal. Directora del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España.

** Mario Romero Kriés. Abogado. Docente Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco.

do en cada uno de los sistemas jurídicos objeto de su tratamiento el estado en que se encuentran estas medidas alternativas, entre las que se comprenden: la conciliación, la mediación, la negociación, el arbitraje y algunas formas de autorregulación heterocompositiva que han ido surgiendo en determinadas actividades económicas específicas, como la publicidad, seguros, etc.

A su vez, en cada uno de los sistemas analizados, la autora delimita claramente el ámbito de aplicación de estos medios, y hace una importante referencia a los orígenes de los mismos.

En primer lugar, comienza analizando el sistema anglosajón como paradigma del movimiento de ADR (*Alternative Dispute Resolution*). En este segmento, hace alusión a sus orígenes, y muy pormenorizadamente al estado de cada uno de los medios alternativos admitidos en la cultura y legislación norteamericana.

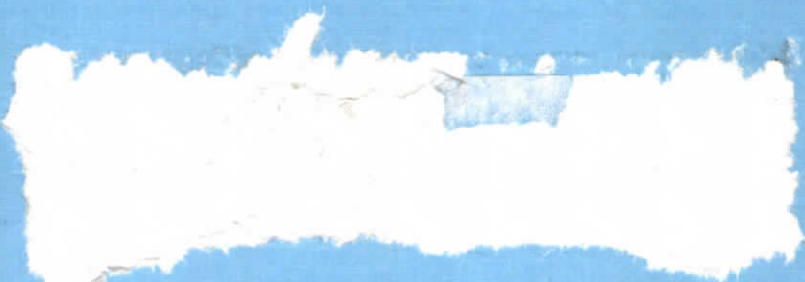
Luego, se repiten con la misma sistematización, los tratamientos del sistema de ADR en la República Federal de Alemania, en Italia, y en el sistema iberoamericano, destacando en este contexto el análisis de las legislaciones de Argentina y Uruguay.

Finalmente, termina haciendo un análisis exhaustivo de la situación actual de estas medidas alternativas en España. En este segmento, analiza cada uno de los instrumentos de solución referidos, a la luz de su aplicabilidad y admisibilidad en los distintos órdenes jurisdiccionales que se distinguen en España, a saber: Civil, Laboral, Contencioso administrativo y Penal.

A lo largo de toda la obra, la profesora Barona plantea las interrogantes a dilucidar por el legislador en la implementación de un sistema adecuado de resolución alternativa de conflictos. Estas son: Estos medios alternativos ¿Deben ser complementarios o excluyentes del proceso jurisdiccional que todos conocemos? ¿La aplicación de estas medidas debe hacerse con carácter previo al proceso o una vez ya iniciado éste? ¿Su aplicación debe ser obligatoria o facultativa de las partes en conflicto? ¿Cuál es el ámbito exacto de aplicación que debe darse a estas medidas? ¿Cómo determinar ese ámbito? ¿Cómo conciliar la implementación de estas medidas con la garantía constitucional del debido proceso?

En este contexto, el libro, se hace ilustrativo y didáctico, pues permite analizar cuáles son las opciones que se han adoptado en cada uno de los sistemas jurídicos de los distintos países analizados por la autora, modelos que nos ayudarán a mejorar considerablemente el nuestro, y a generar una sólida estructura dogmática sobre este tópico.

El tema tratado en la obra en comento, adquiere especial relevancia para nuestro sistema procesal, próximo a experimentar importantes reformas tanto en el aspecto penal como civil, tendientes precisamente a mejorar el acceso igualitario a la justicia y a mejorar la eficiencia y eficacia de los procedimientos de solución de los conflictos jurídicos. Sin duda, esta obra y los comentarios de esta catedrática española contribuirán a elevar el debate que sobre estas materias ha de producirse.



www.crea.uct.cl
e-mail: crea@uct.cl
Fono/Fax: (45) 205 317